



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Análisis normativo y jurisprudencial del derecho chileno, comparado e internacional

Memoria realizada bajo Proyecto FONDECYT Regular N°1190580

Investigación para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor:

Juan Pablo Castillo Montoya

Profesora guía:

Dra. Fabiola Lathrop Gómez.

Santiago, Chile.

Abril 2021.

RESUMEN

Desarrollada en el marco del Proyecto FONDECYT “*Derecho a la vida familiar del niño privado de cuidados parentales: hacia el fortalecimiento de las modalidades alternativas de cuidado*”, la presente investigación busca hacerse cargo del derecho de todo niño, niña y adolescente a vivir y desarrollarse en el seno de una familia, analizando para tales efectos la normativa y jurisprudencial de los sistemas de derechos humanos europeo y americano, así como las jurisdicciones domésticas de Argentina, Cataluña, Colombia y Chile. En el orden internacional, la tarea consistirá en verificar cómo se ha construido el derecho en diversos instrumentos jurídicos y el cómo se ha interpretado por parte de las Cortes Internacionales el sentido y alcance de la garantía. Dentro de los derechos domésticos, el examen versa sobre la construcción, consagración y protección del derecho en cuestión, el modelo de familia protegida, la legítima afectación del derecho en cuestión y el cómo reaccionan normativa e institucionalmente cada ordenamiento jurídico en favor de efectivizar que cada niño, niña y adolescente viva en una familia.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	1
TABLA DE CONTENIDO	2
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I. DERECHO A LA VIDA FAMILIAR EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS.....	11
Parte I. Aspectos comunes en la jurisdicción internacional.....	12
1. Aspectos básicos de la vida familiar.....	12
2. <i>Corpus Iuris</i> de la vida familiar. Normativa global.....	17
2.1. Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño de 1924.	17
2.2. Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.....	18
2.3. Declaración de los Derechos del Niño de 1959.....	19
2.4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966	21
2.5. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966	22
2.6. Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.....	22
2.6.1. Protección integral e interés superior de NNA	23
2.6.2. Derecho a la vida familiar.....	25
2.6.3. Hipótesis de separación de NNA de sus familias. Afectación legítima del derecho a la vida familiar.....	27
2.7. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil de 1990.....	28
2.8. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de 2009.	30
Parte II. Estado de protección del derecho a la vida familiar en el Sistema Europeo de Derechos Humanos	34
1. <i>Corpus iuris</i> de la vida familiar en el Sistema Europeo de Derechos Humanos	34
1.1. Convención Europea de Derechos Humanos de 1950	34
1.2. Carta Social Europea de 1961	35
1.3. Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992.....	36
1.4. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2010.	38
1.5. Reglamento de Bruselas II bis del Consejo de la Unión Europea de 2003.	38
1.6. Resolución 2019/2876 sobre los derechos de los niños del Parlamento Europeo de 2019	39
2. Análisis jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del derecho a la vida familiar.....	40
2.1. Roles del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de los Estados signatarios.	41
2.2. Artículo 8º del CEDH e intereses concurrentes en pugna	42
2.3. Afectividad vincular y el concepto de familia derivado del artículo 8º del CEDH.	43
2.4. Artículo 8º del CEDH, soberanía e injerencias. La importancia de las obligaciones positivas y negativas del Estado.	46
2.5. Disfrute mutuo de la compañía, unidad y reagrupación familiar.....	48

Parte III. Estado de protección del derecho a la vida familiar en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	51
1. Corpus iuris de la vida familiar en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	51
1.1. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948.....	51
1.2. Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.....	52
1.3. Protocolo de San Salvador de 1988.....	54
2. Recepción Jurisprudencial del Derecho a la Vida Familiar.....	55
2.1. Rol del Estado	55
2.2. Principio de no discriminación. Reconocimiento a diferentes tipos de familias.	57
2.3. Disfrute mutuo de la convivencia. Elemento fundamental del derecho a la vida familiar.	61

CAPÍTULO II. ESTADO ACTUAL DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR EN COLOMBIA.....

1. La familia en el ordenamiento jurídico colombiano.....	63
1.1. Familia constitucionalmente protegida.....	63
1.2. Protección integral de la familia.....	65
2. Derecho a tener una familia y no ser separado de ella.....	67
2.1. Consagración	67
2.2. Concepto jurisprudencial y sus características.....	68
2.3. Naturaleza jurídica del derecho a tener una familia	69
2.4. Derechos asociados al derecho a tener una familia	71
2.4.1. Derecho a la unidad familiar.....	72
2.4.2. Derecho al amor y al cuidado	74
3. Hipótesis de vulneración del derecho a tener una familia y no ser separado de ella	76
3.1. Interés superior del niño: el contrapeso jurídico del derecho a tener una familia.....	77
3.1.1. Sentencia T-408 de 1995 de la Corte Constitucional de Colombia	78
3.1.2. Sentencia T-510 de 2003 de la Corte Constitucional de Colombia	79
3.2. Institucionalidad colombiana ante la vulneración de derechos.....	81
3.2.1. Sistema Nacional de Bienestar Familiar.....	83
3.2.2. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar	83
3.2.3. Policía de Infancia y Adolescencia	84
3.2.4. Defensores y Comisarios de Familia	85
3.3. Restablecimiento de los derechos: actuación terapéutica ante la hipótesis de vulneración	87
3.3.1. Procedimiento de restablecimiento de derechos	88
3.3.2. Medidas de restablecimiento de derechos en particular.....	91

CAPÍTULO III. ESTADO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR EN ARGENTINA

Parte I. El derecho a la vida familiar en el derecho nacional argentino	98
1. La familia en el ordenamiento jurídico argentino.....	98
2. Derecho a la vida familiar en el derecho nacional argentino.....	100
3. Vulneración del derecho a la vida familiar.....	102

3.1. Hipótesis de vulneración del derecho a la vida familiar.....	103
3.1.1. Función del interés superior del NNA	105
3.2. Marco institucional ante la vulneración de derechos.....	107
3.2.1. Sistema de Protección Integral de Derechos.....	107
3.2.2. Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia	108
3.2.3. Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.....	109
3.3. Medidas de protección ante la vulneración de derechos.....	110
3.3.1. Medidas de protección integral de derechos	111
3.3.2. Medidas de protección excepcionales.....	113
Parte II. Derecho a la vida familiar en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.....	117
1. Familia jurídicamente protegida en la CABA	117
2. Derecho a la vida en familia en CABA	118
3. Vulneración del derecho a la vida en familia	120
3.1. Hipótesis de vulneración del derecho a la vida en familia	121
3.2. Institucionalidad de la CABA ante la vulneración de derechos.	122
3.2.1. Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.....	123
3.2.2. Defensorías Zonales	123
3.2.3. Organismos de Atención	124
3.3. Medidas de protección.....	124
3.3.1. Medidas de efectivización	125
3.3.2. Medidas de protección especiales de derechos.....	125
Parte III. Derecho a la vida familiar en la Provincia de Buenos Aires	131
1. Familia jurídicamente protegida en Provincia de Buenos Aires.....	131
2. Derecho a la vida familiar en la Provincia de Buenos Aires	132
3. Vulneración del derecho a la vida en familia	134
3.1. La doble importancia del interés superior del NNA en la Provincia bonaerense	134
3.1.1. Construcción de la hipótesis de vulneración del derecho a la vida en familia.....	135
3.1.2. Función de contrapeso al derecho a la vida en familia	137
3.2. Institucionalidad provincial ante la vulneración de derechos.	139
3.2.1. Sistema de Promoción y Protección Integral de Derechos	139
3.2.2. Ministerio de Desarrollo de la Comunidad de PBA	140
3.2.3. Organismo de Niñez e Infancia	141
3.2.4. Defensor de los Derechos del Niño	142
3.2.5. Servicios Zonales de Protección.....	143
3.2.6. Servicios Locales de Protección	143
3.3. Medidas de protección.....	144
3.3.1. Medidas de protección genéricas.....	145
3.3.2. Medidas de protección excepcionales.....	146
 CAPÍTULO IV. ESTADO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR EN CATALUÑA	 155
1. Familia protegida en Cataluña.....	156
2. Derecho a la vida en familia en Cataluña	159
3. Vulneración al derecho a la vida familiar en Cataluña	162
3.1. Institucionalidad vigente en Cataluña.....	163

3.1.1.	Síndic de Greuges	163
3.1.2.	Instituto Catalán de la Acogida y de la Adopción	164
3.1.3.	Secretaría de Infancia, Adolescencia y Juventud	165
3.1.4.	Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia.....	165
3.1.5.	Servicio de Atención a la Infancia y la Adolescencia.....	166
3.1.6.	Servicios Sociales	166
3.2.	Situaciones de riesgo	168
3.2.1.	Hipótesis de riesgo.....	169
3.2.2.	Procedimiento ante el riesgo.....	170
3.2.3.	Medidas de protección ante las situaciones de riesgo.....	171
3.3.	Situaciones de desamparo.....	172
3.3.1.	Hipótesis de desamparo.	173
3.3.1.1.	Habilidades parentales inadecuadas	173
3.3.1.2.	Violencia.....	173
3.3.1.3.	Violencia prenatal	174
3.3.1.4.	Situaciones que provienen del riesgo.....	174
3.3.2.	Procedimiento ante situaciones de desamparo.....	175
3.3.2.1.	Determinación de medidas cautelares.....	175
3.3.2.2.	Procedimiento de desamparo	175
3.3.3.	Efectos de la declaración de desamparo.	176
3.3.4.	Situaciones posteriores a la resolución de desamparo.	176
3.3.4.1.	Cambio de circunstancias	177
3.3.4.2.	Judicialización a través de los recursos.....	177
3.3.5.	Medidas de protección ante el desamparo	177
3.3.5.1.	Acogimiento familiar	178
3.3.5.2.	Acogimiento en unidad convivencial de acción educativa.	179
3.3.5.3.	Acogimiento en un centro público o concertado.....	180
CAPÍTULO V. ESTADO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR EN CHILE.....		182
Parte I. Estado actual de protección del derecho a la vida familiar en Chile.....		183
1.	Familia jurídicamente protegida en Chile.....	183
2.	Derecho a la vida familiar en el actual ordenamiento jurídico chileno	186
3.	Afectación del derecho a la vida familiar en Chile en el ordenamiento jurídico vigente.	189
3.1.	Hipótesis teórica del derecho a una vida familiar.....	189
3.2.	Institucionalidad vigente ante la vulneración de derechos	193
3.2.1.	Ministerio de Desarrollo Social y Familia.	193
3.2.2.	Subsecretaría de la Niñez.....	194
3.2.3.	Tribunales de Familia	195
3.2.4.	Servicio Nacional de Menores y sus Colaboradores Acreditados.	198
3.2.5.	Defensoría de la Niñez	202
3.2.6.	Oficinas de Protección de Derechos.	203
3.3.	Medidas de protección ante la vulneración de derechos.....	203
3.3.1.	Procedimiento especial de medidas de protección.....	203
3.3.2.	Potestad cautelar del juez.....	205
3.3.3.	¿Cuáles son las medidas de protección posibles de determinar?	206
Parte II. Análisis lege ferenda del derecho a la vida familiar en el futuro sistema chileno de garantías y protección integral de niñas, niños y adolescentes.....		215
1.	Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia	215
2.	Política Nacional de Niñez y su Plan de Acción.	216
3.	Derecho a una vida familiar a la luz del futuro Sistema de Garantías y Protección Integral.....	218

4. Afectación al derecho a una vida familiar en el contexto del SGP.....	221
4.1. El interés superior del NNA y la estandarización de criterios.....	222
4.2. Instituciones del SGP y su despliegue.....	224
4.2.1. Oficinas Locales de Niñez.....	225
4.2.2. Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia	225
4.3. Hipótesis de afectación del derecho a una vida familiar	231
4.3.1. Situación de amenaza y vulneración no grave de derechos.....	232
4.3.2. Vulneración grave de derechos.....	237
4.3.3. Líneas de acción ante vulneraciones graves de derechos	240
5. Proceso constituyente, Nueva Constitución y el derecho a la vida familiar.....	244
CONCLUSIONES.....	250
ANEXO I. Cifras SENAME enero – septiembre 2020.....	255
ANEXO II. Cuadro resumen.....	256
BIBLIOGRAFÍA.....	260

INTRODUCCIÓN

Para las personas, la vida en sociedad es un elemento intrínseco de su conducta, agrupándose entre sí desde distintas aristas de su existencia, siendo uno de esos núcleos de unidad la familia. La familia como una institución es el primer encuentro de una persona con la sociedad, convirtiéndose en una plataforma de adaptación, protección y desarrollo de sus integrantes para su posterior aporte en otros grupos.

Partiendo de la base de que la familia sería un núcleo primigenio de integración para todas las personas, podríamos preguntarnos legítimamente cuál es la unidad que se entiende como familia y si ésta merece algún tipo de protección especial. Bajo esta premisa, nos cuestionamos inicialmente dos cuestiones previas: ¿el derecho efectivamente trata y protege a las familias? y ¿si el amparo del derecho también reconoce como garantía la vida que se desarrolla dentro de dicha unidad?

Nuestra intención es demostrar que las preguntas anteriores son afirmaciones, razón por la cual, lo que se busca a través del presente trabajo es precisar los contornos del derecho a una vida familiar, centrándonos particularmente en la titularidad de la garantía por parte de niños, niñas y adolescentes (en adelante: NNA). El desafío de focalizar en NNA se debe justamente a que su situación jurídica es de mayor protección y porque justamente son un grupo que se verá sujeto en durante sus primeros años a desarrollarse idealmente en una familia.

Asimismo, el desafío durante la presente investigación consiste no solo en visualizar el derecho a la vida familiar de NNA como la garantía para proteger su intimidad, necesidades y desarrollo en un ambiente óptimo, sino que también el cómo éste significa un deber para los Estados de desarrollar un sistema institucional que dé seguridad y garantice la protección integral de este derecho. Por esta razón, es necesario entender tanto los mecanismos que los Estados tienen para resguardar las familias de NNA como también aquellas medidas para garantizarles una familia aquellos NNA que se ven privados de cuidados parentales, y de los cuales los Estados obligatoriamente deben hacerse cargo pues son que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad.

Producto de lo anterior, se tiene presente como objetivo principal de la investigación abordar el derecho a la vida familiar integrando las aristas que estimamos principales: el cómo se garantiza y protege la vida familiar de NNA en todas sus aristas, especialmente de aquellos que se encuentran privados de cuidados parentales; y en segundo lugar, cómo influye en los Estados el derecho a la vida familiar como eje estructural de los sistemas de protección de derechos de NNA. Dicho objetivo permite determinar al mismo tiempo, diferentes concepciones, legislaciones

y mecanismos de protección que van complementando el contenido, sentido y alcance de cada uno de los elementos que se encuentran asociados al derecho a la vida familiar.

Para trabajar en dichos objetivos, la presente investigación utilizará diferentes fuentes del derecho en cada uno de los capítulos a desarrollar, primando la legislación y la correspondiente interpretación jurisprudencial de las normas. Dichas fuentes han permitido desarrollar un esquema independiente de cada Estado en estudio conforme a la realidad detectada en sus sistemas de protección, pero que a la vez permite desarrollar de una manera uniforme los diferentes tópicos en común debido a las similitudes y diferencias que se van hallando conforme avanza el tratamiento de cada uno de los temas investigados.

A través del primer capítulo denominado “Derecho a la vida familiar en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” procuraremos responder, antes de precisar normativamente la garantía, cuál es el marco teórico normativo que define y comprende el derecho a la vida familiar de NNA desde una perspectiva doctrinaria. Por este motivo, el primer capítulo tendrá como subcapítulo lo que denominaremos como “Aspectos comunes a la jurisdicción internacional”, cuya motivación se concentra en la búsqueda del reconocimiento de los nexos existentes entre los integrantes de la familia, así como la protección que debiese amparar a esta institución como expresión del derecho a la vida familiar.

Una vez precisadas las dimensiones que doctrinariamente se afirman en torno al derecho a la vida familiar, la primera parte del capítulo I relativo a los “Aspectos comunes a la jurisdicción internacional” también versará sobre los aspectos normativos que atañen a la comunidad internacional en sede del derecho a la vida familiar. El motivo de este examen se debe justamente a que son instrumentos que a nivel internacional gozan de un reconocimiento global, como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño, razón por la cual, se procederá a detallar cada uno de los instrumentos que tratan a nuestro juicio el derecho a la vida familiar y poder entender cómo la comunidad internacional reconoce y adopta esta garantía.

El integrar los aspectos jurídicos y doctrinarios que a nivel internacional se establecen sobre el derecho a la vida familiar nos permitirá avanzar en los acápites segundo y tercero del capítulo I de la presente investigación, los cuales son relativos a los Sistemas de Derechos Humanos Europeo y Americano, respectivamente. El método de análisis consistirá en un examen normativo de los diferentes instrumentos propios de cada sistema, a lo cual se suma la interpretación jurisprudencial que realizan las Cortes de cada jurisdicción. La finalidad de esta tarea es demostrar cuál es la protección que se agrega desde cada uno de los sistemas y el cómo se

ha interpretado el sentido y alcance de las normas relativas a la vida familiar a través de tópicos comunes que se visualizan desde los diferentes casos a estudiar.

Posteriormente, analizaremos determinados estados pertenecientes a uno u otro sistema de derechos humanos y las particularidades de su protección. Por parte del sistema americano, se analizarán las jurisdicciones de Colombia, Argentina y Chile; mientras que del sistema europeo, aterrizaremos en España, específicamente en el sistema de la Comunidad Autónoma de Cataluña. En cada uno se buscará estudiar el estado de protección del derecho a la vida familiar, siendo obligatorio el evaluar la familia protegida en dicho sistema, la consagración o eventual construcción de este derecho así como su vulneración y el cómo los Estados reaccionan a través de sus legislaciones y diseños institucionales cuando un NNA requiere ser separado de su familia.

Colombia será el primer país a analizar, tratando específicamente el capítulo II sobre el “Estado de protección de la vida familiar de NNA” en dicha jurisdicción. La elección de Colombia se basa fundamentalmente en que es un estado unitario, en el cual su Constitución establece como derecho humano la garantía en cuestión. Por tal motivo, el presente capítulo buscará determinar cómo se ha interpretado este derecho desde la justicia constitucional colombiana, procurando al mismo tiempo determinar cuáles son las soluciones que se otorgan en este sistema ante la separación del NNA de su familia.

El tercer capítulo consistirá en el examen del derecho argentino, el cual será dividido en tres etapas: estado de protección a nivel nacional, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la Provincia de Buenos Aires. Producto de ser un país federal, el análisis consistirá en una evaluación normativa e institucional de cada uno de los sistemas, buscando visualizar cuáles son las particularidades de cada uno de ellos y los diferentes mecanismos que en un mismo país existen en sede del derecho a la vida familiar.

En cuanto al Sistema Europeo de Derechos Humanos, se ha escogido como foco de estudio a España, particularmente la Comunidad Autónoma de Cataluña. Se busca evaluar cómo se protege la familia y el derecho a la vida familiar de NNA, así como su vulneración desde un matiz netamente jurídico y de carácter descriptivo, debido a que es fuertemente administrativo y que ha resultado ser un foco de atención e inspiración de otros sistemas que aspiran actualizarse en la materia.

El último caso a analizar será la vereda opuesta a Cataluña: Chile. La elección como último país a tratar se debe a que esta nación se encuentra en la actualidad con una realidad dual o de tránsito, las cuales es necesario hacerse cargo. El primer apartado del capítulo V estudiará el estado de protección actual del derecho a la vida familiar y las garantías asociadas a ésta, así

como el diseño institucional de su sistema de protección que es de carácter judicial y que, preliminarmente es posible aseverar como insuficiente. Dicha insuficiencia nos lleva a indagar como segundo apartado y parte final de la presente investigación las actuales y potenciales modificaciones que se introducirán bajo el amparo de un nuevo sistema de protección bajo el proyecto de Ley de Garantías y en particular, lo relativo al derecho a la vida familiar; junto con ello, se hace imperioso ligar este nuevo sistema en tramitación con la Convención Constituyente y el proceso histórico que Chile se encuentra viviendo, cuestionándonos como pregunta de dicho análisis: ¿debiese o no considerarse la vida familiar de NNA como tema a abordar en la Nueva Constitución?

CAPÍTULO I

DERECHO A LA VIDA FAMILIAR EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

El presente capítulo intentará buscar cuáles son los elementos que doctrinaria, normativa y jurisprudencialmente se han establecido respecto del derecho a la vida familiar de NNA. Para tales efectos, nuestra investigación procederá a dividir en tres etapas el pretendido análisis: en primer lugar, los aspectos comunes de la jurisdicción internacional; luego, el estado de protección en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, para finalizar en la regulación que ha sido otorgada desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Para analizar los aspectos comunes de la jurisdicción internacional, intentaremos previamente delimitar teóricamente cuáles son las dimensiones que la doctrina ha otorgado respecto al derecho a la vida familiar. Este marco teórico-normativo nos permitirá comprender de mejor manera el propósito de investigar este derecho, el cual se encuentra ligado a aspectos tales como la familia, los derechos de NNA y particularmente, cómo se desarrolla el derecho a la vida familiar. Esto se verá profundizado a través de la regulación ofrecida por los distintos instrumentos y que normativamente vienen a orientar cuáles serían las dimensiones protegidas desde el derecho internacional de los derechos humanos.

Una vez estructurada la regulación internacional, decidimos estudiar en un segundo acápite el Sistema Europeo de Derechos Humanos y algunos de los múltiples instrumentos que se han diseñado en la materia desde el derecho comunitario europeo. Asimismo, se debe necesariamente estudiar cuál ha sido la interpretación que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha otorgado del derecho a la vida familiar, con el fin de entender cuáles es la regulación, interpretación, extensión y alcance de la garantía, radicada especialmente en el artículo 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Finalmente, el tercer acápite del presente capítulo se centrará en el examen normativo y jurisprudencial del derecho a la vida familiar en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Dicho estudio pretende entender cuáles han sido las observaciones realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de las distintas normativas asociadas a este derecho, particularmente desde la Convención Americana de Derechos Humanos y los alcances de la no discriminación, el disfrute mutuo y el rol del Estado.

PARTE I

ASPECTOS COMUNES EN LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

1. Aspectos básicos de la vida familiar

Si nos preguntamos qué entendemos por vida familiar, posiblemente arribaremos a lugares comunes en las respuestas tales como las relaciones entre los integrantes de una familia, la cohabitación entre ellos, el desarrollo de un proyecto de vida determinado o simplemente, las vivencias que se dan en una familia. Sin embargo, adentrarse en lo jurídico nos encamina a entender por qué se habla del derecho a la vida familiar de las personas, lo cual no solo implica que las personas puedan tener relaciones internas, sino que va desentramando una visión sustantiva e institucional que permita justamente gozar y disfrutar plenamente este derecho del cual son titulares.

Para hablar de vida familiar, es necesario entender claramente qué se entiende por familia y esto no es tarea fácil. Cada ordenamiento jurídico determinará según su idiosincrasia cuál es el modelo de familia que se reconoce en dicho país y cuál es el grado de protección de éstas en las distintas jerarquías normativas domésticas. Ahora bien, el avance de los tiempos ha direccionado al Derecho de Familia a focalizar su estudio y esfuerzos hacia aspectos afectivos de la familia por sobre aquellos de carácter biológico¹, transitando hacia el reconocimiento de nuevas configuraciones familiares por sobre un modelo prototípico u orgánico de la institución.²

Ciertamente, definir a la familia permite encaminar la respuesta de por qué es importante garantizar el derecho a la vida familiar. Pues bien, estimamos que la razón radica en que la familia es un espacio de fomento, desarrollo y protección de los miembros de ella, siguiendo un proyecto de vida autónomamente determinado. Estos factores confluyen en transformar a la familia en un hábitat de relaciones afectivas estables, cuyo centro no es su configuración sino su funcionalidad³.

Adentrándonos en los núcleos familiares, es de perogrullo señalar que en ella se generan interacciones y vinculaciones entre sus integrantes, sea a nivel vertical entre los adultos

¹ LATHROP, Fabiola. “El derecho a la vida familiar del niño privado de cuidados parentales en Chile” *en* DOMÍNGUEZ, Carmen (coordinadora). “Estudios de Derecho de Familia III”. Terceras Jornadas Nacionales de Derecho de Familia. Editorial Thomson Reuters. Santiago, Chile. 2018. P.406.

² ESPEJO, Nicolás. “El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental” *en* ESPEJO, Nicolás y LATHROP, Fabiola. “Responsabilidad Parental”. Editorial Thomson Reuters and Legal Publishing Chile. Santiago, Chile. 2017. El texto en cuestión se encuentra en el acervo PROVIEW de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile [en línea] < <https://proview-thomsonreuters-com.uchile.idm.oclc.org/> > [consulta: diciembre 2019]

³ BERÁSTEGUI, Ana y GÓMEZ, Blanca. “El derecho del niño a vivir en familia”. Miscelánea Comillas: Revista de Ciencias Humanas y Sociales. Volumen 67, N°130. Madrid, España. 2009. P. 194

responsables y quienes se encuentran bajo su cuidado, así como a nivel horizontal, por ejemplo, en las relaciones entre hermanos. Este posicionamiento ha permitido diferenciar a la doctrina de infancia-adolescencia distintos vínculos en las relaciones familiares, especialmente a nivel vertical, distinguiendo entre: “a) relaciones entre adultos responsables y los niños bajo su cuidado y el Estado” y “b) relaciones entre niños y adultos responsables y el Estado”⁴.

La escisión anterior nos focaliza hacia el punto de interés de la presente investigación que es el derecho a la vida familiar del cual son titulares los NNA. Se debe complementar la idea de familia con la importancia que ésta representa para el NNA, pues esta institución se estima como un ambiente armónico e ideal para la plena satisfacción de sus derechos materiales, espirituales y afectivos. Por esta razón, la importancia de garantizar la vida familiar a NNA se debe a que ésta permite el desarrollo y atención a sus necesidades, y que consecuentemente facultará a desenvolver su socialización primaria, el aprendizaje de su entorno y la inserción en aspectos relevantes de su vida actual como futura tales como la cultura, los valores o las normas sociales⁵.

La titularidad del derecho a la vida familiar de NNA debe circunscribirse a la esfera de protección de todos los derechos de ellos, entendiendo cuáles son las características de sus derechos. En primer lugar, cabe destacar que su situación de derechos es de carácter dual, ya que estos adquieren un estatus especial de ser portadores de derechos y sujetos de protección⁶. Además, se debe considerar que los derechos de NNA – incluida la vida familiar – son de carácter universal⁷, es decir, son derechos que deben ser posibles de ejercer por todos los NNA y además, deben ser resguardados por los adultos responsables, la sociedad civil y el Estado.

La óptica vertical de la cual anteriormente referimos posibilita el entender que las relaciones familiares deben desenvolverse respetando la integridad del derecho a la vida familiar. Dicha integridad consiste en aquellas garantías que nacen del derecho a la vida familiar y que caracterizará la progresividad bajo la cual se va suspendiendo la garantía respecto de la familia de origen por la autoridad competente. Es así que el derecho a la vida familiar se disgrega entre: (a) El derecho del NNA a tener una familia y vivir con ella; (b) El derecho del niño a que ayuden a su familia a cuidarle de un modo estable, seguro y afectuoso; (c) El derecho del niño a ser separado de su familia si no es capaz de ofrecerle un entorno estable, seguro y afectuoso de crecimiento; y

⁴ Op. Cit. BERÁSTEGUI y GÓMEZ. “El derecho del niño a vivir en familia”. P.5.

⁵ LAMA, Belén. “El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en familia”. Editorial Thomson Reuters. 1º Edición. Santiago, Chile. P.103.

⁶ Op. Cit. ESPEJO. “El derecho a la vida familiar (...)”. P.7.

⁷ BELOFF, Mary. “Modelo de protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: Un modelo para desarmar y otro para armar” *en* UNICEF. “Justicia y derechos del niño”. Ediciones UNICEF. 1º Edición. Santiago, Chile. 1999. P.19.

(d) El derecho del NNA a ser cuidado por una familia alternativa, diluyéndose la garantía progresivamente y que se termina a través de la adopción⁸.

La primera garantía que nace como expresión de la vida familiar es el derecho del NNA a tener una familia y vivir con ella. Como ya señalamos previamente, la importancia de esta garantía se debe fundamentalmente a que será la familia quien brindará un espacio físico como un ambiente armonioso para que el NNA desarrolle sus potencialidades y sea cuidado. En ese sentido, se debe resaltar que las relaciones familiares entre NNA y sus adultos responsables se caracterizan por su bidireccionalidad, lo que significa que desde el derecho a la vida familiar surgen determinados derechos y deberes de los adultos responsables como de los NNA, los cuales deben ser respetados por los Estados y la sociedad civil. La bidireccionalidad de este derecho se expresa a través de (a) *Deberes de los padres* nacidos desde la responsabilidad parental, el cual consiste básicamente en el cuidado que estos le deben a sus hijos; (b) *Derecho-privilegio* que tienen preferentemente los padres – o bien, adultos responsables – de ejercer los deberes de cuidado, guía y orientación; y (c) *Derechos del niño* en la relación familiar, pues dado que los NNA son sujetos de derechos, tienen el derecho a que sus adultos responsables satisfagan y maximicen sus demás garantías⁹.

Con todo, ¿qué sucede cuando la vida familiar se va tornando difícil y no representa un escenario adecuado para el desarrollo del NNA? Nuestra respuesta requiere integrar a la discusión el derecho de todo NNA a que ayuden a su familia a cuidarlo de un modo estable, seguro y afectuoso¹⁰ y que es una garantía originada desde la vida familiar. Pues bien, si la familia se ve imposibilitada de resguardar los derechos del NNA, será el Estado quien deberá ingresar a las relaciones familiares a través de la activación de su sistema de protección conforme al grado de afectación que motiva su actuar¹¹. Tal activación debiese ser carácter subsidiario¹², lo cual implica que el Estado debe otorgar toda clase de asistencia a las familias conforme a su realidad¹³ siempre que éstas lo necesiten y no injiriendo – en principio – en la unidad de los núcleos. Además, la búsqueda de soluciones de carácter intrafamiliar debiese ser el eje motor de los sistemas de protección, fomentando la participación familiar y procurando que la asistencia tenga como consecuencia la satisfacción de los derechos de los NNA.

⁸ *Op. Cit.* BELOFF. “*Modelo de protección integral (...)*”. P.19.

⁹ *Op. Cit.* ESPEJO. “*El derecho a la vida familiar (...)*”. P. 5.

¹⁰ *Op. Cit.* BERÁSTEGUI y GÓMEZ. *El derecho del niño a vivir en familia*. P.195.

¹¹ LATHROP, Fabiola. “*La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho chileno*”. Revista Chilena de Derecho Privado N° 22. Edición Fundación Fernando Fueyo Laneri. Santiago, Chile. 2014. P.202.

¹² *Ibidem*. P. 202.

¹³ *Op. Cit.* LAMA. “*El derecho de los niños (...)*”. P.182.

La búsqueda de dichas soluciones ha dado surgimiento a modelos de protección con distintos enfoques, siendo el primero de ellos el de carácter preventivo. Este modelo se liga justamente con el derecho del NNA a que su familia sea ayudada, pues busca evitar las situaciones de potenciales afectaciones de derechos a través de la detección temprana de estos eventos y otorgando prestaciones sociales (económicas, sanitarias, emocionales) que permitan la mantención de la unidad familiar. Dicho modelo, a juicio de la doctrina, es el que debería aplicarse en los sistemas de protección para respetar el derecho a la vida familiar¹⁴.

El segundo modelo de sistema de protección es aquel denominado “intervención en crisis”, donde el aparato estatal se activa cuando hay vulneraciones de derechos comprobadas por las autoridades competentes y que puede tanto otorgar prestaciones sociales como determinar medidas de protección que disminuyan las vulneraciones¹⁵. Este modelo está intrínsecamente relacionado con el tercer subderecho surgido desde la vida familiar consistente en el derecho del NNA a “*ser separado de su familia si no es capaz de ofrecerle un entorno estable, seguro y afectuoso de crecimiento*”¹⁶, es decir, desmembrar el núcleo familiar cuando éste se transforme en un espacio inadecuado para el NNA.

Para comprender la separación familiar como opción, estableceremos como base la idea planteada por Lama, quien señala que “*la crianza en familia, excepto en condiciones patológicas, constituye la vía de humanización más importante*”¹⁷; no obstante, qué se entenderán por condiciones patológicas. Estimamos que condiciones patológicas son aquellos factores que son focos de potenciales vulneraciones de derechos, y que en este caso, no han podido ser resueltas a través de la intervención estatal. Si bien estas condiciones patológicas que afectan la vida familiar son de carácter multifactorial¹⁸, la autora anteriormente citada afirma que los principales fenómenos que inciden en el desmembramiento familiar son la violencia, la situación socioeconómica familiar¹⁹, y el abandono o trato negligente de los NNA²⁰, sumando además por parte de la UNICEF los fenómenos migratorios²¹.

¹⁴ *Op. Cit.* LATHROP. “*El derecho a la vida familiar (...)*”. P.400.

¹⁵ *Ibidem.* P. 399.

¹⁶ *Op. Cit.* BERÁSTEGUI y GÓMEZ. “*El derecho del niño a vivir en familia*”. P.195.

¹⁷ *Op. Cit.* LAMA. “*El derecho de los niños (...)*”. P.104.

¹⁸ *Ibidem.* P. 130.

¹⁹ Hablar de situación socioeconómica nos reconduce a hablar de pobreza. Definir la pobreza resulta una tarea compleja, pues existen múltiples definiciones que van desde un enfoque netamente material hasta aquellos que la interpretan desde una mirada multidimensional. Para efectos de la presente investigación, distinguiremos entre una noción etérea de pobreza, entendida ésta como “*la carencia de los recursos para acceder a las cosas que se necesitan*” (SPICKER, Paul. “*Definiciones de pobreza: doce grupos de significados*” en “*Pobreza: un glosario universal*”. Editorial CLACSO. Buenos Aires, Argentina. 2009. P. 292.), o bien, desde un enfoque material que la entiende como “*la condición caracterizada por una privación severa de necesidades humanas básicas, incluyendo*

Como resulta vital para el NNA la crianza en familia, la separación del NNA y la consecuente privación de su vida familiar es una vulneración de sus derechos; por esta razón, los Estados se ven forzados a crear normativa e institucionalmente un modelo de protección especializada para dar respuestas a aquellas condiciones patológicas que no pudieron ser superadas²². Para que este modelo de protección especializada sea respetuoso con los derechos de los NNA debe necesariamente establecer con claridad los escenarios hipotéticos para que sea procedente la separación, agregando que dicho esquema debe tener siempre como parte de su diseño un respeto irrestricto a la vida familiar del NNA, su interés superior y su derecho a ser oído²³. Dicha necesidad a respetar por los modelos de protección se debe a que la separación de la familia de origen del NNA y la falta de cuidados parentales constituye una vulneración de derechos que repercute en el presente y el futuro del NNA, afectando su desarrollo, su seguridad, su espiritualidad y su salud física como mental²⁴.

La actuación administrativa o judicial que decida la separación del NNA no solo debe ser justificada, sino que requiere determinar claramente cuál será el mecanismo para rehabilitar los derechos. Por esta razón y habida cuenta de que la crianza en familia es indispensable para el desarrollo del NNA, surge desde la vida familiar el subderecho “*a ser cuidado por una familia alternativa en caso de estar privado de la familia de origen*”²⁵, el cual debe ser satisfecho institucional y normativamente por los Estados.

Este derecho implica una obligación para los Estados de erigir un sistema de protección de NNA que necesariamente debiese contar con una regulación de diferentes modalidades alternativas de cuidado, transitando progresivamente desde la ubicación en la propia familia extensa, la ubicación en una familia alternativa que esté dispuesta a acoger al NNA y finalmente, la modalidad alternativa que es el cuidado otorgado por los Estados a través de la institucionalización.

Además de las cargas impuestas a los Estados de contar con modalidades alternativas, el derecho a ser cuidado por una familia distinta a la de origen debe respetar otras garantías del propio derecho a la vida familiar, como lo son las relaciones entre NNA y sus vínculos de origen.

alimentos, agua potable, instalaciones sanitarias, salud, vivienda, educación e información” (ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Informe sobre Cumbre de Desarrollo Social”. Copenhague, Dinamarca. 1995. P.45).

²⁰ Op. Cit. LAMA. “El derecho de los niños (...)”. P.130.

²¹ UNICEF. “El derecho de los niños y niñas a vivir en familia”. [Publicación en línea] <<https://www.unicef.es/publicacion/el-derecho-de-los-ninos-y-ninas-vivir-con-su-familia>> [visitada en junio de 2019].

²² Op. Cit. LATHROP. “El derecho a la vida familiar (...)”. P. 397.

²³ Op. Cit. LATHROP. “La protección especial de derechos (...)”. P.406.

²⁴ Op. Cit. BERÁSTEGUI y GÓMEZ. “El derecho del niño a vivir en familia”. P.180.

²⁵ *Ibidem*. P.195.

En este caso, encontramos dos características del derecho a la vida familiar que confluyen como lo son la bidireccionalidad y la progresividad; esto se debe a que las medidas alternativas dictadas por las autoridades competentes siempre deben velar por la mantención de las relaciones de origen en cada una de las modalidades alternativas, siempre que esto sea beneficioso para el NNA. Además, la bidireccionalidad se va diluyendo a medida que los adultos responsables se van desligando de los vínculos del NNA, cuestión que va abriendo camino a la suspensión definitiva de la relación de origen y que, consecuentemente, puede generar la ubicación definitiva del NNA en otra familia o bien, terminar definitivamente los vínculos de origen a través de la adopción, siendo esta medida la demostración fehaciente de la progresividad del derecho.

Para el respeto del derecho a la vida familiar de NNA, los aspectos antes considerados deben ser parte de la arquitectura normativa de los sistemas de protección. En ese sentido, se hace necesario comprender cómo se regula desde lo comunitario las distintas aristas del derecho en cuestión, pues dicha normativa representa un campo unificado que estructura el cómo se debiese desarrollar la protección de la vida familiar. Además, la comprensión del derecho a la vida familiar requiere comprender cómo han ido diseñando los países cada uno de sus sistemas y si efectivamente han considerado dentro de sus jurisdicciones tanto los aspectos doctrinarios como normativos de la comunidad internacional.

A modo de término, creemos que la importancia del derecho a la vida familiar radica en que los NNA, al estar en un ambiente propicio que les garantice derechos y que les permita explotar todas sus potencialidades, podrán tener un desarrollo adecuado e ideal. Fruto de la detección de lo importante de este derecho, la presente investigación se aventurará a la evaluación de la garantía desde lo comunitario y lo comparado, para evaluar si efectivamente es un derecho que se respeta, se entiende y se incorpora como parte de la estructura que protege a NNA.

2. Corpus Iuris de la vida familiar. Normativa global.

2.1. Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño de 1924.

Históricamente, el primer instrumento que específicamente se refiere a niños, niñas y adolescentes (en adelante: NNA) es la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924. Su desarrollo fue realizado por Eglantyne Jebb, quien creyó necesario establecer un marco de protección especial de NNA²⁶, particularmente en un contexto post-Primera Guerra Mundial.

²⁶ DECLARACIÓN DE GINEBRA SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.
[en línea]. < <https://www.humanium.org/es/ginebra-1924> > [consulta: octubre 2020].

Según señala el preámbulo de la Declaración, ésta nace para reconocer que *“la humanidad debe al niño lo mejor de sí misma”*, estableciéndose para tales efectos un escueto catálogo de cinco principios de infancia-adolescencia que orientan a su promoción y protección en situaciones concretas tales como el trabajo infantil, la educación o las situaciones de desamparo de NNA.

Resulta importante referirse al primer principio de la Declaración de Ginebra, pues éste señala que *“El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual”*. De su texto, es posible inferir que este principio es un germen de lo que posteriormente será el interés superior del NNA, a lo cual se suma el mandato de la Declaración a los Estados a garantizar la protección material y espiritual, es decir, la protección integral de NNA.

En dicho contexto de protección integral, el segundo principio igualmente ayuda a dilucidar aquellas situaciones donde no existirían condiciones normales de desarrollo, señalando: *“El niño hambriento debe ser alimentado, el niño enfermo debe ser atendido, el niño deficiente debe ser ayudado, el niño desadaptado debe ser radicado, el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados”*.

2.2. Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948

Con el fin de lograr el reconocimiento de la dignidad e igualdad de todas las personas en cuanto a sus derechos inalienables, la comunidad internacional concuerda en la creación de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (en adelante: DUDH); instrumento plenamente vigente y que es necesario analizar para entender la protección a la familia y la futura protección al derecho a la vida familiar.

Un primer artículo relativo a la protección familiar es el artículo 12 DUDH que garantiza que *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias”* en su familia. Si bien la norma se sitúa en la protección a la vida privada, no es menor el reconocimiento que realiza respecto a las familias y en particular, la existencia de una vida familiar íntima que no puede ser alterada sin justificación mediante.

Añadido a lo anterior, es interesante visualizar cómo la familia se transforma en el eje central del artículo 16 de la DUDH, ya que el tercer apartado de la norma la reconoce como *“el elemento natural y fundamental de la sociedad”*, siendo una noción clave en el desarrollo de distintos ordenamientos jurídicos familiares. Esta norma se complementa por el artículo 16.1. DUDH, habida cuenta que garantiza el derecho humano de toda persona, sin distinción, y *“a*

partir de la edad núbil (...) a casarse y fundar una familia”, siendo la formación de la familia matrimonial sujeta al ejercicio del ius conubii “mediante (el) libre y pleno consentimiento”.

Además, es posible ligar la parte final del artículo 16.3. DUDH que garantiza “*el derecho a protección de la sociedad y del Estado*” a las familias y el artículo 25 DUDH que detalla el derecho a un nivel de vida adecuado. La concepción de este instrumento respecto al derecho a un nivel de vida adecuado garantiza a todas las personas y también a las familias que se le asegure “*la salud, el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios*”.

Finalmente, cabe rescatar la importancia del artículo 25.2. DUDH que establece que “*la infancia tiene derecho a cuidado y asistencias especiales*” sin importar su origen filiativo. Esta norma, además de consagrar el deber de los operadores jurídicos hacia NNA, es importante porque es un precedente reconocido de lo que posteriormente será la Convención sobre los Derechos del Niño²⁷.

2.3. Declaración de los Derechos del Niño de 1959

La Declaración de los Derechos del Niño es el segundo instrumento a nivel internacional que trata de manera específica la situación de derechos de NNA. Esta Declaración es una reacción de la comunidad internacional que se encamina a fortalecer y ampliar los principios y garantías consagrados por los dos instrumentos anteriormente mencionados²⁸, debido a que “*el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal*”²⁹

La Declaración contiene una serie de principios a observar por padres, adultos responsables, sociedad civil y los Estados en las relaciones que estos tienen con NNA. Dichos principios son consagrados con la finalidad de que los NNA “*pueda(n) tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian*”.

En lo relativo al catálogo de principios, el segundo de ellos es particularmente interesante porque sienta por primera vez, a nivel global, el concepto de “*interés superior del niño*”, siendo éste una consideración fundamental en el diseño y ejecución de las políticas de infancia-adolescencia. El interés superior se transforma en un eje de orientación de los Estados, siendo al

²⁷ CONVENCION SOBRE DERECHOS DEL NIÑO. Preámbulo.

²⁸ DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1959. Preámbulo.

²⁹ DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1959. Preámbulo.

mismo tiempo, un principio que obliga principalmente a los padres en la responsabilidad de educar y orientar a sus NNA, según señala el séptimo principio de la Declaración.

Desde la perspectiva del segundo principio, el interés superior debe ser una guía para el desarrollo de las políticas públicas y las relaciones con los NNA, quienes especialmente deberán ser resguardados y cuidado. Así, el segundo principio señala que *“el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley otros medios”*, para garantizar finalmente que todo NNA *“pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”*.

Junto con el segundo principio, la investigación se detendrá en el sexto principio de la Declaración pues resulta clave para entender el rol de la familia en relación con los NNA. Este principio manifiesta la preocupación de la comunidad internacional del contexto de crecimiento afectivo de un NNA, considerando que el texto señala que *“El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión”*. Lo afectivo permite conjeturar un germen del derecho a la vida familiar, debido a que este principio enuncia que *“Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, y en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material”*, es decir, se reconoce que los niños deberán ser integralmente cuidado por sus padres debiendo garantizar un clima óptimo que les brinde amor y comprensión.

Si bien este germen de derecho de la vida familiar detalla este ambiente afectivo para el desarrollo integral del NNA, esta Declaración establece asimismo cuándo será legítima la vulneración del derecho a la vida familiar, señalando el sexto principio que *“salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre”*. Esta hipótesis particular de separación puede ser explicada a través de la psicología del desarrollo y la teoría del apego³⁰, entendiendo que apego *“consiste en que un individuo consigue o mantiene proximidad a otra persona diferenciada y preferentemente individual y que es considerada, en general, como más fuerte y/o más sabia”*³¹ y que respecto de niños hasta al menos 3 años de edad, es la madre a través de sus cuidados quien se configura como principal figura de apego.³²

³⁰ Siguiendo a John Bowlby, la teoría del apego consiste en *“un modo de concebir la propensión que muestran los seres humanos a establecer sólidos vínculos afectivos con otras personas determinadas y explicar las múltiples formas de trastorno emocional y de alteraciones de la personalidad, incluyendo aquí la ansiedad, la ira, la depresión y el apartamiento emocional, que ocasionan la separación involuntaria y la pérdida de seres queridos”*. BOWLBY, John. *Vínculos Afectivos: Formación, desarrollo y pérdida*. Ediciones Morata S.A. Madrid, España. 1986. P.156

³¹ *Ibidem*. P.157

³² *Ibidem*. P.158.

Por último, el sexto principio permite ahondar en las obligaciones de la sociedad y el Estado para con los NNA, debido a que estos deberán “*cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia*”. Se manifiesta así el rol subsidiario de dichos agentes, interviniendo cuando el ámbito familiar no se haga cargo o no sea suficiente y requiera asistencia para garantizar los derechos de NNA, debiendo de tal forma materializarse a través de las políticas públicas institucionales y los cursos de acción respectivos para brindar la protección necesaria para garantizar así la protección integral de todo NNA.

2.4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966

Inspirada fundamentalmente en la DUDH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante: PIDCP) nace con el fin de garantizar, armonizar y profundizar el tratamiento de los derechos humanos ya consagrados en el Derecho Internacional. Dado el contenido del tratado en comento, la investigación profundizará en aquellos nuevos aspectos introducidos, así como en la complementación de las normas de la DUDH previamente tratadas.

Respecto de las familias y su protección, el artículo 23 PICDP reitera íntegramente la regulación contenida en el artículo 16 DUDH, agregando como manifestación del principio de igualdad entre personas que el Estado debe adoptar las medidas correspondientes que garanticen la simetría entre los cónyuges. La consagración de dicha simetría implica, al mismo tiempo, que los Estados deban garantizar “*la protección necesaria de los hijos*”, siendo una nueva introducción que profundiza el mandato de protección estatal que el artículo 25.2. DUDH realiza respecto de la infancia.

El PICDP es también relevante porque integra formalmente dentro de todos los derechos humanos e inalienables a los derechos de NNA. En la materia, el artículo 24.1. del Pacto consagra explícitamente que todos los NNA tienen derecho “*a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado*”, lo que se traduce en el establecimiento de los garantes de la infancia-adolescencia y la importancia de su función.

El mandato de la comunidad internacional a cada Estado en particular requiere que estos últimos adopten las medidas administrativas, judiciales y legislativas que garanticen efectivamente el ejercicio de cada uno de los derechos humanos consagrados en el PICDP, incluidos el derecho a protección de NNA. Este mandato se debe complementar con el artículo 2º del Pacto, habida cuenta que éste consagra la igualdad en el ejercicio de los derechos humanos,

garantizando incluso a toda persona la posibilidad de franquear judicialmente el cumplimiento de estos derechos a través del derecho al recurso³³

2.5. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966

Al igual que el PIDCP, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 es una norma que viene a extender y complementar las garantías consagradas en la DUDH, y que, en definitiva, busca la promoción y protección de los derechos humanos de todas las personas.

Para los fines de la investigación, resulta importante señalar el tratamiento de la familia que realiza el artículo 10 de este Pacto, siendo la norma central en la materia. Esta norma, en su primer apartado, solidifica la visión de la comunidad internacional respecto al rol de la familia, reiterando que ésta “*es el elemento natural y fundamental de la sociedad*”, y como tal, merece “*la más amplia protección y asistencia posibles*”. La mencionada protección y asistencia que se le debe brindar a las familias está direccionada a dos aspectos en particular: (1) que ésta garantice el derecho humano a fundar una familia; (2) que se le garantice la protección y asistencia en el cuidado y educación de los hijos integrantes mientras ésta sea responsable del bienestar del NNA.

El artículo 10.3. de este instrumento además avanza en el reconocimiento de los derechos humanos de NNA, debiendo los Estados signatarios “*adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación u cualquier otra condición*”. Junto con lo anterior, el tercer apartado de la norma en comento expone sendas situaciones que manifiestan vulneraciones de derechos, debiendo resguardarse y “*protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social*”.

2.6. Convención sobre los Derechos del Niño de 1989

Una de las normas centrales del *corpus iuris de la infancia* es la Convención sobre Derechos del Niño (en adelante: CDN), instrumento que tiene la importancia de ser el primer tratado internacional vinculante en relación con el cumplimiento de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales de la infancia y la adolescencia³⁴. Además, la CDN es el

³³ **PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE 1966. Artículo 2.3.** Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.

³⁴ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL) Y FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF). “*América Latina y el Caribe a 30 años de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño*”. Edición Naciones Unidas. Santiago, Chile. 2018. P. 9.

instrumento multilateral con mayor cantidad de signatarios desde su aprobación en noviembre de 1989.

La forma en cómo entiende los derechos de NNA la CDN es, quizás, su característica más representativa y que le ha valido ser un instrumento revolucionario tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho de familia. La revolución se genera porque su construcción no es desde una mirada adulto centrista, sino que se focaliza en los derechos de NNA consagrados en distintos instrumentos internacionales³⁵, desde un paradigma que los entiende como sujetos de derechos y no como objetos de protección jurídica³⁶.

Para efectos de la investigación, el estudio de la CDN será dividido en tres aspectos que se interconectan con el derecho a la vida familiar propiamente tal; a saber: (a) Protección integral e interés superior de NNA; (b) El derecho a la vida familiar propiamente tal; (c) Hipótesis de afectación legítima del derecho a la vida familiar.

2.6.1. Protección integral e interés superior de NNA

El preámbulo de la CDN permite entender que su creación viene a ser la respuesta de la comunidad internacional a las obligaciones autoimpuestas en la DUDH de cuidar y proteger a los NNA. El tratamiento pormenorizado de derechos que realiza la CDN consolida los derechos humanos de NNA, estando fuertemente influenciado su desarrollo progresivo de garantías por los instrumentos internacionales previamente señalados.

Se debe tener presente que para la comunidad internacional, los NNA son merecedores de especial consideración, pues como lo señala el preámbulo de la CDN *“el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal”*, más aún, considerando que *“en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración”*.

Entendiendo la realidad de los derechos de NNA, la CDN adopta e integra a como eje central de su regulación un principio ya consagrado en el segundo principio de la Declaración de Derechos del Niño de 1959 como lo es el interés superior de NNA. Este principio es una manifestación de la textura abierta del derecho, puesto que su conceptualización ha sido de

³⁵ Al respecto, Josef Ferrer señala que la CDN: *“It sets out human rights already addressed by other instruments but does this from a child-centred perspective”*. FERRER I RIBA, Josep. *“Principles and Prospects for a European System of Child Protection”*. InDret – Revista para el análisis del derecho. Edición 2/2010. Barcelona, Cataluña. 2010. P.9

³⁶ *Op. Cit.* CEPAL y UNICEF. P.9.

amplia discutida en la doctrina especializada; pese a ello, se ha logrado convenir que el interés superior es la plena satisfacción de todos los derechos de NNA³⁷.

Como bien lo señala el artículo 3.1. CDN, el interés superior de NNA es una consideración primordial que deben atender los operadores jurídicos para velar por la plena satisfacción de los derechos de NNA. Para ello, se les obliga a los Estados signatarios a guiarse “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos*” por el estándar del interés superior.

Al ser un común denominador de los derechos de NNA, el interés superior del NNA tiene un rol central cuando se habla de las garantías específicas contenidas en el CDN, pues su función es de ser una cláusula de justicia y no solo un indicador social³⁸. Por este motivo, merece especial atención agregar a la discusión el artículo 6.2. CDN, ya que el sentido de justicia debe ser incorporado por los Estados al velar por los derechos de los NNA, debiendo en función del interés superior garantizar siempre y “*en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño*”.

Según el artículo 3.2. de la CDN, el garantizar la supervivencia y el desarrollo de los NNA requiere asimismo que los Estados adopten el compromiso de “*asegurar (...) la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar*”. Ante tal responsabilidad, los Estados deben adoptar medidas internas desde sus políticas públicas como en su actuación orgánica, debiendo dicha tarea ser trabajada desde el respeto de “*los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables (del NNA) ante la ley*”; además, conforme al artículo 4° CDN, los Estados deben tomar “*todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos*”.

La supervivencia y el desarrollo de NNA no solo debe ser una declaración de intenciones por parte de los Estados como ya se señaló, sino que la materialización de éste como expresión de la protección integral debe tener presente, como lo dice el artículo 27.1 CDN, “*El derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social*”. Los aspectos retratados por la norma permiten inferir que ésta es una manifestación expresa del interés superior, pues al ser la satisfacción de todos los derechos, el nivel de vida impone el

³⁷ CILLERO, Miguel. “*El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño*” *en* “*Justicia y Derechos. Número 1*”. UNICEF. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Santiago, Chile. 1999. P.54.

³⁸ CILLERO, Miguel. “*Infancia, autonomía y derechos. Una cuestión de principios*”. [en línea] < http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/explotacion_sexual/lectura4.infancia.dd.pdf> [consulta: diciembre 2020].

estándar guía para asegurar la protección integral de todos los aspectos relativos al desarrollo de NNA.

2.6.2. Derecho a la vida familiar

La construcción del derecho a la vida familiar demanda analizar en primer lugar, cómo se entiende por la comunidad internacional la relación entre familia y NNA. Desde su preámbulo, la CDN señala que la familia es el “*grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros*”, reconociendo de tal forma la relevancia que adquiere la familia como institución de garantía de derechos de sus integrantes.

Junto a lo anterior, el preámbulo de la CDN afirma que las familias no estarán solas en el cumplimiento de sus responsabilidades para con sus NNA; por el contrario, al estar en juego el resguardo de los derechos de NNA bajo el seno familiar, éstas deben “*recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad*”. De tal forma, se expone el rol de guardián subsidiario de derechos de NNA del Estado, materializándose la protección y asistencia hacia este grupo a través del desarrollo de las políticas públicas domésticas que cada Estado decida autónomamente implementar.

Volviendo a la importancia de la relación entre familia y NNA, se debe tener presente que la comunidad internacional ha consolidado a través del preámbulo de la CDN como leitmotiv que “*el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia*”. El desarrollo normativo será necesario para entender cómo se configura el derecho de la vida familiar, toda vez que los NNA deberán crecer en un núcleo familiar que les garantice su desarrollo integral “*en un ambiente de felicidad, amor y comprensión*”.

La construcción jurídica del derecho a la vida familiar requiere inicialmente mencionar al artículo 5° CDN, norma que revela tres aspectos importantes al respecto: (1) En conexión con el artículo 16 CDN³⁹, se establece el deber de los Estados a no intervenir arbitrariamente en los núcleos familiares, así como en las responsabilidades de sus adultos responsables; (2) Se detalla la responsabilidad de los adultos responsables de dar “*dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos reconocidos*” en la CDN, debiendo atender en su cumplimiento a la autonomía progresiva de NNA⁴⁰; (3) Las relaciones vinculares entre NNA y adultos no solo

³⁹ **CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Artículo 16.**

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

⁴⁰ El principio de autonomía progresiva se desprende del artículo 5° de la Convención de Derechos del Niño. Una aproximación al concepto es otorgada por GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz, quien señala: “(L)a autonomía del niño es progresiva, de acuerdo con la evolución de sus facultades, posibilitando a los padres o a la persona que esté

serán de carácter filiativo biológico, sino que la CDN progresa en reconocer la autodeterminación y amplitud de las familias al señalar que también serán responsables “*en su caso, (...) los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local*”.

El derecho a la vida familiar es un derecho que se encuentra vinculado también a otras garantías fundamentales de NNA. A saber, el artículo 8° CDN entiende como parte del derecho a la identidad a “*las relaciones familiares*”, las cuales no podrán ser sometidas a injerencias ilegítimas y en el evento de que esto suceda, los Estados partes deberán adoptar medidas para restituir las garantías afectadas⁴¹. Relacionado con la no injerencia en las relaciones familiares, resulta necesario señalar el artículo 16.1. de la CDN, en consideración a que esta norma consagra la no interferencia en la vida íntima familiar, lo cual implica a la vez un reconocimiento explícito a la existencia de esta esfera de vida familiar.

Resulta clave ligar este artículo 5°, en particular en materia de responsabilidad de los adultos para con los NNA y el artículo 9° y 18 de la CDN, debido a que su comprensión mancomunada permite dilucidar el derecho a la vida familiar propiamente tal.

Debido a que los NNA deben crecer en una familia que les garantice su protección integral en un ambiente adecuado, se hace necesario entender cuál sería el rol en particular de quienes se encontrarían a cargo de las familias, es decir, los adultos responsables. Ante este escenario, resulta clave integrar el rol que el artículo 18.1. CDN otorga a dichas personas, señalando que “*Incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño*”, y que, deberá ser ejercido respetando su autonomía progresiva y su derecho a participar en las decisiones a través de su derecho a ser oído.

El estar a cargo los adultos responsables de la crianza y desarrollo de los NNA parece ser un complemento a su rol guardián de dirección y orientación en el ejercicio de sus garantías, razón por la cual la investigación cree que es imperioso proteger fuertemente las relaciones vinculares entre los NNA y sus adultos responsables, y la vida familiar que entre estos se genera.

La protección directa de estos vínculos se encuentra consagrada en el artículo 9.1. CDN, norma que señala que “*Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos*”. La investigación cree que ésta es la médula del derecho a la vida

a su cargo, impartir la dirección y orientación apropiada para que el niño pueda ejercer sus derechos”. GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. “*Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos*”. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga. N°18. Montevideo, Uruguay. 2018. P. 119.

⁴¹ **CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Artículo 8°.**

Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a reestablecer rápidamente su identidad.

familiar, puesto que crecer en una familia implica su permanencia en dicho ambiente, el cual deberá ser protegido y amparado a su vez por el Estado y la sociedad civil. Además, se detalla que los padres – y adultos responsables – solo serán separados de los NNA a su cargo si es una decisión voluntariamente determinada y en todos aquellos casos que las jurisdicciones crean necesaria esta medida, ideas que a continuación serán analizadas.

2.6.3. Hipótesis de separación de NNA de sus familias. Afectación legítima del derecho a la vida familiar.

En vista de que el artículo 27.1 CDN mandata el reconocimiento de los Estados al “*derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social*”, y que son los padres – o adultos responsables – quienes tienen la responsabilidad primordial del desarrollo y crianza de los NNA bajo un ambiente afectivo familiar que les garantice su protección integral, se hace necesario entender cuándo procedería la separación de los NNA de sus adultos responsables.

Pues bien, el artículo 9.1. CDN señala que la separación de un NNA de sus padres será una medida a adoptar por parte de los aparatos estatales, 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*”.

La norma anteriormente expuesta permite entender que la procedencia de la afectación legítima del derecho a la vida familiar tiene como contrapeso jurídico al interés superior del NNA, lo que se traduce en evaluar si la separación es la medida más efectiva para garantizar la protección de todos los demás derechos de los cuales son titulares NNA. Asimismo, el artículo 9.1. CDN fija que tanto los aspectos dogmáticos como orgánicos relativos a la separación serán autodeterminados por los Estados, donde nuevamente será el principio del interés superior el que rija todo el diseño institucional de protección de NNA.

El artículo 9.1. CDN es también importante porque respecto de la separación de NNA de sus familias ejemplifica situaciones bajo las cuales sería procedente su determinación; así, se señalan como casos cuando: (1) “*el niño sea objeto de maltrato o descuido*” por parte de sus adultos responsables; o (2) “*cuando (los padres, en específico) viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño*”. Conjuntamente, el artículo 19.1. CDN merece atención en este punto debido a que mandata a los Estados a adoptar medidas transversales para proteger a NNA de hechos generados por sus adultos responsables como lo es “*toda forma de perjuicio o abuso, físico, mental, descuido o trato negligente, malos tratos o*

explotación, incluidos el abuso sexual”, los cuales, la investigación estima como otros ejemplos que permiten aplicar la separación como forma de protección de su interés superior.

La investigación asevera que la separación como afectación legítima del derecho a la vida familiar no implica necesariamente la rotura de los vínculos afectivos con quienes forman parte del centro de vida de NNA. Permite afirmar esta tesis el mandato que realiza el artículo 9.3. CDN, debido a que se afirma que los Estados Partes “*respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular*”; se desprende así que los adultos responsables podrán mantener la vinculación afectiva con los NNA, siempre que en su ponderación con el interés superior, no se vea afectada la integridad del NNA.

La separación del NNA de su familia despliega el rol de guardián subsidiario de los Estados⁴², debido a que estos deberán otorgar un curso de acción que supla el ambiente óptimo de desarrollo de ellos; de tal modo, el artículo 20.1. CDN es enfático en señalar que “*Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo interés superior exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado*”. Para tales efectos, la CDN conmina a los Estados en su artículo 20.2. a garantizar “*de conformidad con sus leyes, otros tipos de cuidado para esos niños*”, siendo señaladas como ejemplos en el apartado tercero “*la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico*”⁴³, *la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores*”, teniendo la supervigilancia del Estado cada una de dichas medidas, conforme se desprende del artículo 3.3. CDN⁴⁴.

2.7. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil de 1990.

Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, también conocidas como las Directrices del RIAD son pautas interpretativas⁴⁵ que buscan

⁴² Según Ferrer: “*The failure of parents or other legal guardians to fulfil their duties may lead to taking of public measures for child protection*”. Op. Cit. FERRER I RIBA, Josep. “*Principles and Prospects (...)*”. P.9.

⁴³ La Kafala es una institución del derecho islámico mediante la cual, “*por lo general, un varón, llamado ‘kafil’ se hace cargo de un menor, denominado ‘makful’, a quien se limita a garantizar su mantenimiento y educación*”. ORTEGA, Alfonso. “*La kafala de Derecho Islámico: Concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España*”. Ponencia en Jornadas internacionales de la Universidad de Valencia. Valencia, España. 2014. P.822.

⁴⁴ **CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Artículo 3º.**

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

⁴⁵ **DIRECTRICES DEL RIAD. Párrafo 7.** Las presentes Directrices deberán interpretarse y aplicarse en el marco general de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

precisamente dar tratamiento a esta problemática, fijando orientaciones que se encaminen a la prevención y erradicación de la delincuencia juvenil desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos.

Si bien las Directrices del RIAD están dirigidas a la protección de los derechos de NNA en las situaciones de delincuencia y sus efectos, éstas igualmente forman parte del *corpus iuris de la vida familiar* a nivel global, fundamentalmente porque detallan cuestiones ligadas a la familia y su configuración que van estructurando el cómo debería ser la protección a estos núcleos.

En la materia, las Directrices del RIAD son comprensivas con el rol de la familia dentro de una sociedad señalando nuevamente que éstas son los núcleos fundamentales de las sociedades, razón por la cual, los Estados deben otorgar la máxima protección a tanto a la familia de origen como la extensa, siendo prioritario considerar las necesidades y el bienestar familiar como eje de las políticas del Estado. En igual sentido, el Párrafo 12 de las Directrices explícitamente remarca que las familias son “*la unidad central encargada de la integración social primaria del niño*”, por lo cual, la tarea de la sociedad como de los Estados será otorgar la preservación de estas, prestándole la asistencia a las familias cuando ello sea necesario ya que éstas son quienes aseguran el bienestar físico y psíquico de un NNA.

De la lectura de las Directrices del RIAD es posible desprender la consideración de la progresividad del derecho a la vida familiar, lo cual es deducido desde las obligaciones que se consagran en este instrumento. Así, el Párrafo 14 considera que los NNA deben crecer y desarrollarse en un ambiente adecuado que le dé estabilidad y protección, lo cual hace necesario que los Estados primeramente deban crear políticas públicas – y sus respectivas prestaciones – que faciliten y asistan a las familias en dicha tarea, incluso cuando existan situaciones que afecten las relaciones internas del núcleo familiar.

La facilitación de prestaciones de índole social a las familias se visualiza como una respuesta concreta a la protección familiar como primer eje de acción. Esta idea se sustenta en el Párrafo 17 de las Directrices, el cual plantea enfáticamente que “*Los Gobiernos deberán adoptar medidas para fomentar la unión y la armonía familiar*” y que en la práctica se verificará a través de las mencionadas prestaciones sociales. A modo de ejemplo, las Directrices indican en su Párrafo 16 que el Estado deberá elaborar y desarrollar programas que trabajen con padres y/o adultos responsables del NNA, de manera que las familias tengan “*la oportunidad de aprender*

y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración de los Derechos del Niño, y la Convención sobre los Derechos del Niño, y en el contexto de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), así como de otros instrumentos y normas relativos a los derechos, los intereses y el bienestar de todos los menores y jóvenes.

las funciones y obligaciones de los padres en relación con el cuidado de sus hijos”, o sea, una línea de acción de habilidades parentales.

Finalmente, a partir del Párrafo 17 que contiene los lineamientos centrales respecto al derecho a una vida familiar, la norma nos recuerda que los Estados deberán, a propósito de la unidad familiar, buscar mecanismos que fomenten la protección familiar, lo que se traduce en “*desalentar la separación de los hijos de sus padres*”. Este párrafo establece una nueva hipótesis de legítima afectación del derecho a una vida familiar, aseverándose que la separación procederá como última opción si hay “*circunstancias que afecten al bienestar y al futuro de los hijos*”, o sea, la existencia de hechos o situaciones que vulneren los derechos del NNA tanto de manera presente como futura y que no hay mejor forma de solucionar la situación.

Esta última opción no puede ser considerada de manera aislada; por el contrario, requiere ser complementada con el Párrafo 14 de las Directrices que justamente se orienta hacia aquellas medidas que separan al NNA de su familia. La progresividad del derecho a una vida familiar es parte esencial de esta norma, ya que se sitúa en el escenario de haber fracasado otras medidas que fomenten y protejan los núcleos familiares, tanto a nivel de familia extensa como a nivel comunitario.

La falta de un ambiente familiar adecuado y el fracaso de las medidas generan la activación del aparato estatal, el cual deberá tener a disposición “*otras medidas de colocación familiar*”, tales como los hogares de guarda e incluso la adopción. Esta idea reproducida en el Párrafo 14 de las Directrices se caracteriza por comprender la progresividad del derecho a una vida familiar, obligando a los Estados a buscar todas las medidas a su alcance antes de separar de su familia de origen al NNA. Ahora bien, ante la falta de la familia de origen – sea nuclear o extensa –, se deberán disponer de medidas que otorguen al NNA una familia, buscando la mantención de los núcleos de origen a través de la ubicación en una familia de acogida, y dinamitando dicho derecho mediante la adopción si la familia de origen resulta ser un agente causante de daño sin ánimos de modificar dicha conducta.

2.8. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de 2009.

El último instrumento a tratar son las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños (en adelante: DMAC), normativa que viene a complementar la CDN específicamente en materias relativas a la protección y bienestar de los NNA que se encuentren privados de su derecho a la vida familiar. Cabe señalar que la DMAC se edifica sobre determinados principios que los Estados deben respetar en su aplicación, tales como el interés

superior de NNA, la no discriminación, el derecho a ser oído del NNA y la perspectiva de género⁴⁶.

Desde sus objetivos, las DMAC remarcan que su énfasis está en la protección de la unidad familiar, estableciendo una mirada del acogimiento muy ligada al derecho a la vida familiar. En tal sentido, el Párrafo 2 DMAC garantiza el derecho antes mencionado, pues la primera vía de solución será la búsqueda de acogimiento familiar, sea en la familia nuclear o en la extensa. Además, el Párrafo 2 DMAC es enfático en recordar las obligaciones estatales de protección derivadas del derecho a la vida familiar, indicando que durante los períodos de búsqueda de soluciones concretas para un NNA separado de su núcleo, son los Estados quienes deben propender a otorgar y ofrecer a sus NNA las condiciones necesarias para desarrollar su vida dentro de un núcleo familiar.

Las DMAC comienzan reconociendo el importante rol que cumple la familia en el desarrollo y bienestar de los NNA, reiterando en su Párrafo 3 que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y como tal, se requieren todos los esfuerzos necesarios para garantizar que el NNA permanezca en su núcleo familiar. En esta materia, el Párrafo 3 DMAC confiere y entiende que los Estados deben tener un rol subsidiario con las familias, por lo cual, éste deberá otorgar a las familias *“el acceso a formas de apoyo en su función cuidadora”*. Este apoyo que el Estado debe brindar a las familias es nuevamente una reiteración de gran parte de las normas del *corpus iuris de la vida familiar* expuestas en este capítulo, lo cual si bien podría resultar superfluo, es del todo necesario para solidificar las aspiraciones de la comunidad internacional específicamente en materia de cuidados alternativos y que justamente atienden a la progresiva limitación del derecho a la vida familiar.

Al ser un derecho que nace desde la vida familiar, el derecho a los cuidados alternativos del cual son titulares NNA debe ser tutelado por el Estado, el cual se ve obligado a contar con dichas modalidades; esta responsabilidad de los Estados es retratada por medio del párrafo 5 DMAC al señalar que se deben *“proteger los derechos del niño y de procurarle un acogimiento adecuado”*. A ello se suma que el Párrafo 5 DMAC mandata a los Estados a materializar dichas medidas alternativas en condiciones adecuadas para el NNA, por lo cual, los países debiesen

⁴⁶ **DIRECTRICES SOBRE MODALIDADES ALTERNATIVAS DE CUIDADO DE NIÑOS. Párrafo 6.** Todas las decisiones, iniciativas y soluciones comprendidas en el ámbito de aplicación de las presentes Directrices deberían apoyarse caso por caso a fin de garantizar principalmente la seguridad y protección del niño, y deben estar fundamentadas en el interés superior y los derechos del niño de que se trate, de conformidad con el principio de no discriminación y considerando debidamente la perspectiva de género. Debería respetarse plenamente el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta de forma adecuada a su desarrollo evolutivo y sobre la base de su acceso a toda la información necesaria. Debería ponerse el máximo empeño en que la audiencia y el suministro de información se efectuaran en el idioma de preferencia del niño.

incluir dentro de sus sistemas de protección mecanismos de supervigilancias de las prestaciones, sean de carácter pública o privada, que permitan garantizar adecuadamente una esfera de seguridad de NNA que se encuentran sujeto a medidas tan fuertes como lo es separarlo de su familia.

Las DMAC tienen presentes también aspectos relativos al interés superior que deben ser considerados al implementar y desarrollar las modalidades alternativas de cuidado. En este aspecto, el Párrafo 16 DMAC obliga a respetar y promover todos los derechos de NNA durante el período en que esté bajo el acogimiento, a lo cual se suma el Párrafo 10 DMAC, el cual prescribe que dichas medidas deben buscar siempre incluir la participación familiar, propender hacia la reunificación familiar, considerar su centro de vida, y por último, la importancia de mantener y cuidar las relaciones con la familia de origen. Adicionalmente, se debe añadir lo propuesto por el Párrafo 11 DMAC, el cual orienta a los Estados a cuidar y proteger tanto a las familias de acogida como a los NNA, debiendo garantizar a los NNA que efectivamente se encontrarán en un ambiente familiar apropiado, tanto afectiva como materialmente, para desarrollar la medida.

Este instrumento se posiciona también en la prevención de la necesidad del acogimiento familiar, ofreciendo cierta regulación en materia de promoción del cuidado personal y de la reintegración familiar, como de la prevención de la separación de la familia.

En materia de promoción del cuidado personal, las DMAC señalan que básicamente que los Estados deben adoptar políticas públicas que vayan en apoyo a las familias y que permitan como finalidad, según el Párrafo 31 DMAC *“facilitar el cumplimiento de los deberes (de la familia) en relación con el niño y promover el derecho a mantener una relación con el padre y la madre”*.

En sede de reintegración familiar, las DMAC enfatiza que las distintas normativas relativas a la separación del NNA de su familia de origen deben contener criterios determinados que sean sólidos y que desde un trabajo profesional, ofrezcan las mejores opciones para reparar los derechos desde una vertiente intrafamiliar; junto con ello, orienta algunos aspectos relativos a la voluntariedad de los padres que desean renunciar a sus hijos, intentando siempre otorgar ayuda profesional para poder enfrentar dicha situación, conforme lo señala el Párrafo 43 DMAC.

Asimismo, las DMAC guían a las naciones a vigilar y promover la reintegración familiar del NNA con su familia de origen. Para ello, las Directrices orientan concretamente a que los sistemas de protección cuenten con equipos profesionales multidisciplinarios que faciliten e informen a las familias de origen y de acogida de los diferentes mecanismos para poder reparar la situación de derechos del NNA y poder reubicarlo con su familia de origen. Al efecto, el Párrafo

50 expone que en la materia los Estados tienen una responsabilidad importante, ya que sus organismos competentes de protección debiesen velar, apoyar y vigilar “*los contactos regulares y apropiados entre el niño y su familia*” de origen, lo cual se encuentra en plena sintonía con la bidireccionalidad atenuada que se tiene de las relaciones familiares cuando media una medida alternativa de cuidado.

La regulación ofrecida por las DMAC también es una pauta jurídica importante a la hora de definir conceptos claves en la materia. Entendiendo que muchas veces las dinámicas familiares y protectoras son diversas bajo las modalidades alternativas, las DMAC a través de su Párrafo 28 reconoce y distingue dichas modalidades entre *acogimiento informal* y *acogimiento formal*, siendo el primero una modalidad de hecho mientras que el formal es aquel que se determina por las autoridades competentes.

Para finalizar, se debe rescatar de este instrumento una arista ligada a los aspectos afectivos y familiares relativo a la distinción relativa al lugar donde se desarrollará la medida. El Párrafo 28 DMAC destaca que prioritariamente, el énfasis debiese estar centrado en el *acogimiento familiar*, el cual comprende no solo a los vínculos familiares del NNA a través de la ubicación en la familia extensa, sino que avanza en considerar los vínculos afectivos al reconocer bajo esta modalidad la ubicación “*con amigos íntimos de la familia conocidos por el NNA*”. Luego, la norma citada agrega el *acogimiento en hogares de guarda* como opción ante la no posibilidad del acogimiento familiar; dicha modalidad consiste en la ubicación del NNA en una familia ajena a su realidad, la cual debiese cumplir estándares determinados por las autoridades competentes, con la finalidad de poder garantizar al NNA un ambiente apropiado. Por último, debemos agregar la última opción que debiesen tener los sistemas de protección correspondiente al *acogimiento residencial*, o sea, la institucionalización de NNA bajo centros de carácter público o privado que den acogida a los NNA que no tengan posibilidad de ser ubicados en una familia de acogida, debiendo los Estados velar por el cuidado de los NNA como de la supervigilancia de las condiciones materiales, financieras y emocionales en que se encuentran los ubicados bajo esta modalidad.

PARTE II

ESTADO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR EN EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Sistema Europeo de Derechos Humanos (en adelante: SEDH) es un complejo entramado normativo que consagra y resguarda las garantías fundamentales de las personas naturales que integran naciones pertenecientes a la Unión Europea y al Consejo de Europa.

El análisis del SEDH deberá atender necesariamente los instrumentos convenidos por la Comunidad Europea, debiendo examinarse el derecho a la vida familiar tanto desde la perspectiva de los cuerpos jurídicos de derechos humanos – especialmente aquellos que refieren a la infancia-adolescencia – como también de la interpretación del Tribunal de Estrasburgo respecto de la extensión y contenido de la garantía en comento.

1. Corpus iuris de la vida familiar en el Sistema Europeo de Derechos Humanos

1.1. Convención Europea de Derechos Humanos de 1950

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, también conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante: CEDH), es una de las primeras normas jurídicas acordadas por los miembros del Consejo de Europa⁴⁷ en materia de derechos humanos y cuya finalidad es reafirmar los compromisos adoptados en la DUDH para de tal manera “*asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos consagrados*” en ésta, según detalla el preámbulo de la norma en comento.

Tal y como se consagra en el artículo 1º CEDH, los miembros del Consejo de Europa tienen la obligación de reconocer “*a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades*” que comprende este instrumento, resultando atingente mencionar el derecho humano a fundar una familia y el respeto a la intimidad de las familias que se fundan.

El artículo 12 CEDH establece como derecho humano el derecho a contraer matrimonio, señalando que “*a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y fundar una familia*”, siendo una reiteración del artículo 16.1. DUDH. Cabe destacar que el propio artículo 12 mandata cada país a adoptar domésticamente el desarrollo de dichas garantías.

⁴⁷ El Consejo de Europa es una instancia de carácter comunitario europeo, acordado en virtud del Tratado de Londres de 1949, en el cual los países miembros ceden parte de soberanía con el fin de unificar criterios políticos, sociales y económicos, en miras de la protección de los derechos humanos y la facilitación de la cooperación internacional entre ellos. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina. "La protección internacional de los derechos del niño y la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado". 1º Edición. Instituto Cabañas. Madrid, España. 1999. P.30.

Vinculado al derecho humano a fundar una familia, se mandata por parte del artículo 8° CEDH el respeto de los Estados signatarios a la intimidad de la vida familiar, estableciendo en tal sentido normas relativas a la protección de la vida familiar, así como la prohibición a los Estados de injerir arbitrariamente en dichas esferas.

El presente trabajo estima que el artículo 8.2 CEDH es central para hablar del derecho a la vida familiar, ya que garantiza que *“No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho”*. Se mandata así a los Estados a la obligación negativa de no injerencia, debiendo los Estados adoptar cuándo será necesario invertir dicha obligación e intervenir en los núcleos familiares; en ese sentido, se establece como requisito para poder injerir cuando: (1) esté prevista por la ley; y (2) constituya una medida necesaria en una sociedad democrática, siendo justificativos de este segundo parámetro *“la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”*.

La importancia del artículo 8° CEDH radica en que ha permitido al Tribunal de Estrasburgo interpretar su sentido y alcance, determinando aspectos claves del derecho a la vida familiar y que la investigación analizará en el segundo apartado de este acápite.

1.2. Carta Social Europea de 1961

La Carta Social Europea de 1961 es un instrumento acordado por el Consejo de Europa, a través del cual los países miembros ratifican el compromiso de los derechos humanos realizado en la CEDH, toda vez que la Carta Social busca, según su preámbulo, *“desplegar en común todos los esfuerzos posibles para mejorar el nivel de vida y promover el bienestar de todas las categorías de sus poblaciones”*.

La Parte I de la Carta Social Europea establece que los Gobiernos signatarios *“reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecer aquellas condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios”* de este instrumento, debiendo adecuar y adoptar los Estados partícipes su diseño institucional como normativo para garantizar el catálogo de derechos consagrados en la Parte II de la Carta.

Precisamente, la Parte II de la Carta Social Europea deviene relevante en la discusión del derecho a la vida familiar de NNA, puesto que tiene dos normas que se ligaría con el derecho en

cuestión; los artículos 7° relativo a los estándares aplicables al trabajo infantil y el artículo 16 de la Carta Social que se circunscribe al rol de garante subsidiario de las familias del Estado.

Con el fin de lograr “*las condiciones de vida indispensables para un pleno de desarrollo de la familia*”, el artículo 16 de la Carta Social Europea deberá garantizar a las familias “*una protección social, jurídica y económica*” dado su rol de célula fundamental de la sociedad. Así, el artículo en cuestión señala que los Estados se comprometen a fomentar los aspectos familiares mencionados, materializándose dicha tarea a través de diversas políticas públicas, “*especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayudas a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas*”.

1.3. Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992

El Parlamento Europeo ha sido un órgano activo del SEDH en materia de derechos de NNA⁴⁸, manifestándose su compromiso de máxima atención con este grupo a través de la creación de la Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992. Este instrumento posterior a la CDN clarifica la posición del viejo continente en materia de infancia-adolescencia, reflejándose mediante el tratamiento que la Carta realiza sobre los derechos de NNA y la radicación de responsabilidades de los guardianes de la infancia: adultos responsables, Estado y sociedad civil.

Desde su preámbulo, la Carta Europea de los Derechos del Niño entiende que los NNA forman parte de unos de los grupos “*más sensibles de la población con unas necesidades específicas que hay que satisfacer*”, siendo ratificado normativamente por el párrafo 3° de la misma señalando que “*Todo niño, ciudadano de la Comunidad Europea, deberá gozar de todos los derechos enumerados en esta Carta, de acuerdo con las modalidades que establezcan las legislaciones nacionales y los principios del Derecho Comunitario*”. Bajo este escenario, el instrumento en comento estructura su normativa a través de tres ejes: (1) La importancia de la infancia en el desarrollo futuro de todo NNA; (2) El rol protagónico de la familia con los NNA; y (3) El papel de la estabilidad familiar, pues ésta repercutirá en el desarrollo armónico y equilibrado de todo NNA.

Como primer aspecto relativo al derecho a la vida familiar, es posible vincular el rol de guardián de los padres o encargados y los NNA a través del párrafo 9° de la Carta, pues señala – *contrario sensu* – que serán ellos quienes están encargados, primeramente, de asegurar la supervivencia y el desarrollo de los NNA pertenecientes a sus núcleos. Si las familias no pueden

⁴⁸ Op. Cit. VARGAS. “*La protección internacional de los derechos del niño (...)*”. P.45.

garantizar dichos aspectos a sus NNA, se desplegará el rol subsidiario del Estado debiendo “*garantizar (a NNA) la protección y los cuidados necesarios, así como unos recursos mínimos dignos*”; y su rol deberá ser “*fomentando y facilitando la prestación de estos cuidados, por parte de personas o familias dispuestas a ello, o mediante la intervención directa de los poderes públicos cuando lo anterior no sea posible*”.

Un segundo elemento relacionado con el derecho a la vida familiar se contiene en el párrafo 12 de la Carta que garantiza a los NNA el derecho humano a “*gozar de unos padres o, en su defecto, a gozar de personas o instituciones que los sustituyan*”; para ello, se mandata a los Estados a intervenir subsidiariamente en materia económica, debiendo “*asegurar a los padres la oportuna asistencia en las responsabilidades que le competen*”. Este derecho de goce se liga a su vez con el párrafo 14 de la Carta, pues entendiendo que los padres son los encargados de brindar supervivencia y desarrollo de NNA, protege las relaciones filiales bidireccionales garantizando el “*mantener un contacto directo y permanente (del NNA) con los dos padres*”, siempre que no sea contrario a su interés superior.

Un elemento novedoso que integra la Carta Europea de los Derechos del Niño es la situación de orfandad de NNA ante la muerte de sus padres, obligando en tal caso a la reacción estatal en el párrafo 13, quienes “*deberán establecer los mecanismos necesarios para velar por el futuro de los niños que han quedado huérfanos*”. Este escenario le impone al Estado hacerse cargo no solo de cumplir la voluntad de los padres fallecidos, sino que además deben “*adoptar las medidas necesarias para preservar el mantenimiento de la unidad de los huérfanos en una misma familia, evitando en todo caso su separación*”. A juicio de la investigación, junto con evidenciar el rol subsidiario de los Estados ante el derecho a la vida familiar, entiende que este derecho no solo se desarrolla a nivel vertical a través de las relaciones filiales, sino que horizontaliza el derecho a la vida familiar hacia los vínculos de hermanos.

Finalmente, merece atención la reiteración del principio del interés superior de NNA que realiza el párrafo 15 de la Carta, indicando que “*Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses*”. La norma en cuestión es relevante debido a que consolida el derecho a ser oído de NNA y a participar en los asuntos que le afectan según su autonomía progresiva, siempre que ello “*no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño*”. El párrafo 15 resulta indispensable a la hora de la afectación del derecho a la vida familiar, gracias a que esta norma garantiza su participación en procedimientos relacionados tales como “*la modificación del ejercicio de la patria potestad, la determinación de la guardia y custodia, la designación de su tutor legal, su*

entrega en adopción o su eventual colocación en una institución familiar, educativa o con fines de reinserción social”.

1.4. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2010.

Brevemente, merece mención por parte de la investigación la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2010, dado que este instrumento es una nueva manifestación del compromiso de la Comunidad Europea con los derechos humanos de todos sus ciudadanos.

Merece atención el artículo 9° de la norma, pues ligado al derecho a la vida familiar, reitera las garantías del artículo 12 CEDH⁴⁹ a contraer matrimonio y fundar una familia según autodetermine cada país. Dichas familias formadas dentro de la Unión Europea merecen un trato igualitario y el respeto irrestricto a su derecho a la intimidad de la vida familiar, ratificando la posición adoptada durante el transcurso normativo del SEDH.

En materia de infancia-adolescencia, resulta importante destacar al artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales, debido a que robustece las garantías que el SEDH ha consagrado a NNA en tres direcciones; a saber: (1) El artículo 24.1. garantiza que los NNA tienen “*derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar*”, siendo además garantías relacionadas el derecho a ser oído en función de su autonomía progresiva; (2) La consideración primordial del interés superior; (3) El artículo 24.3. protege el derecho bidireccional a las relaciones filiales, siempre que no atente con su interés superior.

1.5. Reglamento de Bruselas II bis del Consejo de la Unión Europea de 2003.

El Reglamento de Bruselas II bis de 2003 es un instrumento creado por el Consejo de Europa con el fin de regular y unificar comunitariamente aspectos procesales relativos al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental⁵⁰.

Resulta importante aludir a esta norma, pues detalla la intención del Consejo de Europa de resguardar el principio de igualdad filiativa en las materias en cuestión, aplicándose jurídicamente “*a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor, con independencia de que estén vinculadas o no a un*

⁴⁹ El cambio que se verifica desde el artículo 12 de la CEDH y el artículo 9° de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, es que este último elimina la expresión “edad núbil” respecto del derecho a casarse.

⁵⁰ **REGLAMENTO DE BRUSELAS II BIS. Preámbulo, párrafo 6°.** Dado que la aplicación de las disposiciones en materia de responsabilidad parental se produce a menudo en el marco de acciones judiciales en materia matrimonial, resulta más apropiado tener un único instrumento en materia de divorcio y de responsabilidad parental.

procedimiento en materia matrimonial”, según detalla el párrafo 6° del preámbulo del Reglamento.

Las normas procesales que fija el Reglamento de Bruselas II bis tienen como eje al interés superior de NNA, debiendo los Estados partes respetar la manifestación de este principio en el denominado “*criterio de proximidad*”. Este criterio básicamente consiste en el respeto al centro de vida en los aspectos adjetivos de un procedimiento, siendo competentes para conocer de los asuntos que trata el Reglamento aquel Estado donde tiene residencia habitual, excepto como lo señala el párrafo 12 del preámbulo los “*casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental*”. Lo anterior no es óbice para que en función del mismo interés superior se apliquen medidas provisionales⁵¹.

La investigación se detendrá particularmente en el artículo 56 del Reglamento de Bruselas II bis, el cual detalla aspectos relativos a la medida de acogimiento de un NNA en otro Estado miembro del Consejo de Europa. En este aspecto, el artículo 56.1 del Reglamento señala que ante la determinación judicial de acogimiento familiar o institucional a cumplir en otro país, requerirá saberse si dicho país tiene “*intervención de una autoridad pública (...) para los casos internos de acogimiento*”, quien además deberá autorizar el acceso a la medida según su derecho doméstico. En caso de no existir dicha autoridad pública, se mandata a los Estados a comunicar la decisión a aquel en el que se cumplirá la medida alternativa de cuidado, conforme lo señalado por el artículo 56.4. del Reglamento.

1.6. Resolución 2019/2876 sobre los derechos de los niños del Parlamento Europeo de 2019

La última norma que la investigación integrará como parte del SEDH es la Resolución 2019/2876 del Parlamento Europeo, ya que es una de las últimas reiteraciones que se realiza por parte de la Unión Europea del compromiso hacia el respeto irrestricto de los derechos de todo NNA, agregando desde su preámbulo nuevos tópicos protectores relativos a problemáticas globales tales como el cambio climático, la vulneración de derechos generadas por las redes sociales y el consumo.

En lo tocante al derecho a la vida familiar, es importante mencionar el párrafo 21 de la Resolución, debido a que reitera la protección a las familias, y en particular, mandata el resguardo de los roles de paternidad y maternidad. El derecho a la vida familiar se liga a los roles de los

⁵¹. **REGLAMENTO DE BRUSELAS II BIS. Preámbulo, párrafo 16.** En caso de urgencia, las disposiciones del presente Reglamento no impedirán que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro adopten medidas provisionales, incluidas las protectoras, por lo que se refiere a las personas o a los bienes que se encuentren en ese Estado.

padres, pues los NNA *“tienen derecho a estar con sus padres y que necesitan pasar suficiente tiempo juntos”*, razón por la cual los Estados partes deberán *“adoptar leyes que protejan e incrementen (los derechos de NNA) con el objeto de ofrecer un entorno saludable y estable a los niños, en particular durante sus primeros meses de vida”*.

Ligado a las separaciones familiares, es necesario incorporar a la discusión el párrafo 44 de la Resolución relativo a NNA privados de libertad. Este párrafo es una norma en favor del derecho a la vida familiar, garantizando la bidireccionalidad de las relaciones filiales y debiendo los Estados velar *“por que (sic) los menores reclusos mantengan un contacto regular y de pleno sentido”* no solo con sus padres, sino que también con *“familiares y amigos a través de visitas y correspondencia”*. Este derecho tendrá como contrapeso el interés superior, el cual deberá ponderar los aspectos afectivos que engloba el derecho en comento con las demás garantías que se protegen a través de la privación de libertad.

Junto a ello, el párrafo 43 de la Resolución igualmente deviene relevante a la hora de hablar del derecho a la vida familiar, exhortando a los Estados a *“que velen por la prevención de las separaciones familiares inútiles”*. En esa línea, la institucionalidad de los signatarios debe estar adecuada hacia la protección integral y el garantizar una familia a los NNA, velando fundamentalmente en reforzar *“los servicios familiares y comunitarios”*, con la finalidad de condicionar que *“todos los niños puedan crecer no en instituciones, sino en familias y comunidades”*. Para ello, la Unión Europea concuerda la entrega de fondos para *“apoyar la transición desde los servicios en instituciones a los servicios comunitarios”*.

Lo anterior muestra hacia la dirección de que el SEDH toma, al entender la necesidad de que NNA crezcan en un ambiente familiar que les satisfaga plenamente sus derechos. Esto es plenamente coherente con la situación de amparo que merecen los NNA bajo medida de institucionalización, pues como indica el párrafo 40 de la Resolución, ellos se encuentran en una situación de vulnerabilidad y de exposición desproporcionada que evidencia *“discriminación por múltiples motivos, por lo que necesitan un enfoque específico para atender a sus necesidades particulares”*.

2. Análisis jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del derecho a la vida familiar.

Previamente se afirmó que el artículo 8° CEDH es una norma central para comprender cómo ha reaccionado el SEDH, puesto que ella ha permitido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante: TEDH) ahondar en el sentido y alcance del derecho a la vida familiar, dotándolo de contenido tanto de carácter adjetivo como sustantivo.

Vale recordar que el artículo 8° CEDH establece tanto el derecho a la vida privada como también el derecho a la vida familiar, señalando para tales efectos que:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Para efectos de determinar cómo se ha comprendido la vida familiar, la investigación dividirá el análisis jurisprudencial del artículo 8° CEDH desde la óptica de los aspectos comunes hallados desde los fallos examinados del TEDH; mientras que por otro lado, se deberá abordar aquellas consideraciones relativas específicamente al derecho a la vida familiar.

2.1. Roles del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de los Estados signatarios.

El desarrollo jurisprudencial efectuado por parte del Tribunal de Estrasburgo, respecto específicamente a la interpretación del artículo 8° CEDH, ha permitido entender tanto cuestiones relativas a la extensión del contenido del derecho a la vida familiar, así como también comprender cuáles son los roles que se derivan tanto para los Estados signatarios como para el propio TEDH en función de la norma en comento.

Es preciso señalar que la adhesión de los Estados signatarios al Convenio es afín a la autodeterminación soberana de establecer sus sistemas políticos, jurídicos y sociales, imponiéndole a estos la adecuación y ajuste de sus ordenamientos jurídicos para garantizar coherentemente cada una de las garantías del CEDH⁵². Dicho catálogo de derechos contenidos en el instrumento en comento deberá ser canalizado internamente tanto de una perspectiva técnica como práctica⁵³, debiendo además cada uno de los Estados velar porque dichas garantías sean efectivamente protegidas y satisfechas desde el derecho doméstico⁵⁴.

⁵² **TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.** Sentencia MARCKX contra BÉLGICA. 13 de junio de 1979. Párrafo 43.

⁵³ **TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.** Sentencia NADA contra SUIZA. 12 de diciembre de 2012. Párrafo 195.

⁵⁴ **TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.** Sentencia SALECK BARDI contra ESPAÑA. 24 de mayo de 2011. Párrafo 65.

Por los aspectos anteriormente indicados, el rol que cumple el TEDH es de controlar casuísticamente si las autoridades locales de cada signatario han actuado respetando el texto del Convenio y evaluar, a la luz de los antecedentes otorgados por las instancias internamente establecidas, la potencial tensión o vulneración de los derechos del Convenio. En este contexto, el Tribunal de Estrasburgo ha precisado que su facultad de control es limitada⁵⁵, debido a que soberanamente cada país posee un margen discrecional de actuación para interpretar, examinar y determinar por parte de sus autoridades competentes un curso de acción en un caso en concreto, basados principalmente en el conocimiento mejor posicionado de la realidad que motiva la intervención⁵⁶.

2.2. Artículo 8° del CEDH e intereses concurrentes en pugna

El primer interés concurrente que se debe tener presente en aquellos casos de conflictos de relevancia jurídica derivados del artículo 8° CEDH será, si existen NNA en estos, su interés superior⁵⁷, debiendo este ser una consideración primordial a ponderar por parte de las autoridades competentes y que exhaustivamente el TEDH evaluará en sus decisiones.

Desde nuestra perspectiva, entendemos que el Tribunal de Estrasburgo integra como parte del artículo 8° CEDH al interés superior del NNA contenido en el artículo 3° del CDN, tanto en su faz adjetiva como sustantiva y que debe ser una norma matriz protagónica de actuación dentro de los ordenamientos jurídicos signatarios. En esa línea, el TEDH ha comprendido que el artículo 8° CEDH “*no contiene requisitos de procedimientos explícitos, pero esto no es determinante*”⁵⁸; sin embargo, reiteramos la afirmación respecto a la integración del interés superior del NNA como parte del texto de la norma en comento, siendo siempre una de las disposiciones adjetivas centrales que guían los procedimientos ligados a la vida familiar de NNA.

No obstante lo anterior, la supremacía del interés superior del NNA tanto en su faz adjetiva como sustantiva no es una norma que aisladamente debe regir las decisiones en la materia. Por el contrario y conforme ha fallado el propio TEDH, las autoridades locales competentes deberán sopesar los intereses concurrentes derivados del artículo 8° CEDH, obligándose en tal caso a buscar la solución que concilie y equilibre estos respecto de no solos

⁵⁵ **TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.** Sentencia ERIKSSON contra SUECIA. 12 de abril de 2012. Párrafo 62.

⁵⁶ **TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.** Sentencia PONTES contra PORTUGAL. 10 de diciembre de 2012. Párrafo 94.

⁵⁷ *Op. Cit.* **TEDH.** PONTES. Párrafo 94.

⁵⁸ **TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.** Sentencia W. contra REINO UNIDO. 08 de julio de 1987. Párrafo 62.

los NNA, sino que también intereses de padres, familiares, familias de acogida⁵⁹, la sociedad⁶⁰ e incluso, del orden público⁶¹.

2.3. Afectividad vincular y el concepto de familia derivado del artículo 8° del CEDH.

Antes de ahondar en el concepto de familia otorgado en el SEDH, es necesario precisar que el marco protector otorgado por el artículo 8° CEDH es no solo una protección directa de la vida privada y familiar de todo ser humano, sino que es, máxime, una manifestación de protección del “*derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior, (por tanto), nadie puede ser tratado de forma que implique una pérdida de dignidad*”⁶², pues tanto la libertad y la dignidad son la esencia de la protección que otorga el Convenio.

Fruto de ser la libertad y dignidad las garantías motor del artículo 8° CEDH, surge legítimamente el cuestionamiento respecto de cuáles son las familias protegidas en su vida familiar desde este instrumento y que se liga, a su vez, con la figura de los intereses concurrentes que previamente referimos.

Resulta claro, para efectos del artículo 8° CEDH, que la primera familia que es titular de protección de su vida familiar es la familia tradicional, de carácter nuclear y heterosexual. Dicha protección ha sido tempranamente fijada por el TEDH, señalando incluso que le parece elogiable que éstas sean resguardadas internamente como manifestación del derecho a la vida familiar⁶³.

Sin embargo, esta visión sesgada y limitada de la familia no ha significado un obstáculo para el Tribunal de Estrasburgo en lo tocante a su comprensión del derecho en comento; por el contrario, la judicatura durante su trayecto jurisprudencial ha sido audaz en su rol interpretativo, extendiendo la garantía a otros tipos de relaciones vinculares y familiares que se tutelan respecto de este derecho objetivo.

A modo de ejemplo, podemos notar que el TEDH reconoció, en su momento, que el derecho a la vida familiar protegía no solo aquellas relaciones vinculares nacidas en el núcleo de una familia matrimonial, sino que se extendía a aquellas filiaciones que surgían de las

⁵⁹ **TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.** Sentencia HADDAD contra ESPAÑA. 18 de junio de 2019. Párrafo 58.

⁶⁰ **TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.** Sentencia K.A.B. contra ESPAÑA. 10 de abril de 2012. Párrafo 95.

⁶¹ *Op. Cit.* **TEDH.** HADDAD. Párrafo 52.

⁶² **TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.** Sentencia EL MASRI contra EX REPÚBLICA YUGOSLAVA DE MACEDONIA. 13 de diciembre de 2012. Párrafo 248.

⁶³ *Op. Cit.* **TEDH.** MARCKX. Párrafo 40.

denominadas “*familias ilegítimas*”⁶⁴. A la fecha, no podría parecer problemático ni dudable que todos los NNA, indistintamente de su origen filial, deben ser protegidos en todos sus derechos, pero el avance realizado al respecto por parte del TEDH implica el inicio del camino a la apertura de la protección familiar en sentido amplio.

La profundización del estudio del derecho a la vida familiar por parte del Tribunal de Estrasburgo ha permitido integrar como parte de la discusión la idea “*afectividad vincular*” como eje del derecho a la vida familiar, y que la investigación sostendrá como uno de los elementos de la garantía en cuestión. Este planteamiento se sustenta gracias a que los jueces han señalado que, derivado desde el propio artículo 8° CEDH, este derecho también incluye “*al menos, los vínculos con los parientes más cercanos, tales como el de abuelos y nietos, en la medida en que aquellos puedan jugar un importante papel en la vida familiar de éstos*”⁶⁵.

La inclusión de la afectividad vincular como elemento del derecho a la vida familiar implica necesariamente volver a enlazar con la idea de intereses concurrentes previamente referidos. En la búsqueda del equilibrio de dichos intereses, las autoridades competentes se ven compelidas a evaluar desde una perspectiva global la realidad familiar -particularmente de NNA-, y queremos decir realidad familiar como el conjunto de vínculos afectivos que se desarrollan en un determinado núcleo. Al respecto, el TEDH ha señalado que en función del artículo 8° CEDH, los Estados deberán siempre en este tipo de casos “*llev(ar) a cabo un examen exhaustivo de toda la situación familiar y de toda una serie de elementos sobre todo de tipo fáctica, emocional, psicológico, material y clínico*”⁶⁶.

Otro tópico intrínsecamente relacionado con el derecho a la vida familiar y la afectividad vincular dice relación con la protección de la vida familiar que les otorga el artículo 8° CEDH a aquellas familias formadas por personas homosexuales y/o transexuales y su prole.

Sin lugar a dudas, este tema demuestra la evolución constante tanto del concepto de familia, como también de la protección de la vida familiar. En este punto, el TEDH realizó correctamente una adaptación conforme al avance de los tiempos de dichas familias, desarrollando un giro necesario que reconoce la vida familiar de estos núcleos. Si bien podría parecer lógica su protección, esto no ha sido siempre reconocido de esta forma por parte del

⁶⁴ Vale señalar que el concepto de familia ilegítima surge de la distinción filiativa entre aquellos hijos que nacían del seno de una familia matrimonial versus aquellos que nacían de una relación extramarital de uno de sus progenitores. Al respecto, es necesario entender que el caso “*MARCKX contra BÉLGICA*” es previo a la entrada en vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño, instrumento clave que da por superada dicha distinción, erradicando la distinción filiativa desde esta perspectiva.

⁶⁵ *Ibidem*. Párrafo 40.

⁶⁶ *Op. Cit.* TEDH. MARCKX. Párrafo 45.

⁶⁷ *Op. Cit.* TEDH. HADDAD. Párrafo 61.

TEDH, debido a que inicialmente se llegaba al absurdo de que *“la relación afectiva y sexual de una pareja del mismo sexo constituye una ‘vida privada’, pero no una ‘vida familiar’, incluso tratándose de relaciones a largo plazo entre miembros de una pareja que viven juntos”*⁶⁸.

Como se precisó previamente, la justificación otorgada por parte de la judicatura se basa fundamentalmente en la tendencia de no reconocimiento de matrimonios distintos al tradicional, siendo opción según la idiosincrasia de cada signatario el aceptar e integrar otras formas de matrimonio en función de su margen de discreción soberano. Con todo, el TEDH es enfático en señalar que el CEDH no es un instrumento estático y que su protección debe ser dinámica, y que por lo mismo, el artículo 8° del mismo debe proteger la vida familiar *“teniendo en cuenta la evolución de la sociedad y los cambios en la forma de percibir las cuestiones relativas a la sociedad, al estado civil y a las relaciones, en especial la idea de que existe más de un camino o de elección posibles en cuanto al modo de vivir la vida privada y familiar”*⁶⁹.

En tal sentido, el TEDH no vaciló en corregir y adaptar su noción respecto del artículo 8° CEDH en materia de vida familiar, señalando que consideraba *“artificial mantener el planteamiento de que, a diferencia de las parejas de distinto sexo, las del mismo sexo no pueden disfrutar de ‘vida familiar’ a los efectos del artículo 8°”*⁷⁰.

De igual manera, con el avance del tiempo el TEDH se ha decantado en reconocer y proteger desde el artículo 8° CEDH a aquellas familias integradas y formadas por personas transexuales y que es plenamente coherente con la garantía de dignidad e igualdad que fundamentan el Convenio.

Bajo el concepto de matrimonio tradicional y heterosexual, el TEDH entendió que la justificación de autoridades locales para denegar el matrimonio a personas transexuales fue la aplicación de criterios biológicos para argumentar su decisión⁷¹. Está demás decir que si bien este criterio podría ser razonado por desconocimiento de los tópicos relativos a la identidad de género, no puede ser considerado como respetuoso del espíritu del Convenio.

Pues bien, respecto a los criterios biologicistas aplicados, se llegaba nuevamente a un absurdo respecto a la formación de familias por personas transexuales, incluso por parte de aquellas que se encontraban quirúrgicamente intervenidas⁷², lo cual resultaba un despropósito. Se

⁶⁸ **TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.** Sentencia SCHALK y KOPF contra AUSTRIA. 24 de junio de 2010. Párrafo 92.

⁶⁹ **TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.** Sentencia VALLIANATOS y OTROS contra GRECIA. 07 de noviembre de 2013. Párrafo 84.

⁷⁰ *Op. Cit.* **TEDH.** SCHALK y KOPF. Párrafo 94.

⁷¹ *Ibidem.* Párrafo 54.

⁷² *Ibidem.* Párrafo 54.

evidencia así, que la ignorancia respecto de la diferencia entre identidad de género y orientación sexual generaba una desprotección a la vida familiar de aquellas personas.

Ahora bien, el TEDH abandona la visión biologicista y ampara bajo el artículo 8° CEDH todas aquellas relaciones afectivas con independencia de la identidad de género y orientación sexual de sus integrantes; es decir, la vida familiar no solo se encuentra circunscrita las familias tradicionales, heterosexuales entre personas cisgénero, sino que amplía el campo de protección del derecho a la vida familiar, puesto que *“El concepto de ‘familia’ contemplado por el artículo 8° no se limita únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y puede englobar otros vínculos ‘familiares’ de facto cuando las partes cohabitan fuera del matrimonio”*⁷³, tutelándose a la vez el legítimo derecho a NNA a su vida familiar, pues *“un niño resultante de tal relación se incluye automáticamente en esta célula ‘familiar’ a partir de su nacimiento y por el hecho mismo de éste”*⁷⁴

2.4. Artículo 8° del CEDH, soberanía e injerencias. La importancia de las obligaciones positivas y negativas del Estado.

El artículo 8° CEDH obliga a los Estados signatarios a garantizar, fundamentalmente, que sus ciudadanos puedan tener una vida familiar normal⁷⁵. Por tal razón, desde la norma en comento nacen dos obligaciones para los Estados, que presentan la dificultad de no tener una frontera clara⁷⁶: por un lado, la obligación negativa de no injerir arbitrariamente en los núcleos familiares, y por otro lado, la obligación positiva de establecer soberanamente los límites del derecho en comento a través de la *“adopción de medidas dirigidas al respeto de la vida familiar, incluso en las relaciones de los individuos entre sí”*⁷⁷.

Bajo este escenario, deviene relevante mencionar que las obligaciones positivas erigidas por los Estados generan para él un gravamen de velar por el fin último de garantizar el respeto efectivo de la vida familiar⁷⁸. En tal caso, las limitaciones efectuadas por los Estados se verán amparadas en su margen de apreciación, empero siempre deberán estar ceñidas a los parámetros

⁷³ *Op. Cit. TEDH. W. contra REINO UNIDO. Párrafo 88.*

⁷⁴ *Ibidem. Párrafo 88.*

⁷⁵ **TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.** Sentencia POPOV contra Francia. 19 de enero de 2012. Párrafo 133.

⁷⁶ *Op. Cit. TEDH. PONTES contra PORTUGAL. Párrafo 75.*

⁷⁷ *Op. Cit. TEDH. SALECK BARDI contra ESPAÑA. Párrafo 50.*

⁷⁸ En el caso PONTES contra PORTUGAL, el TEDH es claro en afirmar que dichas son las obligaciones que surgen para el Estado, señalando específicamente: *“Se o artigo 8º tende, no essencial, a proteger o indivíduo contra ingerências arbitrárias dos poderes públicos, ele onera, ainda, o Estado com obrigações positivas inerentes ao “respeito” efetivo da vida familiar”*. La investigación opta por traducir la presente cita de la siguiente manera: *“Si el artículo 8° tiende, en lo esencial, a proteger al individuo contra injerencias arbitrarias de los poderes públicos, él también grava al Estado con obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida familiar”*. *Op. Cit. TEDH. PONTES contra PORTUGAL. Párrafo 75.*

establecidos por parte del artículo 8.2. CEDH, siendo éstas motivadas y proporcionales con los siguientes aspectos: (1) *Sea una injerencia prevista por la ley*; (2) *Sea una medida necesaria en una sociedad democrática*; (3) *Sea legítima para proteger*: (a) *La seguridad nacional*; (b) *La seguridad pública*; (c) *El bienestar económico del país*; (d) *La defensa del orden y la prevención de las infracciones penales*; (e) *La protección de la salud o de la moral*; o (f) *La protección de los derechos y las libertades de los demás*.

Respecto de los conceptos limitantes del derecho a la vida familiar, el TEDH ha jugado un papel importante para acotar el campo de acción y comprensión de ellos debido a que son claramente términos de textura abierta.

Un primer término que aclara el TEDH es delinear el cuándo una injerencia legal soberanamente establecida por un Estado es coherente con el espíritu del Convenio. Así, se ha señalado que para que una ley no contravenga el CEDH ésta: (1) Debe ser suficientemente precisa; (2) Debe proteger contra injerencias arbitrarias de los poderes públicos en el derecho a la vida familiar; y finalmente, (3) Debe claramente especificar su sentido y alcance respecto de la protección del derecho a la vida familiar, dado que otorgará facultades discrecionales de actuación a las autoridades competentes producto del margen de apreciación soberano que gozan los Estados⁷⁹

El segundo punto que ha debido aclarar el TEDH y que ha sido germen de una voluminosa, pero a la vez, consistente construcción jurisprudencial dice relación con el concepto de “*necesidad en una sociedad democrática*”, siendo un aspecto central a considerar por parte de los países signatarios para que articulen el cumplimiento de sus obligaciones con el Convenio.

Comprendiendo el margen de discrecionalidad propio de cada nación, el TEDH ha aseverado y ratificado que el concepto de “*necesidad*”, para los efectos del artículo 8° CEDH, no puede ser entendido como una medida útil, razonable o deseable dentro de una sociedad determinada⁸⁰, sino que su justificación debe ser por “*una exigencia social imperiosa y, en especial, proporcionada al fin legítimo que persigue*”⁸¹.

Por último, la importancia de los criterios rectores de las injerencias al derecho a la vida familiar es que estos deben motivar a los países a crear las medidas *ad-hoc* pensando en todas aquellas soluciones en que exista “*la posibilidad de recurrir a una medida alternativa que*

⁷⁹ *Op. Cit.* TEDH. ERIKSSON. Párrafo 59.

⁸⁰ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia DUDGEÓN contra REINO UNIDO (22 de octubre de 1981). Párrafo 51.

⁸¹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia OLSSON contra SUECIA. 24 de marzo de 1988. Párrafo 67.

*causare un menor daño al derecho fundamental en cuestión (limitando al mismo tiempo) que el cumplimiento de la misma medida quede excluida*⁸².

2.5. Disfrute mutuo de la compañía, unidad y reagrupación familiar.

Siguiendo la línea interpretativa ratificada reiterada y sólidamente por parte del TEDH, se ha entendido que en materia del derecho a la vida familiar implica “*para un progenitor y su hijo, permanecer unidos (y) representa un elemento fundamental de la vida familiar*”⁸³. Sin embargo, es legítimo cuestionarse: ¿este elemento fundamental es de carácter físico o vincular?

Nuestra apreciación es que este elemento, denominado como *disfrute mutuo de la compañía*, no es un elemento físico o de cohabitación sino que netamente vincular y que se consolida a través del disfrute físico entre un NNA, sus progenitores y también, respecto de aquellos familiares con los cuales exista un grado relevante de afectividad vincular. Así, el TEDH ha sido enfático en señalar que la cohabitación no es *per se* el elemento fundamental, pues si bien “*puede constituir una condición de tal relación, (existen) otros factores (que) pueden servir para demostrar que una relación tiene suficiente continuidad para crear ‘vínculos familiares’*”⁸⁴.

En este tópico, el Tribunal de Estrasburgo ha señalado dos ejemplos que ratifican la afectividad vincular como el elemento clave para circunscribir el disfrute mutuo de la compañía: un primer ejemplo que se otorga respecto de aquellos NNA que han sido separados de sus familias y que se encuentran a cargo de las autoridades competentes - por ejemplo, en situaciones de desamparo - de un determinado país en ningún caso significa el término de las relaciones vinculares relevantes de un NNA con sus familiares⁸⁵; un segundo ejemplo dice relación con aquellas familias migrantes que han sido detenidas y cuyo correlato es el desmembramiento familiar, caso en que si bien no existirá el elemento de cohabitación entre sus miembros, ello no implica que se suspenda la vida familiar, sino que ésta debe ser resguardada velando por la unidad de ésta a causa de los vínculos afectivos⁸⁶.

Los casos anteriormente planteados son muestra manifiesta de injerencias que legítimamente puede instituir un Estado signatario dentro de su derecho doméstico; no obstante, éstas particularmente deben ser congruentes con el artículo 8.2 del Convenio, norma que les

⁸² *Op. Cit. TEDH. NADA. Párrafo 183.*

⁸³ *Op. Cit. TEDH. HADDAD. Párrafo 51.*

⁸⁴ *Op. Cit. TEDH. K.A.B contra ESPAÑA. Párrafo 88.*

⁸⁵ *Op. Cit. TEDH. NADA contra SUIZA. Párrafo 195.*

⁸⁶ *Op. Cit. TEDH. POPOV contra FRANCIA. Párrafo 134.*

impone garantizar siempre toda clase de medidas que le permita reunificación familiar y la reunión entre progenitores e hijos⁸⁷.

La reagrupación familiar anteriormente mencionada debe ser ponderada fácticamente a través de la evaluación íntegra de la realidad de dicho núcleo, debiendo para tales efectos equilibrar los intereses concurrentes de todas aquellas personas que tengan algún vínculo afectivo con el NNA. En este aspecto, se debe reiterar nuevamente que el interés que prima y prevalece sobre los demás es precisamente el interés superior de NNA⁸⁸; pudiendo el Estado determinar que en función de éste, que la unidad familiar necesita ser desintegrada si no le otorga un espacio sano y seguro al NNA para su desarrollo⁸⁹.

Ligando los intereses concurrentes y el ambiente óptimo para el desarrollo de un NNA, el TEDH se ha cuestionado cómo ponderar ambos elementos. Por esta razón, la judicatura ha señalado que desde el artículo 8° CEDH se debe garantizar a los NNA que tengan un ambiente saludable para su desarrollo, por lo cual, sería atentatorio contra el artículo en comento que, por ejemplo, un padre tome decisiones que afecten en esencia los derechos de sus hijos⁹⁰. Es así que la tarea de reconstrucción de la unidad familiar puede ser matizada cuando casuísticamente “*la familia es particularmente indigna (pues) quebrar este vínculo equivale a cortar a los niños de sus propias raíces*”^{91,92}.

Cuando la unidad familiar es vista como un espacio que potencialmente amenaza o vulnera los derechos de NNA y la separación de éste de su familia es visualizada como opción de restauración de sus derechos, la evaluación por parte de las autoridades competentes debe

⁸⁷ **TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**. Sentencia R.M.S. v. España. 18 de junio de 2013. Párrafo 81.

⁸⁸ *Op. Cit.* **TEDH**. HADDAD contra ESPAÑA. Párrafo 52.

⁸⁹ *Op. Cit.* **TEDH**. POPOV contra FRANCIA. Párrafo 147.

⁹⁰ *Op. Cit.* **TEDH**. PONTES contra PORTUGAL. Párrafo 79.

⁹¹ *Op. Cit.* **TEDH**. PONTES contra PORTUGAL. Párrafo 79.

⁹² El párrafo 79 de la Sentencia PONTES contra PORTUGAL que ha sido citado previamente señala en su idioma original: “*Por um lado, é certo que garantir às crianças o desenvolvimento num ambiente saudável decorre deste interesse, e que o artigo 8º não pode de modo algum permitir que um pai assista à tomada de medidas prejudiciais à saúde e ao desenvolvimento dos seus filhos. Por outro lado, está claro que é também no interesse da criança que os laços entre ela e a sua família se mantenham, salvo nos casos em que a família de revela particularmente indigna: quebrar este vínculo equivale a cortar a criança das suas próprias raízes. Daí resulta que o interesse da criança impõe que só em circunstâncias particularmente excecionais se permita a quebra do laço familiar, e que tudo seja feito para manter as relações pessoais e, se for caso disso, no momento próprio ‘reconstituir a família’*”.

La versión en español de la cita en cuestión ha sido realizada por la propia investigación, por lo cual sostenemos como traducción lo siguiente: “*Por un lado, es cierto que garantizar a los niños un desarrollo en un ambiente saludable proviene de este interés y que el artículo 8° no puede de modo alguno permitir que un padre asista a la toma de medidas perjudiciales a la salud y el desarrollo de sus hijos. Por otro lado, está claro que es también en el interés del niño que los lazos entre él y su familia se mantengan, salvo en los casos en que la familia es particularmente indigna: quebrar este vínculo equivale a cortar a los niños de sus propias raíces. De ahí que el interés del niño impone que solo en circunstancias particularmente excepcionales se permita el quiebre del lazo familiar y que todo sea hecho para mantener las relaciones personales y, si aplica, el momento propio de ‘reconstruir la familia’*”. *Ibidem*. Párrafo 79.

ponderar todos los intereses concurrentes de manera íntegra, pues “*La desintegración de una familia constituye una medida muy grave que debe reposar en consideraciones inspiradas en el interés superior del niño y tener bastante peso y solidez*”⁹³. Dicho argumento ha sido sentado por parte del TEDH señalando que las consideraciones de peso y solidez deben responder a tres estándares macro: (1) La obligación del Estado a tomar las medidas necesarias para reunir padres con hijos; (2) La separación de un NNA de su familia debe ser una medida temporal, suspendiéndose cuando en su mérito sea aconsejable; y (3) El reagrupamiento familiar no solo impone a los Estados a realizarlo bajo la óptica del interés superior del NNA, sino que también su tarea debe ser ejecutada considerando todas aquellas medidas preparatorias para alcanzar el fin de reunir nuevamente los lazos de padres e hijos⁹⁴.

Finalmente, un aspecto relevante de los anteriormente mencionado dice relación con el factor temporal y el quiebre del derecho a la vida familiar. Es indiscutible que la afectividad vincular requiere del contacto entre el NNA y su familia, pues de lo contrario, naturalmente dichas relaciones se verán afectadas y debilitadas; por ello, vale recordar nuevamente que el ejercicio del margen de discreción de los Estados respecto de la separación del NNA de su familia debe ser bajo el respeto irrestricto de los límites del artículo 8.2 del Convenio.

En tal sentido, el Tribunal de Estrasburgo ha determinado que las alteraciones del derecho a la vida familiar implicarán necesariamente que los Estados adopten rigurosamente dichos estándares y que en la práctica, deben ser medidas tomadas de forma rápida, efectiva y procurando que los lazos y la reunificación familiar sean mantenidos y, tendientes a ser restablecidos sin obstáculos⁹⁵. Por ello, si el Estado establece arbitrariamente una injerencia, si su actuar no es ponderando los intereses concurrentes y si el Estado no actúa rápidamente en el restablecimiento y/o reunificación de los lazos familiares, claramente habrá una vulneración al derecho a la vida familiar según el marco jurídico que se extrae del artículo 8° CEDH.

⁹³ *Op. Cit. TEDH. R.M.S. contra España. Párrafo 69.*

⁹⁴ *Ibidem. Párrafo 71.*

⁹⁵ *Op. Cit. TEDH. OLSSON contra SUECIA. Párrafo 81.*

PARTE III

ESTADO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

1. Corpus iuris de la vida familiar en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

1.1. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 es reconocida como uno de los primeros instrumentos en materia de derechos humanos a nivel mundial⁹⁶, siendo a la vez, uno de los instrumentos que desde su génesis consagra – sutilmente – el derecho a la vida familiar.

Al respecto, el artículo V de este instrumento refiere que “*Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y (también) a su vida privada y familiar*”. Si bien la norma se circunscribe a la no intromisión en la persona y/o familias, no es menos importante destacar que la protección contra ataques abusivos a la familia implícitamente implica el reconocimiento de una vida familiar de carácter privado que debe ser resguardada.

La garantía anteriormente expuesta se liga al artículo VI de la Declaración, debido a que esta norma es específicamente relativa a la familia. Para efectos de la Declaración, “*Toda persona tiene derecho a constituir familia*”, reconociendo por tanto el derecho humano a formar familia, la cual debe ser resguardada por el hecho de ser el “*elemento fundamental de la sociedad*”. Además, este instrumento garantiza que ésta tiene el derecho “*a recibir protección para ella*”, estableciendo así la tutela especial que requiere este núcleo dada la importancia que la misma norma le otorga.

Cabe destacar que en materia de infancia-adolescencia, este instrumento también reconoce en su artículo VII que todo niño “*tiene derecho a protección, cuidado y ayuda especiales*”. Del tenor literal del texto es posible deducir el especial resguardo y celo que requiere el cuidado de los NNA dada su condición, aunque esta Declaración no posea un catálogo de derechos específicos asociados a este grupo.

Ahora bien, el instrumento sí estipula en su artículo XXX sendos deberes en las relaciones filiales, tanto para padres como para hijos. A modo de deber, es posible reconocer los derechos básicos a garantizar desde la Declaración a los NNA, habida cuenta que los padres y

⁹⁶ PAUL, Álvaro. “*La Génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Relevancia Actual de sus Trabajos Preparatorios*”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [en línea]. Disponible en Scielo: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512016000200012>>. [consulta: marzo 2020]

“*toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores edad*”. En materia de deberes de los hijos, los NNA tienen “*el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten*”, lo cual denota que las relaciones filiales son de por vida y en todo evento debiese existir la protección intrafamiliar.

La importancia de este instrumento es que sienta las bases del *corpus iuris de la infancia*⁹⁷ en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante: SIDH). Conjuntamente, la Declaración es útil para iniciar la construcción del derecho a la vida familiar, debido a que eleva a la categoría de derechos humanos aquellos consagrados en el instrumento por ser consustanciales a la naturaleza de las personas y que son alienables e imprescriptibles⁹⁸, dentro de los cuales está el derecho a la vida familiar en el marco de la intimidad.

1.2. Convención Americana de Derechos Humanos de 1969

La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (en adelante: CADH) se caracteriza por ser el instrumento que comienza a solidificar los fines del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, orientando las garantías básicas que los Estados signatarios deben considerar domésticamente a la hora de proteger debidamente los derechos fundamentales de sus nacionales.

A partir del preámbulo de la CADH se comienza a estructurar cómo deben ser entendidos los derechos humanos en el SIDH, señalando que “*los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado*”, sino son derechos a proteger porque “*tienen como fundamento los atributos de la persona humana*”. Debido a su naturaleza inalienable, el preámbulo esboza que los derechos humanos “*justifican una protección internacional*”, siendo ésta “*de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos*”⁹⁹, permitiendo de tal manera que los Estados autodeterminen la protección de las garantías, las que a su vez deben ser armónicas con las reglas comunes establecidas por en el SIDH.

En lo tocante a las familias, la CADH las reconoce y las protege en sus artículos 17 y 19. La protección de la familia se debe realizar desde una faz sustantiva relativa a las normas que se señalan, mientras que una faz adjetiva requiere la integración de la jurisprudencia de la Corte

⁹⁷ SALVIOLI, Fabián. “*El Aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección internacional de los derechos humanos, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI (San José de Costa Rica, 2003)*” [en línea] <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-aporte-de-la-declaracion-americana-de-1948-para-la-proteccion-internacional-de-los-derechos-humanos-fabian-salvioli.pdf>> [consulta: marzo 2020]

⁹⁸ *Ibidem*. P.6.

⁹⁹ CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Preámbulo.

Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: CIDH), debido a que ésta cumple el rol de interpretación final y auténtica del instrumento¹⁰⁰.

En su faz sustantiva, el derecho a la vida familiar será construido a partir del artículo 17 CADH que señala que “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado*”. Este artículo amplía la comprensión del artículo VI de la Declaración, añadiendo dos aspectos relevantes: en primer lugar, que además de ser un elemento fundamental, es un elemento natural dentro de las sociedades; en segundo lugar, dado el rol social atribuido a ésta, serán la sociedad y el Estado los responsables de velar por su fortalecimiento y protección.

La comprensión del artículo 17 CADH requiere necesariamente asociar su contenido al desarrollo de la jurisprudencia, debido a que ésta permite observar la protección a diversas formas de familia desde el SIDH¹⁰¹. La CIDH ha sido enfática en fallar que la vida en familia no se encuentra solo garantizada a la familia tradicional matrimonial, sino que la protección y amparo debe abarcar otros lazos familiares que implican vida en común fuera del matrimonio, como por ejemplo las relaciones de hecho¹⁰².

Además, la construcción del derecho a la vida en familia de NNA obliga mencionar el artículo 19 de la CADH que establece genéricamente los “Derechos del Niño”. La Convención entiende la garantía como un “*derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial*”¹⁰³, velando que “*Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que por su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*”.

La norma anteriormente mencionada relata que los NNA son titulares de las medidas de protección a cargo de tres operadores jurídicos garantes: *la familia* tiene la obligación de propiciar un ambiente óptimo para el desarrollo de los NNA, pues es su núcleo primigenio; *la sociedad* se encargará de velar por los derechos a través de grupos intermedios como lo son las

¹⁰⁰ Respecto de la faz adjetiva, Nogueira afirma que la interpretación de la CADH de forma auténtica y final es desarrollada por la CIDH, debido al expreso mandato del artículo 67 del instrumento. NOGUEIRA, Humberto. “*La protección convencional de los Derechos de los Niños y los estándares de la Corte IDH sobre medidas especiales de protección por parte de los Estados Partes respecto de los niños, como fundamentos para asegurar constitucionalmente los Derechos de los Niños y Adolescentes*”. Revista Ius et Praxis, Año 23, N°2, 2017. Talca, Chile. 2017. P.420.

¹⁰¹ GARCÍA, Santiago Julián. “*Artículo 17. Protección a la familia*” *en* “*La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*”. Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina. 2013. P.285.

¹⁰² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia ATALA RIFFO Y NIÑAS contra CHILE. 24 de febrero de 2012. Párrafo 142.

¹⁰³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. OPINIÓN CONSULTIVA OC 17-02. 19 de agosto de 2014. Párrafo 54.

organizaciones no gubernamentales¹⁰⁴; y, por último la *reacción subsidiaria y progresiva del Estado*, el cual verá condicionado el alcance e intensidad de su actuación por el grado de desatención o desprotección que sufra el NNA en su núcleo¹⁰⁵.

1.3. Protocolo de San Salvador de 1988

El artículo 77 del Pacto de San José de Costa Rica establece institucionalmente la figura de los proyectos adicionales “*con la finalidad de incluir progresivamente el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades*”, siendo uno de dichos proyectos el Protocolo de San Salvador de 1988.

El Protocolo obliga en su artículo 3° a los Estados a adoptar las medidas necesarias para poder efectivizar el ejercicio de los derechos que ella garantiza. En esta tarea proteccional, el aparato estatal deberá actuar en tanto en el diseño como ejecución de sus medidas conforme al axioma de la no discriminación, principio garantizado en el artículo 4° del instrumento y que es un eje rector del derecho internacional de los derechos humanos.

En relación con la familia, los NNA y sus vínculos, el Protocolo de San Salvador avanza hacia el fortalecimiento de las garantías de la CIDH, siendo matrices para tales efectos los artículos 15 y 16 del referido Protocolo.

El artículo 15 del Protocolo de San Salvador regula aspectos relacionados al Derecho a la Constitución y Protección de la Familia, reiterando nuevamente que es el “*elemento natural y fundamental de la sociedad*”, siendo el ejercicio del derecho humano a constituir una familia regido por la legislación interna de los signatarios, según relata el artículo 15.2. del Protocolo.

Complementando la regulación familiar del SIDH, el artículo 15.1. del Protocolo mandata al Estado la protección de la familia, debiendo éste “*velar por el mejoramiento de su situación moral y material*”, es decir, la actuación estatal tiene que configurarse entendiendo que el fortalecimiento y protección de la familia a través del diseño operativo debe tender a garantizar el mejoramiento en dichos aspectos.

También, el artículo 15.3. del Protocolo de San Salvador avanza hacia la promoción y el fortalecimiento de determinados derechos en el marco familiar, señalando que los Estados se obligan en materia de protección al grupo familiar a garantizar a los niños una alimentación adecuada y respecto de los adolescentes, los Estados deberán adoptar medidas de especiales de

¹⁰⁴ PINOCHET, Ruperto y RAVETLLAT, Isaac. “*El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español*”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XLIV. Valparaíso, Chile. 2015. P. 76.

¹⁰⁵ *Ibidem*. P. 76.

protección “*a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades físicas, intelectual y moral*”. Un punto a destacar es la labor del Estado de “*ejecutar programas especiales de formación familiar*”, para que de tal manera, se pueda generar un ambiente adecuado, de carácter “*estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad*”.

Por su lado, el artículo 16 del Protocolo relativo a los derechos de la niñez establece que todo NNA, sin distinción, tiene “*derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere*”, reiterando el rol de garante de dichas medidas a las familias, el Estado y la sociedad.

Junto con lo anterior, el mismo artículo establece por primera vez en el SIDH el derecho a la vida familiar, explicitando que “*todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres*”, es decir, la manifestación bidireccional del derecho con la familia biológica. Al mismo tiempo, el artículo 16 CADH fija una hipótesis peculiar de separación al señalar que “*salvo circunstancias excepcionales reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre*”, siendo esta figura una reiteración de la idea del sexto principio de la Declaración de Derechos del Niño de 1959.

2. Recepción Jurisprudencial del Derecho a la Vida Familiar

La profundización del derecho a la vida familiar en el SIDH requiere del examen de la jurisprudencia de la CIDH, y en particular, de aquellos fallos relacionados con el artículo 17 CADH que permitan dilucidar en la práctica la comprensión del derecho en comento.

La investigación centrará su análisis distinguiendo el tipo de alegación realizada y asociando a ideas marco el desarrollo de las sentencias. Este trabajo se realizará para entender la operatividad de las normas del SIDH, proveyendo al mismo tiempo los lineamientos que la CIDH expone respecto al derecho en análisis.

2.1. Rol del Estado

El cuerpo normativo del SIDH erige al Estado como uno de los garantes de los derechos de la familia como de los NNA, conllevando este imperativo un cúmulo de deberes y obligaciones. El fundamento de esta posición de garante se radica en el artículo 1.1. CADH, norma que mandata a los Estados a “*respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción*”, lo que a su

vez, implica el deber de “organizar el poder público para garantizar (...) el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos”¹⁰⁶.

La organización del poder público en la materia se articula desde las políticas públicas de desarrollo y fortalecimiento de las familias, las cuales son generadas precisamente desde la simbiosis entre los derechos a la vida familiar y los de NNA¹⁰⁷. En particular, las medidas administrativas y judiciales de protección familiar que el Estado diseñe y ejecuten siempre deberán respetar dos máximas: (1) Su producción debe ser comprensiva con la realidad de cada país; (2) Su ejecución debe adaptarse a las circunstancias concretas del caso¹⁰⁸.

Debido a que los Estados no pueden ser “indiferentes ante ciertos problemas, (sino que) deben por el contrario proveer soluciones y no dejar que sean los propios particulares los que de manera exclusiva deban solventarlos”¹⁰⁹, cobra protagonismo la obligación estatal de disponer y ejecutar las medidas de protección que demande el caso¹¹⁰. Al respecto, la CIDH ha sido enfática en señalar que éstas son concebidas como “especiales, adicionales y complementarias, con el fin de garantizar el ejercicio y goce de sus derechos, incluyendo el derecho a la familia y el nombre”¹¹¹.

En la práctica, las medidas de protección ante la afectación de cualquier derecho de NNA requieren que el Estado actúe bajo una actitud no intrusiva de su vida privada y familiar. La reacción estatal será mediante la adopción de providencias que permitan la rehabilitación como el ejercicio efectivo de los derechos vulnerados, razón por la cual, el Estado se ve conminado a diseñar y ejecutar las medidas de protección que favorezcan la unificación familiar^{112 113}, ya que la separación de NNA de sus familias constituye una violación a su derecho a la vida familiar en determinadas circunstancias¹¹⁴.

Se ha explicado por parte de la CIDH que en la adopción de políticas públicas tendientes a la reunificación familiar merece especial atención en situaciones como la migración o los

¹⁰⁶ **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**. Sentencia MASACRE DE LAS DOS ERRES versus GUATEMALA. 24 de noviembre de 2009. Párrafo 185.

¹⁰⁷ **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**. Sentencia FAMILIA PACHECO TINEO versus ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. 25 de noviembre de 2013. Párrafo 226.

¹⁰⁸ **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**. Sentencia FAMILIA CHITAY NECH Y OTROS versus GUATEMALA. 25 de marzo de 2010. Párrafo 166.

¹⁰⁹ *Op. Cit.* PINOCHET y RAVELLAT. “El Principio de la mínima intervención (...)”. P.74.

¹¹⁰ *Op. Cit.* **CIDH**. FAMILIA PACHECO TINEO. Párrafo 226.

¹¹¹ *Op. Cit.* **CIDH**. MASACRE DE LAS DOS ERRES. Párrafo 186.

¹¹² **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**. Sentencia CONTRERAS Y OTROS versus EL SALVADOR. 31 de agosto de 2011. Párrafo 107.

¹¹³ **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**. Sentencia PERSONAS DOMINICANAS Y HAITIANAS EXPULSADAS versus REPÚBLICA DOMINICANA. 28 de agosto de 2014. Párrafo 415.

¹¹⁴ *Op. Cit.* **CIDH**. CHITAY NECH. Párrafo 157.

conflictos armados. Concretamente, la Corte en materia de conflictos armados ha fijado un estándar más exigente respecto de las separaciones de NNA de sus familias, indicando que la reunificación debe ser lo más rápidamente posible¹¹⁵, debido a que se encuentran en una situación de mayor riesgo y vulnerabilidad de sus derechos¹¹⁶, siendo aún mayor la responsabilidad en aquellos casos donde se identifica que la separación fue producto de la actuación de agentes del Estado.

Si la afectación de los derechos de NNA es producto de las políticas públicas adoptadas por un Estado, éste se ve en la obligación de reparar a aquellos que las sufrieron. Un ejemplo de Estado errático en la materia se vio en el caso Niños de la Calle versus el Guatemala, debido a que este último adoptó políticas públicas sustentadas en el prejuicio de que los NNA en dicha situación eran causantes de delitos, lo que se tradujo en una omisión del Estado en el trato para con ellos y que, consecuentemente produjo “*que (fueran) lanzados a la miseria, privándolos de condiciones mínimas de vida digna e impidiéndoles el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad (...) atentando incluso hasta la propia vida de los niños*”¹¹⁷.

Entonces, el rol de garante subsidiario del Estado deberá ser ejercido considerando los derechos inalienables de las personas, a través de la planificación, diseño y ejecución de políticas públicas que entiendan la realidad de las personas, respetando sus condiciones de hombre y niño, buscando siempre la reunificación de las familias por ser éstas un elemento natural y fundamental para la sociedad, y que en el caso de que sus derechos se vean vulnerados, buscar la reparación y rehabilitación de los mismos.

2.2. Principio de no discriminación. Reconocimiento a diferentes tipos de familias.

Como primera premisa, se debe establecer que la CIDH ha sido enfática en reconocer y garantizar que todo NNA tiene el derecho a “*vivir con su familia, (la cual está) llamada a satisfacer sus necesidades afectivas y psicológicas*”¹¹⁸. Ante esta determinación, es natural preguntarse ¿cuál es la familia reconocida para otorgar dicha satisfacción?

Conforme a la jurisprudencia de la CIDH, la protección a la vida en familia radica tanto en aquellas familias de carácter tradicional en las sociedades occidentales, así como en otras

¹¹⁵ *Op. Cit.* CIDH. CONTRERAS. Párrafo 108.

¹¹⁶ *Ibidem.* Párrafo 108.

¹¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia VILLAGRÁN MORALES Y OTROS (Niños de la Calle) versus GUATEMALA. 19 de noviembre 1999. Párrafo 191.

¹¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia GUDIEL ÁLVAREZ versus GUATEMALA. 20 de noviembre de 2012. Párrafo 312.

formas de familia¹¹⁹ u organizaciones familiares¹²⁰, debiendo el Estado y la sociedad no inmiscuirse en los núcleos familiares, pues la injerencia contra la vida privada de sus integrantes genera también un impacto en su núcleo familiar¹²¹.

Respecto al derecho a la vida familiar, la CIDH reiteradamente afirma que *“La familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica”*¹²² y que creemos se debe a que es el núcleo originario donde nace un niño o niña. No obstante, la Corte avanza en considerar progresivamente otras formas de vinculación familiar a través del afecto, indicando que *“también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos (...) siempre que tengan lazos personales”*¹²³; lo cual es ampliado por el sentenciador al reconocer que *“En muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos”*¹²⁴. Cabe destacar que respecto de los obligados a garantizar el derecho a la vida familiar, es el Estado quien debe buscar a padres u otros familiares biológicos, indicando que familiar es toda persona vinculada por un parentesco cercano¹²⁵.

Un caso paradigmático respecto al principio de no discriminación que nutre a la vida familiar es el caso Atala Riffo versus el Estado de Chile, el cual otorga determinadas luces respecto a la comprensión de los núcleos familiares y el contenido mismo del derecho a la vida familiar.

Una primera consideración orientadora en dicho fallo es que el derecho a la protección de la familia y vivir en ella implica que el Estado no solo está obligado a establecer las medidas de protección para NNA, sino que también, a la promoción, desarrollo y fortalecimiento de todo tipo de familia.¹²⁶ La vulneración de este derecho, que sería la separación del NNA de su núcleo, *“solo pueden proceder si están debidamente justificadas”*¹²⁷

¹¹⁹ Por ejemplo, en el caso Atala Riffo versus Estado de Chile, la discriminación sufrida por la demandante es debido a su homosexualidad que gatilló el pronunciamiento desfavorable de la Corte Suprema de Chile en el juicio de tuición de sus hijas.

¹²⁰ En la materia, la jurisprudencia de la CIDH se ha pronunciado en torno a comunidades que han sido privadas de la mantención de su cultura debido a conflictos con agentes del Estado.

¹²¹ *Op. Cit. CIDH. ATALA RIFFO. Párrafo 175.*

¹²² **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** Sentencia RAMIREZ ESCOBAR y OTROS versus Guatemala. 9 de marzo de 2018. Párrafo 163.

¹²³ *Op. Cit. CIDH. RAMÍREZ ESCOBAR. Párrafo 163.*

¹²⁴ *Op. Cit. CIDH. OC. 17-02. Párrafo 272.*

¹²⁵ *Op. Cit. CIDH. RAMÍREZ ESCOBAR. Párrafo 164.*

¹²⁶ *Op. Cit. CIDH. ATALA RIFFO. Párrafo 169.*

¹²⁷ *Ibidem.* Párrafo 169.

En concreto, los sentenciadores chilenos interpretaron que la relación homosexual de Atala no sería beneficiosa para el interés superior de sus hijas¹²⁸, procediendo la judicatura chilena a autorizar la vulneración del derecho a la vida en familia bajo dicha justificación arbitraria y discriminatoria.

Ante dicha sentencia de la Corte Suprema chilena, la CIDH reflexiona señalando que, conforme a los hechos y el derecho de la causa, la decisión de los jueces de Chile contravenía los derechos de la vida familiar y la vida privada. En específico, la CIDH estableció que orientar la decisión de separación de las hijas a la relación homosexual de Atala constituye una interferencia en la vida privada de ella y su proyecto de vida, y al ser el argumento principal para proceder a la separación, es también una vulneración al derecho a la vida familiar¹²⁹.

Bajo la interpretación de los artículos 11.2 y 17.1 CADH, la CIDH entiende a la familia desde un sentido amplio. Integra para tales efectos las interpretaciones del artículo 8° CEDH que el Tribunal de Estrasburgo ha realizado, y que en específico a la vida familiar de familias homoparentales “*abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable de facto, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación*”¹³⁰.

En su decisión, la CIDH plantea dos aspectos que vale resaltar respecto de la vida familiar: (1) La existencia de convivencia, contacto frecuente y cercanía personal entre Atala y su pareja, y por ende, la correlativa familia ensamblada constituye un núcleo familiar a tutelar y que en el caso en cuestión ha sido separado a través de la vulneración del principio de discriminación¹³¹; (2) Al señalar que las niñas también tienen un entorno familiar con su padre¹³², la CIDH implícitamente caracteriza la bidireccionalidad del derecho a la vida familiar, siendo ambas esferas familiares igualmente tutelables dado el rol de garante que la familia tiene respecto de NNA.

Se puede extraer en el caso en concreto que la discriminación realizada por la judicatura chilena no respeta el estándar que exige el interés superior a los guardianes de la infancia¹³³. En definitiva, la CIDH advierte que los jueces chilenos, al basar su ponderación en torno a prejuicios, abandona el contenido del principio del interés superior debido a que éste se funda en la

¹²⁸ *Op. Cit.* **CIDH**. ATALA RIFFO. Párrafo 169.

¹²⁹ *Ibidem*. Párrafo 178

¹³⁰ *Ibidem*. Párrafo 174.

¹³¹ *Ibidem*. Párrafo 177.

¹³² *Ibidem*. Párrafo 177.

¹³³ *Op. Cit.* **CIDH**. PERSONAS DOMINICANAS Y HAITIANAS. Párrafo 269.

“dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”¹³⁴.

La igualdad de tratamiento que merecen todas las familias también ha sido un tema abordado por la CIDH al analizar la realidad de los núcleos indígenas en Latinoamérica.

La CIDH ha fallado señalando que los países del SIDH deben considerar un concepto holístico de desarrollo de NNA, abarcando sus aspectos físicos, mentales, morales, psicológicos y espirituales a la hora de decidir medidas de protección en su favor¹³⁵. Este concepto holístico exige un estándar aún mayor cuando se trata de familias indígenas, el cual se traduce en: (1) Obligación de trato igualitario a todas las familias, debiendo promover y proteger la autodeterminación organizacional de las familias indígenas¹³⁶; (2) El trato igualitario a las familias impone a los operadores jurídicos el respeto a la identidad autodistintiva de NNA basada en aspectos culturales, lingüísticos y religiosos, y que, en los casos de NNA indígenas deriva desde su cosmovisión, formación y desarrollo.¹³⁷

Finalmente, la CIDH ha ligado los principios del interés superior de NNA y el de no discriminación en materia de políticas públicas de migración. En la materia, la Corte reconoce la facultad de autodeterminarlas, mas su desarrollo debe tener como consideración primordial el interés superior de NNA migrantes, puesto que podría generar algún tipo de afectación de sus derechos¹³⁸.

Si bien reconoce la Corte que el derecho a la vida familiar cede ante la potestad soberana de determinar las políticas públicas migratorias¹³⁹, éstas no pueden ser diseñadas y ejecutadas desde una óptica arbitraria, generando separaciones familiares sin mediar siquiera debido proceso.

En específico, la CIDH expone una línea argumental que explica la tensión entre las expulsiones migratorias y el derecho a la vida familiar, indicando para tales efectos que: (1) El desarrollo de las políticas públicas en la materia deben conjugarse con principios jurídicos como el interés superior, la unidad familiar o el principio migratorio de *non refoulement*¹⁴⁰¹⁴¹; (2) Se

¹³⁴ *Op. Cit.* CIDH. RAMÍREZ ESCOBAR. Párrafo 152.

¹³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia RÍO NEGRO versus GUATEMALA. 4 de septiembre de 2012. Párrafo 144.

¹³⁶ *Op. Cit.* CIDH. CHITAY NECH. Párrafo 157.

¹³⁷ *Op. Cit.* CIDH. RÍO NEGRO. Párrafo 144.

¹³⁸ *Op. Cit.* CIDH. PERSONAS DOMINICANAS Y HAITIANAS. Párrafo 416.

¹³⁹ *Ibidem.* P.417

¹⁴⁰ Según el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los refugiados, este principio implica que “*It prohibits States from transferring or removing individuals from their jurisdiction or effective control when there are substantial grounds for believing that person would be at risk of irreparable harm upon return, including persecution, torture, ill treatment, or other serious human rights violations*”. Es decir, se prohíbe expulsar migrantes cuando existan indicios de futuras vulneraciones a sus derechos humanos al momento de su retorno. [en línea]

deben agotar los recursos del aparato estatal para obtener la información migratoria de NNA y sus familias, puesto que las decisiones podrían derivar una vulneración al derecho a la vida familiar; (3) Si hay vulneración de este derecho, los Estados se ven en la obligación de reunificar a los núcleos familiares, agotando nuevamente todos sus esfuerzos en dicha tarea¹⁴².

2.3. Disfrute mutuo de la convivencia. Elemento fundamental del derecho a la vida familiar.

El contenido del derecho a la vida familiar que ha desarrollado la CIDH no solo ha sido desde la normativa integrante del SIDH, sino que, ha debido ser complementado además por medio de normas ajenas a este sistema. En ese sentido, cobra relevancia la interpretación realizada del artículo 8° CEDH por parte del Tribunal de Estrasburgo, gracias a la integración que la CIDH realiza del *disfrute mutuo de la convivencia* como elemento fundamental del derecho a la vida familiar.

El reconocimiento de la CIDH del disfrute mutuo de la convivencia como elemento fundamental de la vida familiar implica el establecimiento de una pauta de acción para los Estados, pues según lo señalan los jueces, este elemento “*no solo tiene por objetivo preservar al individuo contra las injerencias de arbitrarias de las autoridades públicas, sino que, además (...) supone obligaciones positivas a cargo del Estado a favor del respeto efectivo de la vida familiar*”¹⁴³.

La idea anteriormente retratada permite distinguir dos perspectivas de acción que todo Estado deberá respetar: (1) Una faz pasiva del disfrute mutuo de la convivencia que impone al aparato estatal la no interferencia arbitraria de éste en las relaciones familiares; (2) En su faz activa, el disfrute mutuo deberá ser un eje en las políticas sociales de promoción y protección de familias y NNA, debido a que el derecho a la vida familiar “*implica no solo disponer y ejecutar directamente medidas de protección de NNA, sino también favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar*”¹⁴⁴

Entonces, el disfrute mutuo de la convivencia entre NNA y sus adultos responsables debe ser considerado a la hora del diseño y ejecución de las políticas públicas familiares. En tal

<<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/GlobalCompactMigration/ThePrincipleNon-RefoulementUnderInternationalHumanRightsLaw.pdf>> [consulta: octubre 2020].

¹⁴¹ *Op. Cit.* CIDH. FAMILIA PACHECO TINEO. Párrafo 226.

¹⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia YARCE y OTRAS versus COLOMBIA. 22 de noviembre de 2016. Párrafo 248.

¹⁴³ *Op. Cit.* CIDH. CHITAY NECH. Párrafo 158.

¹⁴⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia ROCHAC HERNÁNDEZ y OTROS versus EL SALVADOR. 14 de octubre de 2014. Párrafo 104.

sentido, este concepto resulta clave a la hora de establecer la vulneración del derecho a la vida familiar, pues la CIDH ha señalado que el rol del Estado es fortalecer la permanencia de NNA dentro de sus núcleos familiares, estableciendo como excepción que “*existan razones determinantes, en función de su interés superior, para optar por separarlos de sus familias*”¹⁴⁵.

A través de la jurisprudencia, es posible notar nuevamente que la CIDH considera como primer escenario del disfrute mutuo de la convivencia a la familia biológica de origen¹⁴⁶, debiendo la separación ser justificada para su procedencia. Pues bien, la CIDH ha sido enfática en señalar que en los casos de separación de padres e hijos, ésta debe ajustarse siempre a derecho, debido a que si no es escuchada una parte de la familia que tenga derechos e intereses legítimos en contra de la separación, no se debería terminar *per se* el desarrollo de una vida familiar con dicha persona, puesto que degenerará en una vulneración tanto actual como posterior del desarrollo afectivo del NNA¹⁴⁷ así como en una división familiar que atenta y afecta la garantía en comento.

En otro caso, la CIDH manifiesta que la permanencia y el desarrollo propio de las relaciones interpersonales entre los integrantes de un núcleo familiar no puede ser obstaculizado, ni menos, objeto de interferencia por parte de los agentes del Estado. Por ejemplo, aquellos niños o niñas que estén en primera infancia no pueden ser separados sin justificación¹⁴⁸, sino que, la obligación del Estado en ese caso sería la reparación del disfrute mutuo del NNA con su familia de origen.

Finalmente, es posible afirmar que el disfrute mutuo de la convivencia no es sinónimo de pernoctación, sino que su correlato son los vínculos emocionales y afectivos entre el NNA y sus adultos responsables. A modo de ejemplo, se ha fallado por la Corte que la búsqueda de NNA por parte de un adulto responsable expulsado de un país, quien mantenía una convivencia no permanente por cuestiones laborales, requiere una atención proteccional del Estado ya que en tal situación sí hay vida familiar”¹⁴⁹.

¹⁴⁵ *Op. Cit.* **CIDH**. RAMÍREZ ESCOBAR. Párrafo 151.

¹⁴⁶ *Ibidem*. Párrafo 162.

¹⁴⁷ **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**. Sentencia FORNERÓN E HIJA versus ARGENTINA. 27 de abril de 2012. Párrafo 112.

¹⁴⁸ **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**. Sentencia GELMAN versus URUGUAY. 24 de febrero de 2011. Párrafo 126.

¹⁴⁹ *Op. Cit.* **CIDH**. PERSONAS DOMINICANAS Y HAITIANAS. Párrafo 419.

CAPÍTULO II

ESTADO ACTUAL DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR EN COLOMBIA

Para comprender en plenitud el derecho a la vida familiar en el derecho colombiano, es necesario realizar un examen global de las normas atinentes en la materia; para dicha finalidad, la presente investigación enfatizará en la Constitución Política de Colombia de 1991, el Código de Infancia y la Adolescencia de 2006 y la Ley de Protección Integral de la Familia de 2009. Asimismo, para ahondar en el contenido y alcance del derecho en comento, se complementará el análisis normativo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, la cual, a partir del mandato del constituyente¹⁵⁰ permite fijar parámetros interpretativos del derecho a tener una familia y no ser separados de ella de niños, niñas y adolescentes.

El examen a realizar consiste en determinar primeramente cuál es el concepto de familia jurídicamente protegido en el ordenamiento jurídico colombiano, para de tal manera poder comprender cuál sería el núcleo que efectivamente se tutela. Luego, se evaluará la protección integral de la familia que a nivel supralegal se protege y la orientación hacia la unidad familiar de las políticas públicas colombianas. Junto con ello, se analizará en sí mismo el derecho a la vida en familia desde un punto de vista normativo y jurisprudencial, finalizando con el examen de la hipótesis de vulneración del mismo, el cual, será comentado a partir del contrapeso del interés superior de los NNA, la intervención del aparato estatal en materia de infancia y la función terapéutica que reside en el restablecimiento de los derechos quebrantados.

1. La familia en el ordenamiento jurídico colombiano

1.1. Familia constitucionalmente protegida

El artículo 5^o¹⁵¹ de la Constitución Política Colombiana (en adelante: CPCo) ampara a la familia como la institución básica de la sociedad, constituyendo además conforme al artículo 42 CPCo en el “*núcleo fundamental de la sociedad*”. Aun cuando la familia está constitucionalmente reconocida, su concepto no ha sido definido por la carta magna.

En la construcción del bloque de constitucionalidad en materia de familia, cobra protagonismo nuevamente el artículo 42 CPCo, cuyo inciso primero señala que el núcleo

¹⁵⁰ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 241.** “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales”.

¹⁵¹ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 5^o.** “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad” (subrayado agregado).

fundamental de la sociedad, reconocido por el Estado, se materializaría a través de tres formas: en primer lugar: *por vínculos naturales o jurídicos*; en segundo lugar: *por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio*; y finalmente: *por la voluntad responsable de conformarla*. Como primera dimensión, la familia conformada por *vínculos naturales* tiene relación con los lazos de parentesco y filiación, mientras que los *vínculos jurídicos* son aquellos que nacen de la voluntad, ya sea de manera solemne o plenamente libre; la segunda dimensión reconocida es la formación de la familia producto del matrimonio, siendo constitucionalmente reconocido el *ius connubii*, pero a la vez, limitado solo a relaciones heterosexuales; finalmente, a través de una técnica constitucional amplia, reconoce que las familias pueden estar originadas desde un aspecto volitivo y libre, en que tiene que ser una conformación responsable dentro de los miembros de la misma, como por ejemplo, las uniones de hecho.

Ante el vacío conceptual del constituyente, la Corte Constitucional colombiana definió a la familia como *“aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos”*¹⁵². Dicho tribunal ha sido responsable en argumentar que ésta es la familia que constitucionalmente se protege porque se debe reconocer la diversidad étnica y cultural de Colombia, no siendo uno solo el tipo de familia protegida, sino que un crisol de opciones las que deben ser consideradas¹⁵³. Esta consideración es afín con el principio de igualdad constitucional consagrado en el artículo 13 CPCo¹⁵⁴, debido a que el constituyente tutela también *“un espacio a la familia de hecho en condiciones de igualdad con otros tipos (de familia)”*¹⁵⁵.

En definitiva, la investigación optará por adoptar el concepto de familia otorgado por la Corte Constitucional para estructurar la comprensión del derecho a tener una familia y no ser separado de ella. El fundamento se basa en que dicho concepto jurisprudencial reconoce la creación de las familias a través de un sustrato de realidad, en la cual, la naturaleza de sus vínculos se cimienta bajo valores como el amor, el respeto y la solidaridad; además, el destino

¹⁵² **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**. Sentencia C-241 de 2012. (Magistrado ponente [M.P] Luis Ernesto Vargas Silva). 22 de marzo de 2012. Consideración N°22.

¹⁵³ **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**. Sentencia T-377 de 2019. (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo). 20 de agosto de 2019). Consideración N°6.3.

¹⁵⁴ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 13**. “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara medidas en favor de grupos discriminados o marginados”

¹⁵⁵ *Op. Cit.* **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**. Sentencia T-377 de 2019. Consideración 6.3.

familiar será respetando su autonomía y los fines que sus integrantes establezcan, teniendo como límite los contrapesos que el ordenamiento jurídico fija como derechos y obligaciones.

1.2. Protección integral de la familia

Dentro del bloque de constitucionalidad familiar colombiano, el artículo 42 inciso segundo CPCo sostiene que *“El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia”*. En particular, este concepto ha sido legalmente aterrizado por medio de la Ley 1361 de 2009 relativa a la *“Protección Integral de la Familia”* (en adelante: LPIF).

Legalmente, el objetivo de la normativa se contempla en su artículo 1°, siendo éste el *“fortalecer y garantizar el desarrollo integral de la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, así mismo, establecer las disposiciones necesarias para la elaboración de una Política Pública para la familia”*. Del texto de la norma, es posible advertir que el Estado se ve compelido al rol de garante del fortalecimiento de las familias, que en la práctica se verá materializado mediante el desarrollo de políticas públicas.

El espíritu protector de la legislación se ve manifestado en el artículo 2° LPIF, relativo a las políticas públicas familiares. En esa línea, es definida la política familiar como los *“lineamientos dirigidos a todas las familias a fin de propiciar ambientes favorables que permitan su fortalecimiento”*, y que, a través de su ejecución multidisciplinaria las familias se vean fortalecidas para alcanzar sus potencialidades.

La legislación es armónica en velar por la protección y fortalecimiento de la institución familiar, por ejemplo, desde los conceptos esbozados en el artículo 2° LPIF. Permite sustentar esta idea la definición de atención integral, consistente en la *“satisfacción de las necesidades físicas, materiales, biológicas, emocionales, sociales, laborales, culturales, recreativas, productivas y espirituales de las familias, permitiéndoles su desarrollo armónico”*; o de la asistencia social como *“acciones dirigidas a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social que impiden a la familia su desarrollo integral, así como su protección cuando se atente contra su estabilidad”*, que en definitiva buscan concretar en las relaciones con las familias el poder desarrollar plenamente sus proyectos de vida.

Además, la protección integral de la familia no solo implica la ejecución material de las políticas públicas familiares, sino que la propia LPIF establece cómo deben ser planificadas y llevadas a cabo a través de la introducción de los principios de las políticas públicas. De tal modo, el artículo 3° LPIF establece como principios de diseño al enfoque de derecho, la solidaridad, la

universalidad y la equidad, mientras que como principios de ejecución establece la corresponsabilidad, la descentralización y la atención preferente¹⁵⁶.

El marco jurídico de la LPIF ha consagrado en su artículo 4° cuáles son los derechos que deben ser respetados por parte del aparato estatal en su relación con las familias. Es dable señalar que aquellas garantías ligadas al derecho a la vida en familia y que la legislación menciona son: (8) Derecho a la igualdad; (9) Derecho a la armonía y unidad familiar; (10) Derecho a la protección y asistencia social cuando los derechos de la familia se vean amenazados o vulnerados; (15) Derecho al respeto recíproco entre los miembros de la familia.

Mas la legislación de la protección integral también ha establecido deberes que deben respetar el Estado como la sociedad civil en su relación con las familias. En específico, el artículo 5° LPIF las detalla, siendo aquellos deberes vinculados al derecho a tener una familia los siguientes: “1. *Promover el fortalecimiento de la familia como núcleo fundamental de la Sociedad, así como la elaboración y puesta en marcha de la Política Nacional del Desarrollo de la Familia*; 2° *Garantizar el pleno ejercicio de los derechos de la familia y de sus integrantes*; 6. *Proveer a la familia de los mecanismos eficaces para el ejercicio pleno de sus derechos*; o 7° *Establecer programas dirigidos a permitir el desarrollo armónico de la familia*”.

En suma, la legislación de la protección integral de la familia permite afirmar como idea central de su establecimiento la búsqueda de la mantención de armonía, estabilidad e independencia de los núcleos familiares. En tal sentido, la LPIF intenta catalizar el principio constitucional que viene a llenar esta ley, entendiendo particularmente cuál es el rol del Estado, de la sociedad civil y las vías de materialización a través del importante impacto que generan las políticas públicas en la materia. En definitiva, el texto entiende la importancia de las políticas públicas en todos sus estadios, las cuales aspiran y se focalizan en el alentar el fortalecimiento y unidad familiar, afianzando así la causa final de permitir el desarrollo pleno de cada uno de sus proyectos de vida.

¹⁵⁶ Todos los principios mencionados se encuentran recogidos en el artículo 3° LPIF; a saber:

Enfoque de Derechos: Dirigido hacia el fortalecimiento y reconocimiento del individuo y de su familia como una unidad.

Solidaridad: Construcción de una cultura basada en la ayuda mutua que debe existir en las personas que integran la familia

Universalidad: Acciones dirigidas a todas las familias.

Equidad: Igualdad de oportunidades para los miembros de la familia sin ningún tipo de discriminación.

Corresponsabilidad: La concurrencia y responsabilidad compartida de los sectores público, privado y la sociedad para desarrollar acciones que protejan a la familia y permitan su desarrollo integral.

Descentralización: El Estado, las entidades territoriales y descentralizadas por servicios desarrollarán las acciones pertinentes dentro del ámbito de su competencia para fortalecer y permitir el desarrollo integral de la familia como institución básica de la sociedad, teniendo en cuenta la realidad de sus familias.

Atención Preferente: Obligación del Estado, la Sociedad en la implementación de acciones que minimicen la vulnerabilidad de las familias, dentro del contexto del Estado Social de Derecho.

2. Derecho a tener una familia y no ser separado de ella

2.1. Consagración

El artículo 44 CPCo¹⁵⁷ es una norma clave dentro del bloque de constitucionalidad familiar colombiano, debido a que erige los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes; asimismo, la parte final del artículo 44 inciso primero CPCo, fortalece los derechos de niños, niñas y adolescentes, garantizando plenamente que “*gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia*”. Por tanto, el marco normativo de derechos de NNA está compuesto por las normas constitucionales, legales y normas internacionales vigentes y aplicables, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁵⁸ y la Convención de Derechos sobre los Niños¹⁵⁹, que son parte fundamental del *corpus iuris de la vida familiar* dentro del SIDH.

Por su parte, el inciso final del artículo 44 de la CPCo establece la garantía de prioridad de los derechos de NNA, señalando que “*los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*”, fundamentada ésta, a juicio de la Corte Constitucional, en el “*especial grado de atención que (NNA) requieren, dadas sus condiciones de vulnerabilidad e indefensión, y la especial atención con que se debe salvaguardar su proceso de desarrollo y formación*”¹⁶⁰. Esta garantía de prioridad orienta al constituyente colombiano a precisar algunas de las garantías tuteladas, detallando un catálogo de derechos fundamentales inherentes a la condición de persona de NNA en el artículo 44 CPCo, que en la especie son la salud, la identidad, la alimentación y también, ‘el derecho a tener una familia y no ser separado de ella’.

El estatus de derecho fundamental constitucional del derecho a la tener una familia y no ser separado de ella, permite completar su contenido desde la normativa legal como bien se configura desde la Ley 1098 de 2006 que expide el Código de la Infancia y Adolescencia (en adelante: CIA).

¹⁵⁷ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 44 inciso primero.** Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

¹⁵⁸ Se integra al ordenamiento jurídico a través de la Ley 16 de 1972: “Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969”.

¹⁵⁹ Se integra al ordenamiento jurídico a través de la Ley 12 de 1991: “Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989”.

¹⁶⁰ **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.** Sentencia T-557 de 2011. (M.P. María Victoria Calle Correa). 12 de julio de 2011. Consideración N° 3.1.

Según el artículo 1° CIA, su regulación nace con el fin de “*garantizar a los NNA su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión*”. Con miras a la satisfacción de dicha causa final, el artículo 2° CIA evidencia que el objetivo legislativo de la misma es “*establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los NNA, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento*”.

Sustantivamente, el capítulo II del CIA relativo a “Derechos y Libertades de los NNA” reitera el derecho constitucional de NNA a tener una familia y no ser separado de ella por intermedio de su artículo 22, el cual recoge el derecho a “*tener y crecer en el seno de una familia, a ser acogidos y no ser separado de ella*”. Además, la mencionada norma establece cuándo este derecho se ve vulnerado, estableciendo como hipótesis de la separación del NNA de su familia “*cuando ésta no garantice las condiciones para (la) realización y el ejercicio de sus derechos*”, siendo improcedente su determinación bajo argumentos de necesidad económica de la familia.

El *ethos* colombiano plasmado en su Constitución, amparando desde la jerarquía suprallegal el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, genera la necesidad de asociar dicha garantía con el concepto amplio de familia que la Corte Constitucional establece, pues mediante la unidad y cohesión familiar que se anhela socialmente, se protege, resguarda y fomenta la estabilidad del NNA¹⁶¹. Dicha unidad del núcleo físico-afectivo permitirá tanto la satisfacción del derecho a vivir y crecer con la familia, como el fin último de la satisfacción íntegra de todos sus derechos, siendo la familia la encargada de brindar “*una integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos*”¹⁶².

2.2. Concepto jurisprudencial y sus características

A través de su desarrollo jurisprudencial, la Corte Constitucional de Colombia ha entendido que el derecho a tener una familia y no ser separado de ella consiste en “*la garantía de que exista un núcleo humano que acoja al niño desde su nacimiento, le prodigue cuidados y*

¹⁶¹ **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**. Sentencia T-387 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado). 27 de julio de 2016). Consideración N° 25.

¹⁶² **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**. Sentencia C-997 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Trevino) *citada en ibidem*, Consideración N° 25.

*protección, facilite la adecuada y oportuna evolución de sus caracteres físicos, morales y síquicos, y ofrezca de forma permanente e integral, amparo de sus derechos*¹⁶³.

Esta definición concreta de lo que es el derecho a tener una familia, permite caracterizar los elementos que los jueces constitucionales circunscriben a esta garantía: (1) El *elemento físico* del derecho a tener una familia corresponde precisamente a la familia, entendida ésta como un grupo humano ligado por un proyecto de vida y cuyo vínculo entre integrantes se sustenta en el amor, el respeto y la solidaridad; (2) Se caracteriza también por ser un derecho que requiere la *integración del NNA al núcleo familiar*, viéndose así satisfecho su derecho a tener una familia y su correlato de poder brindarle un ambiente en que pueda desarrollar sus potencialidades; (3) Es un derecho que en esencia tiene una duración limitada, dado que se genera la obligación de cuidar y proteger a los NNA, por parte de los adultos responsables, desde el nacimiento hasta la llegada de la adultez o la emancipación, es decir, durante su etapa de infancia-adolescencia; (4) Una vez integrado el NNA, el núcleo familiar está *obligado a prodigar* cuidado, protección y amparo de sus derechos, por lo que se genera la existencia de una relación jurídica.

La relación jurídica naciente del derecho a tener una familia y no ser separado se resume como el derecho del cual son titulares los NNA desde su nacimiento hasta el momento su adultez o emancipación, a ser tutelados, cuidados o protegidos por el o los adultos responsables de manera permanente e íntegra. Dicho derecho se materializará en el acogimiento en un ambiente familiar que le permita al NNA ejercer efectivamente todos sus derechos, facilitando el desarrollo de sus potencialidades y respetando todas las garantías inherentes a su persona, como lo son por ejemplo la autonomía progresiva o su derecho a ser oído.

2.3. Naturaleza jurídica del derecho a tener una familia

En la profundización del derecho del NNA a tener una familia y a no ser separado de ella, la Corte Constitucional colombiana se ha cuestionado respecto de la naturaleza jurídica de este derecho, particularmente en materia de medidas constitucionales de protección de la familia¹⁶⁴. La relevancia de esta discusión radica en las eventuales variaciones que sufrirían las medidas de

¹⁶³ **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**. Sentencia T-767 de 2013. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). 6 de noviembre de 2013). Consideración N° 2.5.2.

¹⁶⁴ La Corte Constitucional ha entendido que las medidas de protección constitucional de la familia comprenden la actuación del Estado en su conjunto a través de sus poderes. En efecto, señala que este concepto se refiere a las leyes a adoptar, las actuaciones administrativas, las decisiones judiciales y en definitiva, todo tipo de acción que tenga como fin la conservación de la unidad familiar. **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**. Sentencia T-572 de 2009. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). 26 de agosto de 2009. Consideración N°3.

protección en su aplicación, dependiendo sus efectos de la comprensión del derecho a la familia adoptada: ¿derecho iusfundamental o derecho prestacional?¹⁶⁵.

Bajo una tesis iusfundamental, el derecho a tener una familia requeriría que la actuación estatal sea de carácter obligatoria ante todo evento, generando así dos efectos importantes: en primer lugar, el Estado jamás podrá negarse a la aplicación de dichas medidas constitucionales por cuestiones económicas y en segundo lugar, la acción de tutela¹⁶⁶ sería el mecanismo judicial para el restablecimiento y reparación de este derecho¹⁶⁷.

Por su parte, la familia como derecho prestacional implicaría que la actuación del Estado varíe según criterios económicos. La Corte Constitucional ha afirmado que de acuerdo con la realidad económica familiar, el Estado podrá aplicar “*mayores o menores beneficios que proporcionen las condiciones para que las familias puedan lograr su unidad, encontrándose protegidas económica y socialmente*”¹⁶⁸. Incluso, la propia Corte reconoce que en algunos casos podría exceptuarse la actuación del Estado, siendo el principio de no regresión¹⁶⁹ el que se aplicaría en tales contextos¹⁷⁰.

La Corte Constitucional además contempla una tesis ecléctica o intermedia, debiendo el Estado adoptar una posición iusfundamentalista en lo relativo a la existencia y preservación de las familias, interviniendo en su protección; mientras que deberá adoptar también una posición prestacional en cuestiones económicas y asistenciales, siguiendo para ello la lógica propia de la implementación de los derechos prestacionales¹⁷¹.

La discusión dogmática en ningún caso cuestiona que la obligación del Estado es tutelar, proteger y fomentar de manera integral a las familias, lo cual permite a la Corte Constitucional

¹⁶⁵ *Op. Cit.* **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**. Sentencia T-572 de 2009. Consideración N°3.

¹⁶⁶ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 86.** “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

¹⁶⁷ *Ibidem*. Consideración N°3.

¹⁶⁸ *Op. Cit.* **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**. Sentencia T-572 de 2009. Consideración N°3.

¹⁶⁹ De acuerdo a la Corte Constitucional colombiana, el principio de no regresión (también entendido como principio de progresividad) conlleva a que el Estado no puede retroceder los niveles de protección constitucionalmente alcanzados. En específico, la Corte señala que: “*El mandato de progresividad implica que, una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta, sino que debe ser entendida como una ‘prohibición prima facie’.* Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo”. **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**. Sentencia C-228 de 2011. (M.P. Juan Carlos Henao Pérez - 30 de marzo de 2011). Consideración N°2.7.

¹⁷⁰ *Op. Cit.* **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**. Sentencia T-572 de 2009. Consideración N°3.

¹⁷¹ *Ibidem*. Consideración N°3.

conciliar ambas posiciones que *per se* no son adversariales. En lo específico, siguiendo el paradigma iusfundamental, la adopción de medidas por los operadores jurídicos jamás podrán ser en detrimento de la unidad familiar, por ejemplo, para amparar derechos fundamentales de otros integrantes de la familia; por su parte, desde lo prestacional, las autoridades públicas se encuentran constitucionalmente mandatadas a diseñar y ejecutar políticas públicas en materia familiar que preserven los núcleos familiares, buscando un equilibrio entre la satisfacción de los aspectos económicos de la familia y la especial atención que requieren los NNA¹⁷².

La Corte Constitucional afirma que el Estado debe reaccionar no solo mediante mecanismos de protección o restablecimiento de derechos ante amenazas o vulneraciones, sino que también debe ejecutar programas y políticas públicas que facilite a los adultos responsables el cumplimiento de sus obligaciones, adoptando por ejemplo un rol suplementario en materia económica ante necesidades familiares¹⁷³. Este planteamiento genera, desde ambas vertientes, sendos deberes a cumplir por parte del Estado: desde lo iusfundamental, el Estado no puede establecer medidas irracionales o sin fundamento para restablecer derechos de NNA; desde lo prestacional, el Estado deberá implementar programas sociales para mantener y proteger a las familias, viéndose constreñido a diseñar y ejecutar políticas públicas afines a la realidad de las familias colombianas¹⁷⁴.

La investigación cree que la tesis ecléctica explicaría de mejor forma la naturaleza jurídica del derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, fundamentalmente por la armónica convivencia entre ambas posiciones. Desde lo iusfundamental, destaca el deber del Estado de respetar la autonomía, la armonía y unidad familiar, absteniéndose de aplicar medidas de protección que afecten en esencia a la familia. Desde la faceta prestacional, se obliga al Estado a responder a todas las familias colombianas sin distinción y que legislativamente inspira la protección integral de las familias, de NNA o en las actuaciones articuladas desde el Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

2.4. Derechos asociados al derecho a tener una familia

El desarrollo de la jurisprudencia constitucional ha permitido ahondar en el contenido del derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Al respecto, la Corte Constitucional estableció que el derecho en análisis intrínsecamente comprende “*la existencia de otras garantías fundamentales como son los derechos a no ser separados de ella y a recibir cuidado y amor*”¹⁷⁵,

¹⁷² *Op. Cit.* CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-572 de 2009. Consideración N°3.

¹⁷³ *Ibidem.* Consideración N°3.

¹⁷⁴ *Ibidem.* Consideración N°3.

¹⁷⁵ *Op. Cit.* CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-387 de 2016. Consideración N°24.

por lo cual, se profundizará específicamente respecto a los derechos a la unidad familiar y el derecho al amor

2.4.1. Derecho a la unidad familiar

El derecho a la unidad familiar es construido a partir del derecho a tener una familia contenido en el artículo 44 CPCo, puesto que dicha norma señala que los NNA además tienen derecho “*a no ser separado de (la familia)*”. En el orden legal, se complementa la garantía por parte del artículo 22 CIA, debido a que los NNA tienen derecho a “*a ser acogidos y no ser expulsados de (la familia)*”, procediendo la separación solo cuando la familia “*no garantice las condiciones para la realización y ejercicio de sus derechos*”.

En consonancia con el espíritu jurídico, la Corte Constitucional ha reforzado la unidad familiar afirmando que “*la familia no puede ser desvertebrada en su unidad ni por la sociedad ni por el Estado*”¹⁷⁶. Se determina por el sentenciador que el desmembramiento familiar procederá al concurrir los siguientes requisitos: (1) La existencia de una causa justificada; (2) La justificación debe ser por graves motivos de orden público y en atención al bien común; (3) Requiere del consentimiento de los integrantes de la familia, el cual deberá ser otorgado conforme a derecho¹⁷⁷.

Mediante sus sentencias, la judicatura constitucional ha determinado la presunción de la unidad familiar hacia las familias biológicas, ya que al ser la primera garante de derechos de NNA, ésta “*se encuentra, en principio, mejor situada para brindar al niño el cuidado y afecto que necesita*”¹⁷⁸. Establecer la presunción hacia la familia biológica no significa que éstas tengan un estatus superior en el ordenamiento jurídico, sino que, la Corte Constitucional reconoce el hecho de que NNA nacen en ella y “*solo se justificará removerlos de dicha familia cuando existan razones significativas*”¹⁷⁹.

La presunción de la unidad familiar hacia aquellas de carácter biológico se debe a que el ordenamiento jurídico entiende que el rol garante de la familia se ejercerá por parte de los padres, como manifestación de la responsabilidad parental¹⁸⁰. En esta línea, la Corte Constitucional

¹⁷⁶ **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**. Sentencia T-447 de 1994. (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa – 13 de octubre de 1994). Consideración N° 2.2.

¹⁷⁷ *Ibidem*. Consideración N°2.2.

¹⁷⁸ **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**. Sentencia T-212 de 2014. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez - 1 de abril de 2014). Consideración N°4.24.

¹⁷⁹ *Ibidem*. Consideración N°4.24.

¹⁸⁰ **CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA DE COLOMBIA. Artículo 14 inciso primero**. Responsabilidad Parental. La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la

afirma que “*las relaciones de los padres deben propender por garantizar el desarrollo armónico e integral de los niños, lo que posibilita su estabilidad y facilita la confianza en sí mismos, la seguridad y los sentimientos de autovaloración*”¹⁸¹.

Ahora bien, la presunción de unidad de las familias biológicas puede ser desvirtuada argumentando “*la ineptitud (de los padres) para asegurar el bienestar del niño, o sobre la existencia de riesgos o peligros concretos para el desarrollo*”¹⁸² del NNA. Dichas alegaciones requerirán ser evaluadas estrictamente por los operadores jurídicos, pues al limitar garantías constitucionales, su no realización “*equivaldría a imponer una sanción jurídica irrazonable a los padres e hijos*” generando la oportunidad “*de justificar restricciones desproporcionadas a la esfera constitucionalmente protegida de la familia*”¹⁸³.

Un ejemplo normativo que se alinea con las alegaciones anteriormente señaladas es el artículo 44 inciso quinto CPCo, ya que en sede de violencia señala que “*Cualquier forma de violencia en la familia se considerará destructiva de su armonía y unidad*”. Esto permite contextualizar el planteamiento de la Corte Constitucional respecto a la rotura de la unidad familiar, ya que este sentenciador señala que “*es posible que los padres o uno de ellos son quienes amenazan los derechos fundamentales de sus hijos*”¹⁸⁴, añadiendo que forzar la unidad familiar en este tipo de casos puede significar la revictimización o el refuerzo a nuevos hechos generadores de violencia¹⁸⁵, siendo esto contrario al interés superior del NNA.

La producción de hechos constitutivos de vulneraciones y/o amenazas de los derechos en el contexto familiar abre la posibilidad de la intervención estatal de carácter subsidiario. Dicha actuación estatal deberá “*estar orientada principalmente a conservar la unidad familiar, en un marco de un ambiente que salvaguarde los derechos de los menores*”¹⁸⁶, desplegándose para tales efectos dos posibilidades de intervención: la aplicación de medidas de restablecimiento de derechos – que podrían eventualmente generar el quiebre de la unidad familiar – o las medidas administrativas de ayuda estatal.

madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. (subrayado añadido)

¹⁸¹ *Op. Cit.* **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**. Sentencia T-387 de 2016. Consideración N°25.

¹⁸² *Op. Cit.* **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**. Sentencia T-212 de 2014. Consideración N° 4.25.

¹⁸³ **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**. Sentencia T-887 de 2009. (M.P. Mauricio González Cuervo - 1 de diciembre de 2009). Consideración N° 4.2.3.

¹⁸⁴ **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**. Sentencia T-730 de 2015. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez - 25 de noviembre de 2015). Consideración N° 4.11.2.

¹⁸⁵ *Ibidem*. Consideración N° 4.11.2.

¹⁸⁶ **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**. Sentencia T-210 de 2019. (M.P. Cristina Pardo Schlesinger - 20 de mayo de 2019). Consideración N° 9.7.

A modo de cierre, se debe tener presente que en materia de restablecimiento de derechos el Estado “*tiene la facultad de limitar el derecho de los padres a la patria potestad cuando exista peligro, desprotección o abandono, y éste tenga origen en el propio escenario familiar*”¹⁸⁷. En tales situaciones, si el aparato estatal cree a la separación del NNA de su familia como la vía efectiva de rehabilitación, se encontrará sujeto a examinar la concurrencia de las siguientes circunstancias:

(i) *Cuando esté plenamente probado que los progenitores amenazan la integridad física y mental;*

(ii) *Cuando exista una transgresión calificada, es decir, que se amenacen o vulneren gravemente sus derechos fundamentales, y*

(iii) *Cuando la gravedad de la afectación haga necesaria la separación del niño de su familia.*”¹⁸⁸

2.4.2. Derecho al amor y al cuidado

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la familia tiene un rol de garante de los derechos de NNA, al ser ésta el núcleo básico y fundamental de la sociedad. Por ello, la Corte Constitucional reconoce que respecto al amor, la familia juega un papel importante pues ésta brinda un ambiente físico que otorga estabilidad, asegura el desarrollo integral y socioemocional de NNA y además, le permite consolidar su confianza con otros seres humanos¹⁸⁹.

De acuerdo al artículo 44 CPCo, el derecho al amor y al cuidado es un derecho fundamental de los NNA, encontrándose íntimamente vinculado al derecho a tener una familia, pues según reflexiona la judicatura constitucional, éste último conlleva implícitamente la garantía del amor y el cuidado¹⁹⁰. Establecida la relación existente entre ambos, la Corte Constitucional se ha preguntado específicamente, qué tipo de amor es tutelado como derecho fundamental y cuál es la relación jurídica que se genera a partir de este derecho.

La Corte Constitucional afirma que el amor es importante para los NNA pues “*es necesario para su adecuado desarrollo físico, mental, social y psicológico, que les permitirá desarrollar las competencias y actitudes para ejercer su derecho a la vida en condiciones*

¹⁸⁷ *Op. Cit.* CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-210 de 2019. Consideración N° 9.6.

¹⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-212 de 2014. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez - 1 de abril de 2014)

¹⁸⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-278 de 1994. (M.P. Hernando Herrera Vergara - 15 de junio de 1994). Consideración N° 2.

¹⁹⁰ *Op. Cit.* CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-387 de 2016. Consideración N° 24.

*dignas*¹⁹¹. A partir de dicha idea, comienza a construir su visión del amor desde un enfoque filosófico-jurídico, entendiendo al amor como un imperativo categórico, es decir un mandamiento autónomo y autosuficiente que se asume sin cuestionamiento¹⁹².

El amor es un valor social existente en la vida cotidiana de los seres humanos, el cual nutre y permea otras instituciones jurídicas del ordenamiento jurídico colombiano tales como el matrimonio, la adopción, el aborto o el maltrato animal¹⁹³. En esa línea, la Corte Constitucional afirma “*se reconoce la presencia del amor en nuestro ordenamiento jurídico, así como su impacto positivo en la materialización de una sociedad justa y su necesidad para desarrollar el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas*”¹⁹⁴.

La asunción del amor como imperativo categórico permite afirmar que aun cuando existen actos desarrollados en nombre del amor sin una consecuencia jurídica, ello no implica que el derecho deba distanciarse de su apreciación por ser un riesgo potencial a la recta impartición de justicia¹⁹⁵. La judicatura constitucional, por el contrario, afirma que no existe razón para no tutelar el amor como derecho, habida cuenta que el ordenamiento jurídico colombiano protege principios tales como la dignidad, el respeto o la confianza, cuya inspiración son valores que simplemente se asumen¹⁹⁶.

Particularmente, el resguardo del amor no se debe considerar caprichoso, toda vez que su producción normativa estuvo sometida a estándares supraleales que lo instituyeron constitucionalmente. La Corte Constitucional razona afirmando que el constituyente entendió el derecho al amor desde cuatro perspectivas: (1) Como *mandato de optimización* que exige el máximo esfuerzo para garantizar su cumplimiento¹⁹⁷; (2) Como *pauta de conducta* que se orienta hacia un comportamiento socialmente aceptado y deseado, por tanto, legítimo y respetuoso con la moralidad pública y social¹⁹⁸; (3) Como *precepto normativo válido* debido a que su constitucionalización se realiza conforme a un procedimiento que lo valida¹⁹⁹; y finalmente como

¹⁹¹ **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**. Sentencia T-129 de 2015. (M.P. Martha Victoria Sachica Méndez - 27 de marzo de 2015). Consideración N° 3.

¹⁹² *Ibidem*. Consideración N° 3.6.

¹⁹³ *Ibidem*. Consideración N° 3.

¹⁹⁴ *Ibidem*. Consideración N° 3.1.

¹⁹⁵ *Op. Cit.* **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**. Sentencia T-129 de 2015. Consideración N° 3.2.

¹⁹⁶ En la construcción del valor del amor, la Corte Constitucional cita a Norberto Bobbio quien establece la idea de que “*el fundamento de derechos de los que sólo se sabe que son condiciones para la realización de valores últimos es la apelación a dichos valores últimos. Pero los valores últimos, a su vez, no se justifican, se asumen*” *citado en ibidem*, Consideración N° 3.2.

¹⁹⁷ *Ibidem*. Consideración N° 3.7.1

¹⁹⁸ *Ibidem*. Consideración N° 3.7.2.

¹⁹⁹ *Ibidem*. Consideración N° 3.7.3.

una (4) *Finalidad anhelada por la sociedad colombiana*, es decir, se manifiesta como punto de aspiración del *ethos* o idea social deseable para todos los colombianos²⁰⁰.

Prosiguiendo en el análisis del amor como derecho fundamental de NNA, la Corte Constitucional asume la existencia de una relación jurídica, sin embargo, acerca de la contraprestación de este derecho se pregunta: ¿existe una obligación a ser amado? Apelando al sentido común, la judicatura reconoce que al ser una emoción, la exigibilidad del amor va más allá de lo que podría ser voluntario, mas no le cabe duda de que la respuesta del derecho debe ir dirigida más allá de lo volitivo, debido a que “*declarar la existencia de un derecho a partir de su exigibilidad o su materialización, es desconocer el sentido aspiracional y el poder de transformación que tiene el Derecho*”²⁰¹.

El examen de la Corte Constitucional permite afirmar que el derecho a tener una familia conlleva como parte de su contenido el que el NNA sea amado y protegido dentro de ese núcleo. Que la familia satisfaga estos valores es un anhelo socialmente pactado por los colombianos a través de su Constitución y que aspira a garantizar el bienestar de todos los NNA como causa final por medio de las relaciones interpersonales dentro del núcleo familiar.

Finalmente, los argumentos utilizados por la judicatura constitucional respecto a la configuración normativa del amor permiten aplicar el silogismo jurídico de “*igual razón, igual disposición*” al derecho de NNA a tener una familia y no ser separado de ella. Dicho silogismo refleja el espíritu de la sociedad colombiana de alcanzar la legítima aspiración de bienestar de sus NNA, garantizando constitucionalmente el derecho a tener una familiar, pues consideran que de esta forma se propende hacia la plena e íntegra satisfacción de los derechos de NNA.

3. Hipótesis de vulneración del derecho a tener una familia y no ser separado de ella

Durante la investigación se ha observado que el derecho a tener una familia y no ser separado de ella es protegido desde el artículo 44 CPCo como por el artículo 22 CIA. Ante tal escenario, cabe preguntarse: ¿cuáles son aquellas situaciones que implican la vulneración del derecho en comento?

Desde la jerarquía constitucional, el artículo 44 CPCo plantea que los NNA deben ser protegidos “*contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos*”. El constituyente plantea así

²⁰⁰ *Op. Cit.* CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-129 de 2015. Consideración N° 3.7.4.

²⁰¹ *Ibidem*. Consideración N° 3.7.5.

determinadas situaciones en que visiblemente hay inobservancia de los derechos fundamentales de NNA, dentro de los cuales también está el derecho a tener una familia.

Se profundiza a nivel legal respecto de cuándo procedería la separación del NNA de su núcleo familiar – y consecuentemente, cuándo se vería vulnerado el derecho a tener una familia – siendo enfático en señalar el artículo 22 CIA que “*Los NNA sólo podrán ser separados de la familia cuando ésta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este Código*”. Con todo, dicha separación no podrá motivarse por “*la condición económica de la familia*”, ya que, si procediese se estaría vulnerando el principio de igualdad consagrado por el artículo 13 CPCo.

Entender la separación del NNA de su núcleo familiar requiere analizar el fenómeno desde tres perspectivas interrelacionadas. Es necesario revisar *jurídicamente* la tensión entre el derecho a tener una familia y el interés superior, vigilando el rol de contrapeso que este principio adquiere; *institucionalmente*, corresponde ver cómo reacciona el Estado a través del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y sus distintas entidades; para culminar con el análisis desde la perspectiva *terapéutica*, exponiendo para tal fin las medidas de restablecimiento de derechos, su procedimiento y la relación que éstas tienen con el derecho a tener una familia.

3.1. Interés superior del niño: el contrapeso jurídico del derecho a tener una familia

El interés superior de NNA es un principio de carácter constitucional fijado por el artículo 93 CPCo que integra genéricamente al ordenamiento jurídico los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Congreso, y que particularmente en materia de infancia-adolescencia se recepciona a partir de la parte final del artículo 44 inciso primero CPCo²⁰².

En el orden legal, el artículo 8° CIA define el interés superior de NNA como “*el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes*”, es decir, es un mandato dirigido para que exista promoción, protección y respeto por parte de la sociedad, la familia y el Estado de las garantías de todo NNA.

Este interés superior del NNA conlleva como parte de su mandato el hacer prevalecer ante todo tipo de situación los derechos de los NNA. Esta consideración se encuentra preceptuada en el artículo 9° CIA, pues “*En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los NNA, prevalecerán los derechos de*

²⁰² **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 44 inciso primero:** (...) “Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”.

estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona”, lo que en la práctica implica que siempre “en caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”.

El desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional ha permitido resolver la vulneración del derecho a tener una familia precisamente a través del interés superior del NNA. Este principio constitucional es el contrapeso del derecho en cuestión, lo cual hace necesaria la evaluación casuística de dicha tensión a través de dos sentencias de la judicatura constitucional.

3.1.1. Sentencia T-408 de 1995 de la Corte Constitucional de Colombia

El primer ejemplo de la tensión señalada es posible visualizarlo por medio de la sentencia T-408-1995 de la Corte Constitucional²⁰³ en sede de revisión de una acción de tutela de derechos fundamentales.

Los jueces constitucionales detallaron doctrinariamente las características del interés superior, señalando que este principio es: (1) *Real*: resguarda las particulares necesidades del NNA y sus aptitudes físicas y psicológicas; (2) *Independiente*: su existencia y protección no dependen de un capricho de los padres; (3) *Relacional*: su garantía se debe guiar por la protección de los derechos de los NNA ante intereses en conflicto; y (4): Protege un interés jurídico superior que es el *desarrollo integral y sano de la personalidad de los NNA*.²⁰⁴

Basada en las características del interés superior, la Corte Constitucional evalúa la tensión entre ese principio y el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, estableciendo al respecto dos cuestiones fundamentales: (1) La regla general es la relación permanente y estrecha entre padres e hijos; (2) Se vulnerará el derecho a tener una familia – es decir, procede la separación – cuando el daño sufrido por el NNA sea de tal gravedad que la separación se haga indispensable y razonable²⁰⁵.

En el caso en cuestión, los jueces plantean que al ocultar la privación de libertad de una madre, el padre no está protegiendo el interés superior del niño, sino un interés personal, cercenando de tal forma la autonomía e independencia de su personalidad jurídica del NNA²⁰⁶. El fundamento es que en tal caso no se respeta la autonomía progresiva ni el derecho a ser oído del

²⁰³ La sentencia referida trata de una acción de tutela de la abuela materna de una niña contra del padre de ella por haberle negado el derecho a las relaciones filiales de madre – hija, producto que la madre se encontraba privada de libertad.

²⁰⁴ **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**. Sentencia T-408 de 1995. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz - 12 de septiembre de 1995). Consideración N°6.

²⁰⁵ *Ibidem*. Consideración N° 7.

²⁰⁶ *Op. Cit.* **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**. Sentencia T-408-2015. Consideración N°7.

niño y que en la especie “*se puso en evidencia cuando declaró ante el Juzgado de tutela que deseaba ver a su madre, a pesar de que ésta se encontrara en la cárcel*”²⁰⁷.

La Corte Constitucional reflexiona señalando que en este caso hay una vulneración de derecho a las relaciones filiales bidireccionalmente, lo que a su vez implica una afectación al derecho a tener una familia. El arribo de esta conclusión se cimienta en que el ocultamiento que el padre realiza es basado en un potencial trauma que se le generaría al niño al saber que su madre está en la cárcel, mas éste no es real, sino una preocupación legítima del progenitor que no fue demostrada procesalmente.

En este juego de contrapesos entre el resguardo del interés superior del niño alegado y el derecho a tener una familia, predominaría éste último debido a que el interés superior de un NNA no debe entenderse como una “*reducción de las cargas y molestias que afectan a los menores*”²⁰⁸, ni tampoco puede representar una “*justificación de cualquier conducta que tienda a evitarle dolor o tristeza, aún a costa de que ella viole sus derechos fundamentales*”²⁰⁹, como es privar las relaciones filiales madre-hijo.

3.1.2. Sentencia T-510 de 2003 de la Corte Constitucional de Colombia

El segundo caso ilustrativo en la materia es la sentencia T-510-2003 de la Corte Constitucional, fallo que resulta clave pues otorga nuevas pautas y criterios de aplicación para resolver la tensión entre interés superior del NNA y su derecho a tener una familia y no ser separado de ella.

La magistratura reafirma que la importancia del interés superior se debe al reconocimiento que este principio realiza a la condición de NNA de sujetos de protección especial de derechos, generando consecuentemente el deber de trato preferente hacia ellos que propenda a la búsqueda de su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad²¹⁰.

Asimismo, reitera que el interés superior tiene una naturaleza real y relacional como previamente lo había razonado; no obstante, la aplicación de esta garantía deberá considerar “*las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal*”²¹¹. Dichas consideraciones son escindidas entre *consideraciones fácticas*

²⁰⁷ *Op. Cit.* CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-408-2015. Consideración N°7.

²⁰⁸ *Ibidem.* Consideración N° 7.

²⁰⁹ *Ibidem.* Consideración N° 7.

²¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-510 de 2003. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa - 19 de junio de 2003). Considerando 3°.

²¹¹ *Ibidem.* Considerando 3°.

relativas a la globalidad del caso y *consideraciones jurídicas* que son los parámetros del ordenamiento jurídico del bienestar infantil²¹².

Un aspecto relevante de la sentencia es el giro jurisprudencial de la Corte en la ponderación del interés superior de NNA y los derechos conexos e intereses legítimos que los adultos responsables podrían tener en el caso en concreto.

La sentencia en comento se aparta del criterio absolutista de la sentencia T-408-1995 hacia un criterio integrador que considere otros intereses que confluyen y enfrentan al interés superior. En tal situación, la Corte Constitucional razona señalando que el interés superior prevalece, pero no de modo absoluto y excluyente frente a otros intereses²¹³, enfatizando que de tal forma “*se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños, ya que estos son titulares del derecho fundamental a formar parte de una familia, por lo cual su situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, acudientes y demás familiares e interesados*”²¹⁴.

Un segundo aspecto que desarrolla la sentencia T-510-2003 son los parámetros definidos desde la esfera constitucional a la hora de enfrentar la tensión entre el derecho a tener una familia y el interés superior. En específico, dichos parámetros corresponden a: (1) La garantía del desarrollo integral del NNA; (2) La garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del NNA; (3) La protección del menor frente a riesgos prohibidos; (4) El equilibrio con los derechos de los padres; (5) La provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del NNA; (6) La necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones filiales.

El primer parámetro a considerar es la *garantía del desarrollo integral del NNA*²¹⁵. Esta dice relación con la obligación de la familia, el Estado y la sociedad civil de tutelar y resguardar el desarrollo armónico e integral del NNA, desde un punto de vista afectivo, intelectual, ético, físico y psicológico, considerando para tales efectos sus aptitudes, condiciones de vida y características propias²¹⁶.

El segundo parámetro consiste en la *garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales*. La evaluación de esta garantía implica el respeto de todos los derechos fundamentales de NNA consagrados en el artículo 44 de la CPCo, debiendo a su vez,

²¹² **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**. Sentencia T-510 de 2003. Consideración 3°.

²¹³ *Ibidem*. Consideración 3°.

²¹⁴ *Ibidem*. Consideración 3°.

²¹⁵ Conforme a lo señalado por la Corte Constitucional, dicha garantía se deriva tanto de la normativa constitucional (artículo 44 de la CPCo) como de las normas internacionales vigentes en Colombia (artículo 27 de la CDN).

²¹⁶ *Op. Cit.* **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**. Sentencia T-510-2003. Considerando 3.1.1

interpretarse dichos derechos bajo la óptica de los tratados internacionales vigentes en Colombia²¹⁷.

El tercer aspecto a considerar consiste en la *protección del NNA frente a riesgos prohibidos*. Este elemento requiere la tutela efectiva de NNA respecto de cualquier tipo de amenaza en su bienestar, debiendo evaluarse casuísticamente los potenciales peligros a los cuales podría verse enfrentado. Ejemplo de estos peligros son plasmados en el artículo 44 CPCo, que si bien no es un catálogo taxativo de situaciones peligrosas, coteja escenarios de abusos y arbitrariedades que amenazan el desarrollo armónico de los NNA²¹⁸, debido a que son un “*irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas*”²¹⁹.

El cuarto factor a evaluar es el *equilibrio con los derechos de los padres*, siendo éste el sello del giro jurisprudencial en la materia. Este parámetro se construye hipotéticamente a partir de la potencial colisión de derechos entre adultos responsables y los NNA, debiendo examinarse en tales situaciones cuál de las alternativas o soluciones satisface de mejor manera el interés superior de los NNA²²⁰.

El quinto elemento es la *provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo de los NNA*. A lo largo de la investigación se ha desarrollado la importancia de la familia, su unidad, el ambiente familiar y la protección que ésta debe brindar al NNA. Pues bien, este parámetro es una referencia a dichos aspectos puesto que éste se traduce en que el NNA debe permanecer bajo un núcleo familiar que le brinde amor, comprensión y cariño, permitiéndole su desarrollo adecuado, armónico e integral²²¹.

Finalmente, el último estándar que toda actuación debe considerar es la *necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno – filiales*. En específico, esto significa que el Estado intervendrá en todas aquellas situaciones de carácter grave que presupongan un temor por el bienestar y el desarrollo del NNA. La relevancia de esta consideración radica en que las situaciones graves justificarán el curso de acción estatal a través de las medidas de restablecimiento de derechos que necesariamente impliquen la separación del NNA de su familia²²².

3.2. Institucionalidad colombiana ante la vulneración de derechos

²¹⁷ *Op. Cit.* CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-510-2003. Considerando 3.1.2.

²¹⁸ *Ibidem*. Considerando 3.1.3.

²¹⁹ *Ibidem*. Considerando 3.1.3.

²²⁰ *Ibidem*. Considerando 3.1.4.

²²¹ *Ibidem*. Considerando 3.1.5.

²²² *Ibidem*. Considerando 3.1.6.

El plexo normativo colombiano erige como guardianes de los derechos de NNA a la familia, la sociedad y el Estado, debiendo según el artículo 44 inciso segundo CPCo “*asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos*”. La recepción de este mandato constitucional se realiza a nivel legal mediante el artículo 10 CIA, que instaura el principio de corresponsabilidad y que consiste en “*la concurrencia de actores (Familia, sociedad y Estado) y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los NNA*”.

Este rol corresponsable implica que la actuación del Estado deberá ser permanente en todas aquellas instancias en que exista amenaza o vulneración de derechos de NNA. Esta actuación es también una garantía ciudadana para exigir su participación en materia de infancia-adolescencia, considerando que el artículo 11 inciso segundo CIA asegura que “*El Estado en cabeza de todos y cada uno de sus agentes tiene la responsabilidad inexcusable de actuar oportunamente para garantizar la realización, protección y el restablecimiento de los derechos de los NNA*”.

La responsabilidad inexcusable de Colombia con sus NNA le ha exigido desarrollar una institucionalidad que le permita activamente cumplir con sus obligaciones en materia de infancia-adolescencia. En ese orden de ideas, el Estado se ve obligado por el artículo 41 CIA a “*garantizar el ejercicio de todos los derechos de los NNA*”, debiendo para tales efectos “*asegurar las condiciones para el ejercicio de los derechos y prevenir su amenaza o afectación a través del diseño y la ejecución de políticas públicas sobre infancia y adolescencia*”. Igualmente, el Estado se ve obligado a intervenir cuando la prevención no logra su objetivo, debiendo en dichas situaciones “*asegurar la protección y el efectivo restablecimiento de los derechos que han sido vulnerados*”.

Las obligaciones que el Estado tiene como guardián son parte del principio de la protección integral de todo NNA. Por ello, el artículo 7° CIA desarrolla el cómo debe el Estado hacerse cargo de la protección integral, señalándose que será mediante “*la materialización de las políticas, planes y programas que permitan el cumplimiento, prevención y seguridad de los derechos de NNA*” y que en el caso colombiano se ha estructurado desde el concepto de Bienestar Familiar.

El artículo 12 de la Ley 7 de 1979 como el artículo 3° del Decreto 936 de 2013, han entendido que el Bienestar Familiar corresponde al servicio público consistente en “*el conjunto de acciones de del Estado que se desarrollan para cumplir en forma integral y permanente con el reconocimiento, la garantía, protección y restablecimiento de los derechos de NNA, así como la*

prevención de su amenaza o vulneración y fortalecimiento”, siendo la piedra angular del diseño institucional del Sistema Nacional de Bienestar Familiar colombiano.

3.2.1. Sistema Nacional de Bienestar Familiar

Conforme al artículo 3° del Decreto 936 de 2013, el Sistema Nacional de Bienestar Familiar (en adelante: SNBF) consiste en “*el conjunto de agentes, instancias de coordinación y articulación de relaciones existentes entre estos*”. El SNBF, según el artículo 12 de la Ley 7 de 1979, es la institucionalidad a cargo de prestar el servicio de Bienestar Familiar, el cual deberá amparar y “*dar cumplimiento a la protección integral de los NNA y el fortalecimiento familiar*”.

Este desarrollo institucional nace con tres propósitos explicados en el artículo 13 de la Ley 7 de 1979 y que consisten en: (1) promover la integración y realización de las familias; (2) proteger y garantizar los derechos de NNA; y (3) tratar problemáticas familiares o relativas a NNA, pudiendo coordinar a personas y agentes estatales que trabajen en esta tarea.

Para alcanzar dichos fines del SNBF, el artículo 5° del Decreto 936 de 2013 expone cuáles son los objetivos de éste, destacando: (1) Lograr la protección integral de NNA y promover el fortalecimiento familiar mediante una acción estatal oportuna; (2) Promover las políticas públicas de infancia-adolescencia y fortalecimiento familiar; (3) Lograr que NNA y las familias sean una prioridad social, política, técnica y financiera; y (4) Propender activamente a la protección integral de NNA.

Cabe mencionar que según el artículo 14 del Decreto 936 de 2013, el organismo a cargo de articular, coordinar y ejecutar las políticas públicas afines al SNBF es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

3.2.2. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante: ICBF), de acuerdo al artículo 19 de la Ley 7 de 1979, es un establecimiento público descentralizado, administrativo y autónomo, que nace con el objetivo de “*propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger al menor de edad y garantizarle sus derechos*”²²³, y que, institucionalmente asume un rol protagónico en materia de infancia y adolescencia al ser el “*ente rector, coordinador y articulador del SNBF*”, según detalla el artículo 14 del Decreto 936 de 2013.

²²³ **DECRETO 1137 DE 1999. Por el cual se organiza el Sistema Administrativo de Bienestar Familiar, se reestructura el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones. Artículo 15.** Objeto. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tiene por objeto propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger al menor de edad y garantizarle sus derechos.

Al ser la autoridad material del SNBF, el ICBF debe diseñar y ejecutar las políticas públicas de infancia-adolescencia, tarea que es orientada por el artículo 52 del Decreto 2388 de 1979 y cuyo texto indica que el ICBF “*establecerá programas tendientes al fortalecimiento de la familia, mediante acciones continuas de orientación, educación, tratamiento y asesoría nutricional y socio-jurídica de la misma*”. Tales programas deberán ser fundamentados en los criterios que establece el artículo 16 del Decreto 1137 de 1999, consistentes en: (1) Responsabilidad principal de los padres en la formación y cuidado de sus hijos, siendo las acciones del ICBF una manifestación del rol subsidiario del Estado; (2) Velar por la participación de la comunidad en la tarea de promoción y protección de los derechos de NNA; (3) Identificar la población prioritaria a la que se focalizan las políticas públicas a ejecutar por el SNBF.

Por último, el ICBF debe desarrollar la coordinación de sus estrategias que le permitan la correcta prestación del servicio de bienestar familiar. Dicha tarea de coordinación se suma a las múltiples funciones que el artículo 17 del Decreto 1137 de 1999 le otorga al ICBF, dentro de las cuales vale indicar: (1) Ejecutar las políticas de fortalecimiento de las familias; (4) Desarrollar la normativa del SNBF, sujeta a la aprobación del Gobierno colombiano; (7) Preparar las leyes de familia e infancia-adolescencia; (11) Velar por el cumplimiento de los requisitos de funcionamiento de instituciones y establecimientos de protección de NNA, como de aquellos que desarrollen programas de adopción; (15) Promover la atención integral de niñas y niños menores de 7 años; (16) Desarrollar los programas de adopción.

3.2.3. Policía de Infancia y Adolescencia

La Policía Nacional corresponde al cuerpo armado de naturaleza civil “*cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz*” como detalla el artículo 218 CPCo. En el ejercicio de sus funciones, se le mandata por parte del artículo 7° del Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana de Colombia, a garantizar las bases de la convivencia social entre colombianos, debiendo velar por el ejercicio de los derechos de las personas, el respeto por las diferencias, la búsqueda de la resolución pacífica de conflictos y la promoción de un desarrollo social armónico.

La base de la convivencia social que el ordenamiento jurídico colombiano norma se relaciona íntimamente con los principios de la convivencia social detallados en el artículo 8° del Código Nacional de Seguridad, tales como el respeto a la vida, los derechos humanos y la prevalencia y protección integral de los derechos de NNA. Esto condiciona el actuar de la Policía Nacional ante determinados grupos constitucionales especialmente protegidos como los NNA,

que conforme al artículo 38 del Código Nacional de Seguridad, implica preferentemente velar por ellos ante situaciones que le generen un daño como la compraventa y consumo de drogas, la explotación y prostitución infantil, o los abusos y discriminaciones en todas sus expresiones.

Este marco institucional de la Policía Nacional generó la necesidad de su integración al SNBF, mandatándola por parte del artículo 88 CIA a “*garantizar la protección integral de NNA, en el marco de las competencias y funciones que le asigna la ley*”, tarea que por cierto se encuentra íntimamente ligada con los principios de convivencia social que orientan el accionar de la Policía.

Para poder desarrollar específicamente la misión de la Policía Nacional, el artículo 89 CIA crea un cuerpo especializado denominado Policía de Infancia y Adolescencia, cuyas funciones son: (1) Cumplir y hacer cumplir normas y decisiones relativas a la protección integral; (2) Diseñar y ejecutar planes relativos a la prevención, protección y restablecimiento de derechos; (10) Brindar apoyo a los demás integrantes del SNBF respecto de situaciones de NNA que deban ser trasladados a programas especializados producto de acciones de policía y protección; (14) Recibir quejas y denuncias sobre vulneraciones o amenazas de NNA, para lo cual deberán actuar inmediatamente sea en garantizar, prevenir o resguardar los derechos, o bien, derivar al centro competente; (15) Garantizar derechos de NNA en los procedimientos policiales, entre otras.

3.2.4. Defensores y Comisarios de Familia

Siguiendo al artículo 96 CIA, los Defensores y Comisarios de Familia nacen como las autoridades competentes y encargadas de “*procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y el CIA*”, estando obligadas a una atención permanente y continua²²⁴ que permita satisfacer el servicio social de Bienestar Familiar e iniciar y desarrollar los procesos de investigación de vulneración de derechos que lleguen a su conocimiento²²⁵. Además, al ser ambos organismos administrativos, estos ven sujeto su actuar a los principios constitucionales de la función pública, es decir: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

²²⁴ **CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA DE COLOMBIA. Artículo 87.** Atención Permanente. Los horarios de atención de las Defensorías de Familia y Comisarías de Familia serán permanentes y continuos, a fin de asegurar a los NNA la protección y restablecimiento de sus derechos. El Estado deberá desarrollar todos los mecanismos que se requieran para dar cumplimiento a esta disposición. (Subrayado añadido)

²²⁵ **CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA DE COLOMBIA. Artículo 99 incisos 1° y 2°.** Iniciación de la actuación administrativa. El niño, la niña o adolescente, su representante legal, la persona que lo tenga bajo su cuidado o custodia, o cualquier persona, podrá solicitar ante el Defensor o Comisario de Familia, o en su defecto el Inspector de Policía la protección de los derechos de aquel cuando se encuentren vulnerados o amenazados. Cuando del estado de verificación el Defensor o el Comisario de Familia o, en su defecto, el Inspector de Policía tengan conocimiento de la vulneración o amenaza de alguno de los derechos que este Código reconoce a los niños, las niñas y los adolescentes, dará apertura al Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, mediante auto contra el cual no procede recurso alguno.

Las diferencias entre ambos organismos se encuentra en el ámbito de su especificidad de su competencias que establece el artículo 7° del Decreto 4840 de 2007²²⁶ y que buenamente retrata la Corte Constitucional al señalar que “*en los lugares donde no hay defensores, (los Comisarios) conocen de cualquier amenaza o vulneración de los derechos de los niños y pueden tomar cualquier medida de restablecimiento, salvo la adoptabilidad de niños que le corresponde al defensor de familia*”²²⁷ específicamente.

Las Defensorías de Familia, conforme al artículo 79 CIA, son dependencias del ICBF a cargo de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de NNA, contando para ello de un equipo multidisciplinario que trabajará en dicha tarea.

El actuar de las Defensorías de Familia en materia de restablecimiento de derecho se encuentra sujeta a las funciones legalmente encomendadas en el artículo 82 CIACo; en específico, debe “*1. Adelantar de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración y amenaza*”, es decir, tiene un rol tanto preventivo como reparatorio ante posibles situaciones que pongan en peligro cualquiera de los derechos de los NNA; pero también, debe “*2. Adoptar las medidas de restablecimiento establecidas en la presente ley para detener la violación o amenaza de los derechos de los niños, las niñas y adolescentes*”, transformándose así en el medio a través del cual el Estado interviene cuando existen vulneraciones de los derechos de NNA.

Las Defensorías de Familia además se encuentran sujetas a un catálogo de deberes a cumplir en el ejercicio de su competencia. Refiere a este tópico el artículo 81 CIA, detallando que los deberes son: 1) Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar medidas que impidan la paralización y velar por la economía procesal; 2) Garantizar la igualdad procesal; 3) Sancionar actos procesales que sean contrarios a la probidad, la justicia y la buena fe; 4) Utilizar las facultades probatorias para verificar los hechos alegados durante el proceso; 5) Guardar reserva de sus procesos; 6) Dictar providencias, resolver procesos y fijar audiencia y diligencias en los mismos.

²²⁶ En cuanto a las diferencias entre Defensor de Familia y Comisario de Familia, el **artículo 7° del Decreto 4840 de 2007** señala que los Defensores de Familia se encargan de “*prevenir, garantizar y restablecer los derechos de NNA, en las circunstancias de maltrato, amenaza o vulneración de diferentes de los suscitados en el contexto de la violencia intrafamiliar*”; mientras que los Comisarios de Familia, de manera exclusiva – pero no excluyente – deberán encargarse de los hechos suscitados en sede de violencia intrafamiliar, según detalla el inciso 3° del artículo en comento.

²²⁷ **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**. Sentencia T-851A de 2012. (M.P. Nilson Pinilla Pinilla). 24 de octubre de 2012). Nota al pie N° 5.

Por su parte, el artículo 83 CIA se encarga de regular a las Comisarías de Familia como entidades administrativas multidisciplinarias integrantes del SNBF, cuya misión principal “*es prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar y las demás establecidas por la ley*”, siendo un organismo que se rige por las pautas técnicas del ICBF.

En cuanto a las funciones de los Comisarios de Familia, el artículo 86 CIA señala que le corresponderá: (1) Intervenir en situaciones de violencia intrafamiliar, velando por los derechos vulnerados de los miembros de las familias; (2) Atender NNA y miembros del grupo familiar en el ejercicio y restablecimiento de sus derechos; (3) Adoptar medidas de emergencia y de protección ante delitos contra NNA; (4) Recibir denuncias y adoptar medidas de protección en sede de violencia intrafamiliar; (5) Estar a cargo de las medidas provisionales sobre custodia, cuidado personal, alimentos, visitas y suspensión de la vida en común en las situaciones de violencia intrafamiliar; (6) Rescatar NNA en casos urgentes y cuando exista peligro de sus derechos; (8) Denunciar el maltrato infantil y adoptar las medidas de restablecimiento respectivas.

3.3. Restablecimiento de los derechos: actuación terapéutica ante la hipótesis de vulneración

Durante la presente investigación, se ha visualizado cuál es el marco jurídico bajo el cual se desarrolla la protección de la infancia y la adolescencia en Colombia. Para ello, conviene reiterar nuevamente que el artículo 44 CPCo establece en materia de derechos fundamentales de los NNA que “*la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos*”, siendo estos operadores jurídicos claves para garantizar pleno ejercicio y protección de los derechos de NNA.

En materia del derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, es necesario reiterar lo mencionado por el artículo 22 inciso final CIA y que consiste en la procedencia de la legítima vulneración de este derecho indicando que “*Los NNA solo podrán ser separados de la familia cuando ésta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este Código*”.

Sin embargo, es dable preguntarse: ¿cuáles son los mecanismos que dispone la ley para efectos de resguardar todos los derechos de NNA, incluido su derecho a la vida familiar? Al ser corresponsable en la protección de NNA, la legislación ha establecido que será el Estado quien deberá intervenir en todas aquellas situaciones de vulneraciones de derechos de NNA,

activándose su actuación a través del SNBF y que permitirá determinar todas aquellas medidas de restablecimiento de derechos que pongan fin a la situación de amenaza o vulneración.

3.3.1. Procedimiento de restablecimiento de derechos

El artículo 50 CIA define restablecimiento de derechos de los NNA como “*la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados*”. Por tanto, la finalidad del restablecimiento no solo es la recuperación de los derechos vulnerados de los NNA, sino también una garantía para que estos puedan ser efectivamente ejercerlos.

El artículo 51 CIA²²⁸ impone la obligación del restablecimiento de los derechos de NNA al aparato estatal, tarea que el ICBF realiza a través de las Comisarías y Defensorías de Familia como ejecutores del SNBF. Cabe señalar que la actuación estatal en estas situaciones es de carácter subsidiario, pues “*su intervención (...) se centra en apoyar (a la familia) para que cumpla su obligación de asistir y proteger al menor, (dado que) el Estado no tiene competencia para asumir ni para reemplazar el papel de la familia en cuanto a la protección del menor*”²²⁹.

El procedimiento para determinar medidas de restablecimiento puede ser iniciado por cualquier persona que tenga conocimiento de una situación de amenaza o vulneración, según señala el artículo 99 del CIA. Con ello, se activa el SNBF a través de las Comisarías y Defensoría de Familias y la Policía de Infancia, autoridades que según el inciso segundo del artículo 52 deberán emitir un auto de trámite de investigación²³⁰ permitiendo llevar a cabo la verificación de la garantía de derechos que contempla el artículo 52 del CIA, buscando determinar así “*la existencia de una real situación de abandono, riesgo o peligro que se cierne sobre los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente*”²³¹.

²²⁸ **CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA DE COLOMBIA. Artículo 51.** “*Obligación del restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.* El restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes es responsabilidad del Estado en su conjunto a través de las autoridades públicas, quienes tienen la obligación de informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, las niñas o los adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad. Cuando esto ocurra, la autoridad competente deberá asegurarse de que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar garantice su vinculación a los servicios sociales”.

²²⁹ **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.** Sentencia T-301 de 2014. (M.P. Luis Guillermo Garrido Pérez). 26 de mayo de 2014). Consideración 4.4.

²³⁰ **CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA DE COLOMBIA. Artículo 52 PARÁGRAFO 2°.** La verificación de derechos deberá realizarse de manera inmediata, excepto cuando el niño, la niña o adolescente no se encuentre ante la autoridad administrativa competente, evento en el cual, la verificación de derechos se realizará en el menor tiempo posible, el cual no podrá exceder de diez (10) días siguientes al conocimiento de la presunta vulneración o amenaza por parte de la Autoridad Administrativa. (Subrayado añadido)

²³¹ *Op. Cit.* **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.** Sentencia T- 572 de 2009. Consideración N°5.

En la práctica, la verificación de garantías es el análisis inmediato²³² y de carácter multidisciplinario que evalúa la situación de todos los derechos contemplados en el Capítulo II del Título I del CIA. A tal efecto, el artículo 52 CIA numera los criterios que deben ser revisados, siendo estos:

- “1) Valoración inicial psicológica y emocional;*
- 2) Valoración de nutrición y revisión del esquema de vacunación;*
- 3) Valoración inicial del entorno familiar, redes vinculares e identificación de elementos protectores y de riesgo para la garantía de los derechos;*
- 4) Verificación de la inscripción en el registro civil de nacimiento;*
- 5) Verificación de la vinculación al sistema de salud y seguridad social;*
- 6) Verificación a la vinculación al sistema educativo”.*

Gracias a que la etapa de verificación sirve “*de sustento para definir las medidas pertinentes para el restablecimiento de derechos*”²³³, se han añadido y desarrollado criterios adicionales por parte de la Corte Constitucional colombiana y que tienen íntima relación con el bloque de constitucionalidad familiar de este ordenamiento jurídico. Por esta razón, las Comisarías, Defensorías y Policías de Infancia – ésta última, si corresponde – tienen el deber de revisar en sede de restablecimiento, tanto los criterios determinados por el artículo 52 CIA, así como también deberán integrar los estándares constitucionales expresados por la judicatura constitucional en la sentencia T-572 – 2009, que corresponden a:

- i. La existencia de una lógica de gradación entre cada una de ellas;*
- ii. La proporcionalidad entre el riesgo o vulneración del derecho y la medida de protección adoptada;*
- iii. La solidez del material probatorio;*
- iv. La duración de la medida;*
- v. y las consecuencias negativas que pueden comportar algunas de ellas en términos de estabilidad emocional y psicológica del niño, niña o adolescente.*²³⁴,

²³² **CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA DE COLOMBIA. Artículo 52 PARÁGRAFO 2o.** La verificación de derechos deberá realizarse de manera inmediata, excepto cuando el niño, la niña o adolescente no se encuentre ante la autoridad administrativa competente, evento en el cual, la verificación de derechos se realizará en el menor tiempo posible, el cual no podrá exceder de diez (10) días siguientes al conocimiento de la presunta vulneración o amenaza por parte de la Autoridad Administrativa.

²³³ *Op. Cit.* **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.** Sentencia T-851A de 2012. Consideración N° 3.

²³⁴ *Op. Cit.* **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.** Sentencia T-572 de 2009. Consideración N° 5.

Luego de obtener los resultados del procedimiento de verificación, el Defensor, Comisario o Policía que intervino en la causa dará apertura al Procedimiento Administrativo de Restablecimiento de Derechos. Conforme al artículo 100 inciso tercero CIA, este procedimiento se iniciará por medio del auto de apertura de investigación, el cual ordenará: (1) Identificación y citación de las personas con quien viva o conviva el NNA; (2) Las medidas de restablecimiento de derechos provisionales de carácter urgente (3) Entrevista con el NNA; (4) Práctica de pruebas para esclarecer los hechos que motivan la intervención del SNBF.

La apertura del Procedimiento Administrativo de Restablecimiento de Derechos deberá ser notificada a los adultos responsables del NNA y/o aquellos con quien conviva, dándosele traslado por un término de 5 días para que comparezcan y aporten las pruebas que estimen necesarias, según señala el artículo 100 inciso 1° CIA.

Finalizado el traslado, el organismo administrativo del SNBF fijará la fecha de audiencia de pruebas y fallo, practicándose aquellas pruebas que no hayan sido adelantadas²³⁵ durante el proceso y se fallará respecto del procedimiento en curso. El fallo emitido en sede de restablecimiento de derechos, de acuerdo del artículo 100 inciso sexto del CIA, será susceptible de reposición verbal durante el procedimiento por quienes asisten al procedimiento, o bien, en un plazo de 3 días²³⁶ desde la notificación de la resolución a reponer, la cual será resuelto en un plazo de 10 días a la formulación.

Aun cuando se haya resuelto la reposición, o bien, ésta no se ejerció, cabe igualmente la posibilidad de oposición por parte del Ministerio Público colombiano por un plazo de hasta 15 días desde la ejecutoriedad del fallo. Siguiendo al inciso octavo del artículo 100 CIA, esta oposición será elevada ante el juez de familia competente, quien deberá resolver la solicitud del Ministerio Público en un plazo máximo de 20 días desde que se radica la causa.

Finalmente, el artículo 100 inciso noveno CIA establece que en los procedimientos de vulneración de derechos o de adoptabilidad, se debe determinar la situación jurídica del NNA en un plazo máximo de 6 meses a partir del conocimiento de las situaciones que generaron la intervención del SNBF.

²³⁵ **CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA DE COLOMBIA. Artículo 100 inciso 2°.** Vencido el traslado, la autoridad administrativa decretará de oficio o a solicitud de parte, las pruebas que no hayan sido ordenadas en el auto de apertura, que sean conducentes, útiles y pertinentes, las cuales se practicarán en audiencia de pruebas y fallo o fuera de ella, de acuerdo con su naturaleza y con sujeción a las reglas del procedimiento civil vigente.

²³⁶ De acuerdo al artículo 100 inciso 7° del Código de la Infancia y Adolescencia colombiano “el recurso (de reposición) se interpondrá en los términos del Código General del Proceso y se resolverá dentro de los diez (10) días siguientes a su formulación. El propio Código General del Proceso determina en su artículo 318 que “*El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto.*” (Subrayado añadido).

3.3.2. Medidas de restablecimiento de derechos en particular

El artículo 53 CIA franquea un catálogo *numerus apertus* de medidas de restablecimiento de derechos, ya que la norma enfatiza que se podrán aplicar aquellas medidas “*consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los NNA*”, por ende, lo importante para la determinación de una medida de restablecimiento de derechos será velar por la protección de derechos, cualquiera sea la forma para lograr dicho resguardo.

En tal sentido, se consideran distintas alternativas de medidas de restablecimiento por parte del artículo 53 CIA, pudiendo concretamente ser determinadas, sea de manera independiente o conjunta, las siguientes acciones:

1. *Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico.*
2. *Retiro inmediato del NNA de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho.*
3. *Ubicación inmediata en el medio familiar.*
4. *Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso.*
5. *La adopción*
6. *Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.*

Conforme al texto de las medidas de restablecimiento, la investigación dividirá su análisis en consonancia con el derecho a vivir y crecer en una familia, siendo un primer grupo aquéllas de carácter intrafamiliar y que no implican separación del NNA: (1) Amonestación; (2) Retiro inmediato del NNA de la actividad de peligro; y (7) Promover las acciones policivas, administrativas a que haya lugar. Luego, aquéllas de carácter extrafamiliar y que implican separar al NNA de su grupo familiar: (3) Ubicación inmediata en el medio familiar; (4) Ubicación en centros de emergencia. Finalmente, debe decirse que la adopción es la última medida a determinar, que en definitiva implica la generación de una nueva relación jurídica en torno al derecho a la vida en familia, siendo una nueva familia la llamada a satisfacer la protección integral del NNA.

3.3.2.1. Medidas de carácter intrafamiliar

La amonestación como el retiro del NNA de la situación que le genere vulneraciones de derechos pueden ser independientemente entendidas como medidas de carácter intrafamiliar, toda vez que la intervención por parte del SNBF no conlleva la separación del NNA de su núcleo

familiar. Ahora bien, aquello no obsta a que los organismos administrativos determinen conjunta y complementariamente otro tipo de medidas extrafamiliares que en definitiva permitan tratar de manera global la vulneración o amenaza vivenciada por el NNA.

La primera medida que se considerará como intrafamiliar es la amonestación. Según el artículo 54 CIA, ésta es un verdadero llamado de atención por parte del SNBF a aquellos adultos responsables que no están cumpliendo debidamente sus obligaciones para con los NNA que tienen a su cargo. De tal forma, la autoridad administrativa emite “*la orden perentoria de que cesen las conductas que puedan vulnerar o amenazar los derechos de los NNA*”.

Siguiendo al artículo 54 CIA, el mandato del SNBF será a la “*obligación de asistir a un curso pedagógico sobre derechos de la niñez, a cargo de la Defensoría del Pueblo*”²³⁷, buscando trabajar con los adultos responsables desde la interiorización del problema que los lleva a tal instancia.

La conminación realizada por el SNBF a los adultos responsables es, a su vez, una manifestación de la potestad administrativa sancionadora, debido que su incumplimiento podría traer consigo multas incluso convertibles en arresto²³⁸. Esta expresión del derecho administrativo sancionador refleja que la amonestación busca el resguardo de valores jurídicos – como lo es la protección integral de derechos de NNA – que son parte del ordenamiento jurídico colombiano y que se materializan mediante una medida disciplinaria que compele a su efectivización²³⁹.

La segunda medida de carácter extrafamiliar es el “*Retiro inmediato del NNA de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar*”. Si bien el ordenamiento jurídico reconoce libertades fundamentales para el libre desarrollo de NNA como la autonomía progresiva²⁴⁰, el aparato estatal no puede ignorar aquellas situaciones manifiestas de vulneración de derechos tales como la explotación o prostitución

²³⁷ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 282.** El Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos.

²³⁸ **CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA DE COLOMBIA. ARTÍCULO 55.** Incumplimiento de la medida. “El incumplimiento de las obligaciones impuestas en la diligencia de amonestación, acarreará a los infractores la sanción de multa equivalente al valor de (1) uno a cien (100) salarios mínimos diarios legales vigentes, convertibles en arresto en razón de un (1) día por cada salario mínimo legal vigente de multa. Esta sanción será impuesta por el Defensor de Familia”.

²³⁹ **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.** Sentencia C-616 de 2002. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). 6 de agosto de 2002). Consideración N° 3.3.3.

²⁴⁰ **CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA DE COLOMBIA. Artículo 37.** Libertades Fundamentales. Los niños, las niñas y los adolescentes gozan de las libertades consagradas en la Constitución Política y en los tratados internacionales de Derechos Humanos. Forman parte de estas libertades el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía personal; la libertad de conciencia y de creencias; la libertad de cultos; la libertad de pensamiento; la libertad de locomoción; y la libertad para escoger profesión u oficio. (Subrayado añadido)

infantil, el consumo de estupefacientes u otras detalladas en el artículo 20 CIA, que puedan ser producto del ejercicio de dichas libertades²⁴¹.

Conforme al numeral 2° del artículo 54 CIA, la respuesta estatal para frenar aquellas situaciones será la “*ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado*”. Para ello, el SNBF deberá sopesar la gravedad de la situación con el propio interés superior de NNA, pudiendo ser trabajado junto con sus familias, sin la necesidad de generar la separación de su núcleo.

3.3.2.2. Ubicación inmediata en el medio familiar

Una de las vías establecidas por el ordenamiento jurídico colombiano para restablecer los derechos de NNA es la “*ubicación inmediata en el medio familiar*”, pudiendo adoptar la forma de ubicación en el medio familiar propiamente tal, la ubicación en un hogar de paso, o bien, en un hogar sustituto.

La ubicación en el medio familiar se encuentra regulada en el artículo 56 CIA y se define como “*la ubicación del NNA con sus padres, o parientes cuando estos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos y atendiendo su interés superior*”, es decir, entendiendo el rol de las familias como garantes de derechos, se busca que sea en su espacio la primera esfera para desarrollar la intervención del SNBF.

Para tal finalidad, la institucionalidad administrativa deberá realizar la búsqueda tanto de la familia de origen como aquella de carácter extensa, otorgándose por parte del artículo 56 inciso segundo CIA un plazo de 6 meses para realizar dicha tarea. En tal caso, la determinación de la familia deberá ser analizada en función del interés superior del NNA y su carácter intrafamiliar garantizaría como consecuencia su derecho a vivir y crecer en su familia. La reacción estatal siempre será de fortalecer el núcleo que acoja al NNA; por tal razón, se mandata por el inciso tercero del artículo en comento la proporción de recursos económicos a la familia por parte del SNBF.

Si la búsqueda de la familia o adultos responsables por el cuidado del NNA no surte frutos, el artículo 57 CIA despliega como medida alternativa de cuidado la ubicación en un hogar de paso, siendo ésta “*la ubicación inmediata y provisional del NNA con familias que forman parte de la red de hogares de paso*”, caracterizada por su transitoriedad y su duración limitada

²⁴¹ **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**. Sentencia T-899 de 2010. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). 12 de noviembre de 2010. Consideración N°3.

por un máximo de 8 días, que una vez cumplidos obligan a la autoridad del SNBF a adoptar otra medida.

El artículo 58 CIA denomina a los hogares de paso como aquellas familias que “*están dispuestas a acoger (a NNA), de manera voluntaria y subsidiada por el Estado, en forma inmediata, para brindarles el cuidado y atención necesarios*”, organizándose por parte del ICBF tanto el programa de protección como requisitos y criterios de selección²⁴² de todas aquellas familias que deseen participar de la red.

La modalidad de cuidado bajo un hogar de paso ha sido detallada en sus aspectos técnicos por parte de la Resolución 6021 de 2010 emitida por el ICBF. Al respecto, se ha determinado que la Red de Hogares de pasos se articulará a través de dos submodalidades, teniendo en común que la reparación de derechos se desarrollará en un ambiente familiar y afectivo. En particular, éstas submodalidades son (1) la *Modalidad Familiar*: una familia que puede acoger hasta un máximo de 4 NNA; y la (2) *Modalidad Casa-Hogar*: es un servicio que busca un ambiente similar al familiar, siendo los NNA acompañados por adultos que se vincularán con ellos para velar por su protección integral.

Finalmente, la ubicación en el medio familiar puede realizarse en *última ratio* en una familia ajena al NNA. En estos casos, el artículo 59 CIA establece la alternativa de la “Ubicación en Hogar Sustituto” que precisamente busca a “*una familia que se compromete a brindarle el cuidado y atención en sustitución de la familia de origen*”, de manera excepcional y por un plazo máximo de 6 meses.

En este caso, la ponderación del interés superior que el SNBF realiza debe velar por aquella solución más beneficiosa para el NNA y si en la especie, se arriba a la conclusión de que la legítima afectación del derecho a vivir en familia es la mejor solución, se buscará otro núcleo

²⁴² Conforme a la **Resolución 6021 de 2010** del ICBF relativa a los “Lineamientos Técnicos para la modalidad de Hogar de paso para NNA con sus derechos amenazadas, inobservados o vulnerados”, todas aquellas familias que voluntariamente y sin ánimo de lucro deseen ser parte de la Red deberán cumplir los siguientes criterios:

- a) Rango de edad de los cuidadores del Hogar de Paso al momento de la selección: De 25 a 65 años. La edad máxima para ser cuidador de un Hogar de Paso es de 65 años, por tanto, el cuidador podrá cumplir esta función hasta antes de los 66 años. Nótese la diferencia de edades para participar en la selección y para ser cuidador, por cuanto el cuidador no podrá tener 66 años.
- b) Escolaridad: Se requiere educación básica secundaria (novenno grado) pero excepcionalmente se puede admitir educación básica primaria debidamente certificada en municipios menores de cien mil habitantes o en comunidades o territorios indígenas.
- c) Salud: Buenas condiciones de salud física y mental certificada, tanto del responsable directo del servicio como de su cónyuge o compañero [7], y de todos los miembros de la familia. La certificación debe expedirla un médico debidamente registrado
- d) Disponibilidad de tiempo: La persona responsable del Hogar debe contar con disponibilidad de tiempo completo a fin de brindar cuidado y atención a los niños, niñas y adolescentes.
- e) Experiencia: Tener experiencia en crianza o trabajo con niños, niñas o adolescentes. Sin embargo, la falta de experiencia no es criterio excluyente, pero dará prelación a quienes la tengan.

familiar que cumpla el rol de garante de protección de todos los derechos del NNA. Para tal finalidad, el artículo 59 CIA establece que el Estado – a través del ICBF – tendrá dos funciones importantes respecto de esta medida, correspondientes al apoyo económico a la familia sustituta en los gastos del NNA y la subrogación de la legitimación activa para solicitar los alimentos de los NNA sujetos a esta modalidad.

3.3.2.3. Ubicación en centros de emergencia

La última medida de restablecimiento de derechos que el ordenamiento jurídico colombiano sin generarse la rotura de los vínculos con la familia de origen es la “*Ubicación en centros de emergencia*”. Según el artículo 53 numeral 4° CIA, la aplicación de esta medida se activará en toda aquella ocasión en que “*no procede la ubicación en los hogares de paso*”, por tanto, consecuentemente procederá cuando ninguna de las otras modalidades de carácter familiar sea posible de aplicar.

La regulación de la medida de ubicación en centros de emergencia se encuentra desarrollada por la Resolución 5927 de 2010 del ICBF, que establece los lineamientos técnicos de la modalidad en análisis. El párrafo 1.2.1. de la Resolución entiende esta medida como un servicio de carácter inmediato y urgente “*cuando han sido remitidos por la autoridad competente una vez adelantada las acciones de verificación inmediata de la garantía de derechos y no proceda su ubicación en Hogar de Paso*”, siendo aplicable esta medida excepcional hasta por un plazo de 8 días máximo.

El párrafo 2 de la Resolución 5927 de 2010 establece que el objetivo a conseguir por medio de esta medida es garantizar “*un espacio institucional de protección inmediata para NNA, más conveniente de acuerdo con su situación, en el que se desarrollen los procesos tendientes a la identificación*”. Para los efectos de brindar un ambiente cálido y que permita el trabajo de estabilización emocional y generación de confianza en los NNA, cada servicio se ve en la necesidad de articular su prestación, atendiendo parámetros establecidos por la propia Resolución, consistentes en la atención según el ciclo de vida, el género, la situación de los hermanos y la diferenciación según el tipo de vulneración y su gravedad.

A modo de cierre, se debe destacar que si bien la institucionalización implica *per se* una legítima afectación al derecho a vivir y crecer en la familia por el beneficio que reporta al interés superior del NNA, esto no significa necesariamente la rotura de los vínculos familiares. En esa línea, a partir del párrafo 1.2.3. de la Resolución 5927 de 2010 se puede argüir que la participación familiar y el derecho del NNA a ser oído suman fuerzas durante el proceso de intervención, pues como razona la norma señalada “*Las voces de los NNA y familias son*

portadoras de saberes propios y que en conjunto con el saber profesional de los equipos interdisciplinarios de las instituciones contribuye y garantiza mayores condiciones de bienestar”, por lo cual, esta medida debe ser respetuosa con el carácter bidireccional del derecho a una vida familiar.

CAPÍTULO III

ESTADO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR EN ARGENTINA

El ordenamiento jurídico argentino es un complejo entramado normativo que toma forma a través de su estructura institucional y organizativa de carácter federal²⁴³. Por ello, en el análisis del derecho a la vida en familia y a no ser separado de ella de NNA en Argentina, la presente investigación indagará en la regulación tanto del derecho nacional como provincial, cuáles son los órganos que forman parte de dicha regulación y cuáles son las medidas de protección ante vulneración de los derechos.

En la evaluación de la realidad del derecho en comento, se ahondará sobre cuál es el panorama normativo en el orden nacional, principalmente a través del análisis de la Constitución Nacional de Argentina, como también de la Ley 26.061 sobre Protección Integral de los Derechos de NNA.

Posteriormente, producto de la estructuración político-social de Argentina, la presente investigación necesita adentrarse en los sistemas de protección integral de derechos provinciales y en particular del derecho a la vida en familia. Las jurisdicciones escogidas son la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante: CABA) y la Provincia de Buenos Aires (en adelante: PBA), debido a que sus sistemas son autónomos a la sanción²⁴⁴ de la Ley Nacional N° 26.061 y no necesariamente tienen por fundamento la propia ley nacional, sino que son legislaciones propias de cada provincia²⁴⁵.

Otro aspecto que fue considerado para decidir las jurisdicciones a analizar fue la relación entre el tiempo de sanción provincial y la instauración de la Ley Nacional. Tanto la Ley 114 de CABA como la Ley 13.298 de PBA son normas previas a la sanción de Ley N° 26.061, siendo un viraje desde el patronato hacia la protección integral que permite comprender la evolución del sistema argentino y las diferentes adaptaciones realizadas para alcanzar este giro.

²⁴³ **CONSTITUCIÓN NACIONAL DE ARGENTINA. Artículo 1°.** “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”.

²⁴⁴ **CONSTITUCIÓN NACIONAL DE ARGENTINA. Artículo 84.** Artículo 84.- En la sanción de las leyes se usará de esta fórmula: el Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso, ..., decretan, o sancionan con fuerza de ley

²⁴⁵ “(Nota al pie): *Recordemos que la ley 26.061 es la ley nacional, algunas provincias adhirieron a ella como Corrientes, San Juan, mientras que otras dictaron sus propias leyes de protección (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, etc.)*”. VIDETTA, Carolina. “El rol del Sistema de Protección Integral de Derechos de niños, niñas y adolescentes a luz del Código Civil y Comercial de la Nación: Un modelo para (re)armar”. Diario Derecho para Innovar. Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos. N° 23. Buenos Aires, Argentina. 2016. P.1.

PARTE I

EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR EN EL DERECHO NACIONAL ARGENTINO

1. La familia en el ordenamiento jurídico argentino

A nivel constitucional, la protección de la familia se encuentra escuetamente consagrada en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional de Argentina, norma que señala en materia laboral y de seguridad social que “*En especial, la ley establecerá: (...) la protección integral de la familia*”. A partir de este texto, algunos autores como Kemelmajer de Carlucci aseveran que la noción de familia sería amplia, dado que no se encuentra en ningún caso limitada y que sería plenamente concordante con la compleja naturaleza de la institución, de carácter mutable según el avance de las sociedades²⁴⁶.

Para ahondar en el concepto de familia, resulta interesante analizar el Código Civil y Comercial de la Argentina de 2014²⁴⁷ (en adelante: CCyC), pues evidencia un cambio gravitacional en el tratamiento de la institución familiar, consolidando y actualizando el camino escogido en cuanto a la protección integral de la misma.

Como punto inicial, se debe considerar que la jurisprudencia ha afirmado que formar una familia es un derecho constitucional inherente a la condición humana²⁴⁸ y como tal, el Estado no puede ser indiferente. Una de las demostraciones de la reacción estatal fue el antiguo Código Civil Argentino de 1869, norma afín a los tiempos de su creación que mantenía una visión heteronormada y formalista de las relaciones familiares, lo que implicaba un reconocimiento solo de las relaciones surgidas desde el matrimonio heterosexual y que adoptó una línea abstencionista inspirada en el Código Napoleónico, que en esencia no reconocía derechos a otro tipo de relaciones familiares²⁴⁹.

Con el paso del tiempo, el ordenamiento jurídico nacional argentino comenzó un proceso de adaptación de sus instituciones familiares, solidificándose su panorámica con la aprobación del CCyC. Este cuerpo normativo refleja un cambio de dirección desde la línea abstencionista y

²⁴⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “*Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014*”. Revista Jurídica La Ley. 2014. [en línea]. Pensamiento Civil. <<https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina403.pdf>> [consulta: septiembre 2020].

²⁴⁷ Ley 26.994 que Aprueba el Código Civil y Comercial de Argentina. Publicación en Boletín Oficial de la República Argentina. Núm. 32.985. 08 de octubre de 2014.

²⁴⁸ CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, MINAS DE PAZ Y TRIBUTARIA DE MENDOZA. Causa N° 51.682/251.337 (Voto Juez Claudio Fabricio Leiva). 3 de mayo de 2016. Consideración IV.

²⁴⁹ DE LA TORRE, Natalia. “*Título III. Uniones Convivenciales*” *en* CAMELO, Gustavo; HERRERA, Marisa; PICASSO, Sebastián. “*Código Civil y Comercial comentado*”. Segunda Edición. Editorial Infojus. Buenos Aires, Argentina. 2015. P. 191.

heteronormada del Código de Vélez Sarsfield hacia un camino de democratización de la institución familiar²⁵⁰.

La democratización de la familia que el CCyC implanta se genera mediante la introducción de instituciones como las uniones convivenciales²⁵¹ y la figura de los progenitores afín²⁵², las cuales se amparan en el principio de realidad y que implican el abandono de la línea abstencionista napoleónica, debido fundamentalmente a que se estructuran en función del afecto y el dinamismo propio de las relaciones familiares. El CCyC también democratiza la familia a través del reconocimiento de las familias homosexuales como reflejo del principio de igualdad; de tal modo, la formación de una familia por medio del matrimonio o las uniones convivenciales podrá ser realizada con independencia del sexo de los contrayentes; en cuanto a los derechos filiales, la legislación conforme a la técnica y la ciencia, avanza en reconocer la voluntad procreacional²⁵³ en materia de técnicas humanas de reproducción asistida, permitiendo de tal forma establecer una filiación matrimonial homosexual²⁵⁴.

Junto con el CCyC, el marco normativo de la familia en Argentina cuenta también con la Ley 26.061 que sanciona en específico la Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (en adelante: LPIDAr) y que realza la importancia en el país de la institución familiar y el cómo se debe comprender ésta en materia de políticas públicas.

El artículo 7° de la LPIDAr, referido a la responsabilidad familiar, dispone que “*La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a los NNA el disfrute pleno y efectivo ejercicio de sus derechos y garantías*”, por ende, esta institución adquiere un rol protagónico de garante principal de los derechos de NNA.

Esta posición protagónica de la familia ha implicado que el legislador haya debido discernir respecto de cuál es el núcleo que adquiere la responsabilidad familiar. Mediante el artículo 7° del Decreto 415/2006 que reglamenta la LPIDAr, se adopta un concepto amplio de la

²⁵⁰ *Op. Cit.* KEMELMAJER DE CARLUCCI. “*Las nuevas realidades familiares (...)*” [consulta: septiembre 2020].

²⁵¹ **CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE ARGENTINA. Artículo 509.** Ámbito de aplicación (de las uniones convivenciales). Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.

²⁵² **CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE ARGENTINA. Artículo 672.** Progenitor afín. Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente.

²⁵³ **CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE ARGENTINA Artículo 562.** Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre (...), debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

²⁵⁴ **CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE ARGENTINA. Artículo 558.** Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. (Subrayado añadido)

familia a cargo de esta responsabilidad, ya que en su tratamiento señala que “*Se entenderá por ‘familia o núcleo familiar’, ‘grupo familiar de origen’²⁵⁵, ‘medio familiar comunitario’ y ‘familia ampliada’*”, direccionando tales nociones hacia un camino común que en definitiva dependerá de cada realidad fáctica.

El mencionado artículo 7° del Decreto 415/2006 también permite reforzar enfáticamente la hipótesis de que la familia responsable es de carácter amplio, pues señala que el núcleo podría estar compuesto “*además de los progenitores, (de) las personas vinculadas a los NNA*”, pudiendo ser estos asociados “*a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad o con otros miembros de la familia ampliada*”, agregando asimismo que “*podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para el NNA, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección*”. Por consiguiente, desde la óptica de la LPIDAr y su respectivo decreto, el legislador nacional argentino entiende que cada núcleo familiar se configura de distintas formas, y por tanto, la responsabilidad familiar recaerá fácticamente en quien se encuentra en la posición de garante de los NNA integrantes de dicha familia.

En suma, a partir de las normas previamente mencionadas, la investigación afirma que la familia jurídicamente protegida en materia de infancia-adolescencia por el legislador nacional trasandino será aquella que está a cargo de la responsabilidad familiar del NNA. Dicha familia no se encuentra vinculada solo por cuestiones biológicas, sino que atiende a quien se encuentra en la posición de garante del NNA velando por su desarrollo, protección y asistencia. En su configuración, no importará si los nexos entre sus integrantes son de carácter formal o informal, familias monoparentales, homoparentales o heteroparentales, sino que el factor de unión será el afecto y la unidad en torno a un proyecto de vida en común que en definitiva garantice el pleno desarrollo de sus integrantes y en especial de los NNA.

2. Derecho a la vida familiar en el derecho nacional argentino

En la búsqueda del derecho a la vida familiar dentro del ordenamiento jurídico nacional argentino, deviene relevante mencionar la importancia del artículo 75 numeral 22 de la

²⁵⁵ “*Medio familiar de origen o familia de origen o grupo familiar de origen: se entiende por tal a la familia en su sentido amplio, pero como término opuesto al medio o ámbito institucional y, en particular, a los dispositivos institucionales en general (modalidad de cuidado en residencias y en familias)*”. MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL DE ARGENTINA. “*Protocolo de procedimientos para la aplicación de medidas de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes*”. Resolución 2018-598 APN-SENAF. Primera Edición. Buenos Aires, Argentina. 2018. P. 8.

Constitución Nacional de Argentina²⁵⁶, pues dicha norma en materia de las atribuciones del Congreso Nacional de la Argentina, dota de rango constitucional sendos instrumentos de derechos humanos tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o la Convención sobre los Derechos de los Niños, las cuales son parte integrante del *corpus iuris de la vida familiar* del SIDH y que en definitiva fijan un amplio y robusto conjunto normativo del derecho a la vida en familia de NNA.

Dentro del ordenamiento jurídico nacional transandino, el derecho a la vida en familia de NNA puede ser desprendido a partir de los artículos 10° y 11 LPIDAr desde dos perspectivas. Primeramente, el artículo 10° LPIDAr lo contempla como parte del derecho a la vida privada e intimidad familiar, entrelazando ambas garantías desde la perspectiva de la no intromisión arbitraria o ilegal, pues todos “*los NNA tienen derecho a la vida e intimidad de y en la vida familiar*”.

Sin embargo, es factible aseverar que la norma fundamental del derecho a la vida en familia se encuentra radicada en el artículo 11 LPIDAr relativo al derecho a la identidad. La norma en comento garantiza que “*Los NNA tienen derecho (...) a la preservación de sus relaciones familiares*”, es decir, que tienen derecho a la protección y resguardo de sus relaciones familiares, debiéndose recordar que dicha familia es concebida ampliamente, por lo cual el derecho es extensivo al núcleo que en la realidad cumple la satisfacción de la responsabilidad familiar del artículo 7°.

Junto con lo anterior, el artículo 11 LPIDAr consagra como derecho primitivo de NNA “*el derecho (...) a crecer y desarrollarse en su familia de origen*”, asociando como primeros garantes de dicho derecho a la familia biológica²⁵⁷ y detallando que esta garantía se vincula al “*conocer a*

²⁵⁶ **CONSTITUCIÓN NACIONAL DE ARGENTINA. Artículo 75 numeral 22, inciso 2°:** La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. (Subrayado agregado)

²⁵⁷ **LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NNA DE ARGENTINA. Artículo 11 inciso 2°.** “Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de los NNA facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando estos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de los NNA que consagra la ley”.

sus padres biológicos, (...) a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo”.

La garantía señalada es comprensiva con la bidireccionalidad que posee el derecho a la vida familiar, fijando este derecho aun en situaciones en que existe una disgregación del núcleo familiar, detallando que los NNA tienen derecho a la mantención de los vínculos familiares *“aun cuando estos estuvieren (los padres o adultos responsables) separados o divorciados”*, e incluso, se hace cargo de la hipótesis de encontrarse uno de ellos bajo investigación y/o sentencia penal agregando que los NNA tienen este derecho incluso cuando *“pesara sobre cualquiera de ellos, denuncia penal o sentencia”*. Dicha bidireccionalidad tiene como límite la hipótesis *“que dicho vínculo amenazare o violare alguno de los derechos de los NNA que consagra la ley”*, por lo cual, será un análisis casuístico de los operadores el que determinará mediante la ponderación fáctica la viabilidad del ejercicio de dicho derecho en dichas situaciones.

Respecto de los deberes estatales y su relación con el derecho a preservar las relaciones familiares, el legislador atiende a la bidireccionalidad dentro del propio artículo 11 LPIDAr en los casos de institucionalización de los padres, mandatando a los Organismos del Estado el deber de *“garantizar a los NNA el vínculo y el contacto directo y permanente con aquellos”*, siendo el límite para dicho ejercicio el propio interés superior de los NNA. Asimismo, los deberes estatales no solo radican en situaciones concretas, sino que también se vincula al derecho a la vida en familia a través de la protección que se le debe dar a las familias mediante la planificación, diseño y ejecución de las políticas públicas de infancia-adolescencia; la regulación de este tópico se desprende a través del artículo 4° letra a) LPIDAr que consagra como pauta en la materia el *“a) Fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de las NNA”*.

Finalmente, el artículo 11 inciso final LPIDAr permite observar la fuerza que posee el derecho a crecer y desarrollarse en una familia. Esta norma es una cláusula de cierre de la hipótesis de separación de NNA de su núcleo, pues señala que *“solo en los casos en que (...) sea imposible y en forma excepcional, tendrán derecho a vivir, ser criados y a desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia en conformidad a la ley”*. La norma en comento plantea como eje central de la separación el que el NNA permanezca siempre bajo la protección de una familia para su desarrollo, ubicándose excepcionalmente en una forma de cuidado que se asemeje a una estructura que lo ampare en sus derechos y que permita su desarrollo pleno en su proceso evolutivo inicial.

3. Vulneración del derecho a la vida familiar

Dentro del ordenamiento jurídico nacional de la Argentina se forjó un sistema de protección integral de la infancia-adolescencia por medio de la sanción de la Ley 26.061, la cual representa el cambio de paradigma desde el patronato hacia la protección integral propiamente tal. No obstante, se debe tener presente que en dichas materias el sistema argentino no se encuentra exento de críticas debido a que el cambio de paradigma no ha sido adoptado de manera transversal dada la independencia jurisdiccional y legislativa que otorga su federalización. Contextualmente, la afirmación es sustentada observando el panorama de la realidad nacional, de la cual es posible extraer que la presencia del régimen del patronato²⁵⁸ sigue siendo parte de la práctica dicho sistema, pues hay estados como La Pampa²⁵⁹ en que la adhesión a la sanción fue parcial, e incluso, provincias carentes de normativa y adhesión a la fecha como el caso de Formosa²⁶⁰.

Ahora bien, no se puede negar que la ley nacional de Protección Integral de NNA produce un cambio sustantivo importante pues los considera sujetos de derechos, perspectiva que prima en las directrices legislativas en la materia. Bajo este paradigma, se visualiza que el sistema de protección integral argentino posee un robusto aparato administrativo a cargo de la prevención como el combate de las vulneraciones y/o amenaza de derechos de NNA; a lo cual es posible agregar que el espíritu de la legislación enfatiza en la importancia de la familia y el derecho a crecer y desarrollarse en ella, siendo protagónica dicha institución en lo preventivo como en lo terapéutico, pues como se detallará, la estructura del sistema de protección integral procura la mantención del NNA dentro de un núcleo familiar que sea responsable por la satisfacción plena de sus derechos.

El fenómeno de la vulneración de derechos – y en especial, del derecho a la vida en familia – requiere evaluar su hipótesis general desde lo institucional, lo jurídico y lo práctico. En función de lo anterior, se señalará la hipótesis y su relación con el principio del interés superior del NNA, aunado a la esquematización institucional administrativa que se define a partir de la LPIDAr; por último, el análisis se determinará en las vías de reparación de derechos que se configura a través de las medidas de protección.

3.1. Hipótesis de vulneración del derecho a la vida familiar

Se ha afirmado que el derecho a la vida en familia en el ordenamiento jurídico nacional argentino se encuentra en las normas constitucionalmente reconocidas del *corpus iuris de la vida*

²⁵⁸ UNICEF ARGENTINA. "Estado de la situación de la niñez y la adolescencia en Argentina". UNICEF Argentina. Primera Edición. Buenos Aires, Argentina. 2016. P. 106.

²⁵⁹ *Op. Cit.* UNICEF ARGENTINA. "Estado de la situación de la niñez (...) ". P. 109.

²⁶⁰ *Ibidem.* P.109.

familiar y en específico, en el artículo 11 de la LPIDAr que establece el derecho a la preservación de las relaciones familiares y también al crecer y desarrollarse en su familia de origen. A ello se añade que el legislador nacional argentino no olvida detallar las situaciones en que dicho derecho no podrá ser efectivamente ejercido y en el cual operaría la separación del NNA de su grupo familiar a través de dos hipótesis: una de carácter general y otra de carácter específico.

La hipótesis genérica de vulneración de derechos – dentro de los cuales se encuentra el derecho a la vida en familia – es sancionada por el artículo 11 inciso final LPIDAr, la cual establece que “*tendrán derecho (los NNA) a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad a la ley*” en las situaciones en que su mantención no sea óptima, es decir, “*sólo en aquellos casos en que ello sea imposible y en forma excepcional*” según detalla la propia norma. Es posible conectar dicha hipótesis con realidades que son *a priori* vulneraciones de derecho y que permiten establecer la necesidad de aplicar la separación como curso de acción, como lo es el artículo 39 del decreto de la LPIDAr, el cual señala que “*Se entenderá que el interés superior del niño exige su separación o no permanencia en el medio familiar cuando medien circunstancias graves que amenacen o causen perjuicio a la salud física o mental del NNA y/o cuando el mismo fuere víctima de abuso o maltrato por parte de sus padres o convivientes y no resultare posible o procedente la exclusión del hogar de aquella persona que cause daño*”.

Dicha hipótesis se caracteriza por ser genérica y aplicable a todo caso que se circunscriba a ella, a lo que se agrega su excepcionalidad, pues es la *última ratio* dentro del sistema de medidas de protección. Además, podría decirse que del tenor literal se seguiría una lógica biológica y de familia nuclear, sin embargo, es posible desvirtuar esa mirada pues si bien el artículo 11 LPIDAr habla de familia de origen, no se puede olvidar que familia es aquel grupo protector que se encuentra vinculado a la historia personal del NNA, o bien, la familia de origen es aquella en la que no se registran dispositivos institucionales²⁶¹ activos en intervención. Finalmente, es posible ver que el efecto esperado a través de la separación es la reparación de los derechos que eventualmente hayan sido vulnerados, detallando la norma que el medio para ello sería la integración del NNA a otra familia que garantice la efectivización del ejercicio de sus derechos, por lo cual, esta investigación cree pertinente señalar que el derecho a la vida en familia permanece como eje central en esta clase de dictaminaciones, dado que bajo la responsabilidad

²⁶¹ “Dispositivo institucional: son todos aquellos dispositivos que se encuentran en la órbita institucional (...) que alojan NNA separados de su medio familiar, ya sea en modalidad de cuidado residencial o familiar, de gestión pública o privada.”. Op. Cit. MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL DE ARGENTINA “Protocolo de procedimientos (...)”. P.9.

familiar impuesta por el ordenamiento, es la familia la garante principal de que se satisfagan íntegramente los derechos de NNA.

La segunda hipótesis visible dice relación en específico al derecho a vivir en familia, según se desprende del artículo 11 inciso segundo parte final LPIDAr. Reconociendo la bidireccionalidad de este derecho, la norma se sitúa en aquellos casos en que hay separación producto de la rotura de vínculo entre los padres o adultos responsables y en las situaciones de denuncia o sentencia penal, señalando que operará la pérdida de contacto del NNA de ellos cuando esto les resultare perjudicial. Esta norma es clara en establecer que se perderá el vínculo personal y directo cuando “*dicho vínculo, amenazare o violare algunos de los derechos que consagra la ley*”, en consecuencia, el límite al ejercicio de este derecho bidireccional será evaluado en su mérito y requerirá el análisis concreto del interés superior de aquel NNA.

3.1.1. Función del interés superior del NNA

El interés superior de NNA es un principio del derecho que en el ordenamiento jurídico argentino posee rango constitucional dada la integración que el artículo 76 numeral 22 de la Constitución Nacional de Argentina efectúa de los tratados de derechos humanos. Por consiguiente, el mandato establecido en el artículo 3.1. de la CDN²⁶² es un pilar fundamental para la comprensión del fenómeno de la vulneración de derechos de NNA en el sistema argentino, debido a que la articulación administrativa del Sistema Integral de Protección de Derechos requiere que siempre sea velado este principio a la hora de determinar de los cursos de acción a seguir.

En el rango legal, se debe aseverar que el mandato constitucional es desarrollado a través del artículo 1° LPIDAr, estableciendo que “*los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño*”. Bajo esta consideración, el artículo 3° LPIDAr se encarga de definir este principio como “*la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley*”, dentro de los cuales está el derecho a crecer y desarrollarse en una familia.

Al mismo tiempo, la regulación interna del principio requirió de la configuración de parámetros sustantivos y adjetivos que permitieran darle forma al mismo. Ligados al derecho al derecho a crecer y desarrollarse en una familia, resultan clave mencionar que sustantivamente se debe tener presente “*a) Su condición de sujeto de derechos; d) Su edad, grado de madurez,*

²⁶² **CONVENCIÓN SOBRE DERECHOS DEL NIÑO. Artículo 3.1.** “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

capacidad de discernimiento y demás condiciones personales”, pero sin duda el parámetro que resulta más claro de la sintonía entre el interés superior de NNA y el derecho a crecer y desarrollarse en una familia es “*c) El respeto al desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural”*”.

Desde el punto de vista adjetivo, los parámetros asociados al interés superior de NNA son “*b) El derecho de NNA a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta”*”, debiendo prestarse también atención al “*f) Su centro de vista”*”, el cual ha sido un concepto de carácter procesal que tiene vinculación netamente con la realidad en que se sitúa el NNA. Se define en el artículo 3° letra h) de la LPIDAr como “*el lugar donde NNA hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia”*”, es decir, es “*el lugar donde la persona menor de edad desarrolla sus actividades, donde está establecida con cierto grado de permanencia, despliega vivencias y mantiene relaciones interpersonales”*”²⁶³. El rol protagónico que adquiere este concepto se debe a que procesalmente es el factor de conexión a la hora de la toma de decisiones relativas a NNA, según lo detalla el artículo 716 del CCyC²⁶⁴ y que será basal en la evaluación de la situación concreta, fundamentalmente a que establece una competencia *fórum personae* que es consistente con “*la característica de provisoriedad con las que cuentan las decisiones que se toman en materia de derecho de familia (...) por un lado y la celeridad que debe primar en los procesos de familia, por el otro”*”²⁶⁵.

Este punto no deja de ser polémico dentro de la doctrina argentina, pues se ha dicho que en sede de protección, muchas veces “*no se tiene en cuenta esta situación y los niños no sólo son separados de sus familias sino también desarraigados de su centro de vida”*”²⁶⁶. Es decir, en la especie se desatiende el interés superior del NNA al no considerar como elemento de la intervención cuál es el lugar donde efectivamente se desarrolla y tiene su historia, afectando de tal manera el curso de acción futuro a seguir para reparar los derechos vulnerados.

Por último, el reglamento de la LPIDAr profundiza la ponderación entre el derecho a crecer y desarrollarse en una familia versus el interés superior de NNA. Dado que la separación es

²⁶³ GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela. "Título VIII. Procesos de Familia" en CARAMELO, Gustavo; HERRERA, Marisa; PICASSO, Sebastián. "Código Civil y Comercial comentado". Segunda Edición. Editorial Infojus. Buenos Aires, Argentina. 2015. P. 571.

²⁶⁴ **CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE ARGENTINA. Artículo 716.** Procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes. En los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida (Subrayado agregado).

²⁶⁵ MÉNDEZ, Romina. "El centro de vida del niño, niña o adolescente como elemento determinante de la competencia". Revista de Derecho de Familia y de las Personas. [en línea] Sistema Argentino de Información Jurídica (link acortado) <<https://acortar.link/4spkj>> [consulta: julio 2020].

²⁶⁶ *Op. Cit.* VIDETTA, Carolina. "El rol del Sistema de Protección Integral de Derechos (...)". P.4.

la *última ratio* en la reparación de derechos, el artículo 39 del Decreto 415/2006 es claro en afirmar que “*se entenderá que el interés superior del niño exige su separación o no permanencia en el medio familiar*” en situaciones de alta gravedad y que a simple vista constituyen vulneraciones de derechos, por ejemplo “*cuando medien circunstancias graves que amenacen o causen perjuicio a la salud física o mental del NNA y/o abuso o maltrato por parte de sus padres o convivientes*”, exponiendo asimismo que dicha separación sólo será aplicable cuando “*no resultare posible o procedente la exclusión del hogar de aquella persona que cause daño*”. En consecuencia, el interés superior de NNA prioriza incluso que se ceda el derecho a crecer y desarrollarse en una familia cuando dicho núcleo sea claramente nocivo para su desarrollo; sin embargo, resulta llamativo que en este caso se privilegie el derecho de permanencia del agente causante del daño en el núcleo y no la garantía de prioridad que poseen los derechos de todo NNA, es decir, que siempre cederán intereses legítimos de adultos frente a los de NNA.

3.2. Marco institucional ante la vulneración de derechos

3.2.1. Sistema de Protección Integral de Derechos

A partir del artículo 32 de la LPIDAr²⁶⁷, se comienza a forjar el Sistema de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, para de tal manera articular la “*promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de NNA*”.

Este sistema se condiciona para intervenir en un amplio espectro de situaciones en que existan amenaza o vulneración de derechos de NNA, siendo por ende su finalidad, el poder configurar las actuaciones estatales requeridas por el surgimiento de dichas situaciones de vulneración. Consecuentemente, el propio artículo 32 de la LPIDAr obliga que este sistema de protección establezca “*los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado argentino y el ordenamiento jurídico nacional*”.

No olvidando que el sistema jurídico argentino es de carácter federal, el Sistema de Protección Integral de Derechos de NNA integra en el artículo 32 inciso primero LPIDAr a “*todos aquellos organismos, entidades y servicios*”, sean de gestión estatal o privadas, que

²⁶⁷ **LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NNA DE ARGENTINA. Artículo 32 inciso 1°.** “El Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes está conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y establece los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado Argentino y el ordenamiento jurídico nacional.

“diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas”²⁶⁸, disgregando el entramado institucional entre aquellas que comprenden el ámbito nacional, provincial y municipal.

Cada una de dichas escisiones son aterrizadas a través del artículo 42 LPIDAr, el cual enfatiza que a nivel provincial, el sistema se configura como “*el órgano de planificación y ejecución de las políticas de la niñez*”, siendo atribución de cada una de las provincias el direccionar el sistema conforme a su autonomía; en tanto a nivel federal, se establece que este sistema es “*el órgano de articulación y concertación, para el diseño, planificación y efectivización de las políticas públicas en todo el ámbito del territorio*”; finalmente en la cúspide del nivel nacional es “*el organismo especializado en materia de derechos de infancia y adolescencia en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional*”.

3.2.2. Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia

Un primer organismo de infancia que se erige a partir de la LPIDAr es la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (en adelante: SENNAF). Diseñado dentro del esquema nacional del sistema, la SENNAF es el organismo central²⁶⁹ mandatado para ser especialista en materia de derechos de NNA, a través de un trabajo conjunto entre el Gobierno Nacional central y sectores de la sociedad civil como bien lo detalla el artículo 43 LPIDAr.

Respecto de la SENNAF, la Ley 26.061 es bastante escueta en su regulación, reglando solamente su conformación y sus funciones. Ahora bien, el catálogo de funciones encomendadas a este organismo es bastante amplio, encontrándose encargado del diseño²⁷⁰, promoción²⁷¹,

²⁶⁸ **LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NNA DE ARGENTINA. Artículo 4°. Políticas Públicas.** “Las políticas públicas de la niñez y adolescencia se elaborarán de acuerdo a las siguientes pautas:

- Fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes;
- 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;
- Gestión asociada de los organismos de gobierno en sus distintos niveles en coordinación con la sociedad civil, con capacitación y fiscalización permanente;
- Promoción de redes intersectoriales.
- Propiciar la constitución de organizaciones y organismos para la defensa y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

²⁶⁹ **LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NNA DE ARGENTINA. Artículo 43.** Secretaría Nacional. Créase en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional, la SENNAF, organismo especializado en materia de derechos de infancia y adolescencia, la que funcionará con representación interministerial y de las organizaciones de la sociedad civil.

La misma será presidida por un Secretario de Estado designado por el Poder Ejecutivo nacional.

²⁷⁰ **LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NNA DE ARGENTINA. Artículo 44.** Funciones. Son funciones de la secretaria: b) Elaborar con la participación del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, un Plan Nacional de Acción como política de derechos para el área específica, de acuerdo a los principios jurídicos establecidos en la ley.

²⁷¹ **LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NNA DE ARGENTINA. Artículo 44.** Funciones. Son funciones de la secretaria: g) Promover el desarrollo de investigaciones en materia de niñez,

regulación²⁷², financiamiento²⁷³ y coordinación de las políticas públicas en materia de infancia y adolescencia, por lo cual, su labor dentro del esquema del Sistema de Protección es de la más alta relevancia pues es quien está a cargo básicamente de que dicho Sistema funcione correctamente desde el Gobierno central.

No se debe dejar de mencionar que la SENNAF se vincula con el derecho a crecer y desarrollarse en una familia desde su concepción, puesto que su orgánica incorpora el tratamiento de NNA y sus familias como eje de la acción estatal. Sustenta este argumento el propio artículo 43 de la LPIDAr, el cual describe que dentro de sus funciones se encuentra “j) *Promover políticas activas de promoción y defensa de los derechos de los NNA y sus familias*”, por lo que, este organismo tiene un protagonismo en ser un agente activo en que se conserven los núcleos familiares y además, que exista una defensa de dichos derechos, pues como se ha señalado durante el transcurso de esta investigación, la familia posee la responsabilidad de ser el garante principal de dichos derechos.

Por último, es posible notar que las familias son protagonistas para las funciones de la SENNAF, pues uno de sus roles es también “q) *Impulsar mecanismos descentralizados para la ejecución de programas y proyectos que garanticen el ejercicio de los derechos de NNA y sus familias*”. Esto implica que el diseño de las políticas públicas familiares tiene que ser focalizado hacia la protección y fortalecimiento de los núcleos, fomentando la unidad y armonía de éstas dada la radicación de la responsabilidad familiar que se les confiere.

3.2.3. Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

El marco institucional forjado por la LPIDAr creó la figura del Defensor de los Derechos de NNA, cuyo objetivo es velar a nivel nacional²⁷⁴ por la protección y promoción de los derechos garantizados a ellos en todo el ordenamiento jurídico argentino, según detalla el artículo el artículo 48 de la ley en comento. Pese a la importancia de esta institución, su funcionamiento se

adolescencia y familia; j) Promover políticas activas de promoción y defensa de los derechos de las niñas, niños, adolescentes y sus familias; p) Fortalecer el reconocimiento en la sociedad de niñas, niños y adolescentes como sujetos activos de derechos.

²⁷² **LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NNA DE ARGENTINA. Artículo 44.** Funciones. Son funciones de la secretaria: 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 esta ley.

²⁷³ **LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NNA DE ARGENTINA. Artículo 44.** Funciones. Son funciones de la secretaria: 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; 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 de Acción Nacional.

²⁷⁴ El artículo 48 LPIDAr señala que el ejercicio de las funciones del Defensor será en dos niveles: nivel nacional y provincial. Este artículo establece que a nivel provincial será “b) *respetando la autonomía de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como las instituciones preexistentes*”.

vio coartado hasta febrero del año 2020 – 14 años después de la entrada en vigor de la ley – debido a que, por cuestiones políticas había permanecido vacante quien ocuparía el cargo²⁷⁵.

Las funciones encomendadas al Defensor se encuentran detalladas en el artículo 55 LPIDAr, resultando relevante mencionar: (a) Promover acciones relativas a la protección de intereses difusos o colectivos de los NNA; (b) Iniciar acciones para proteger judicialmente a los NNA; (c) Velar por el respeto de las garantías de los NNA, promoviendo las medidas judiciales o extrajudiciales respectivas; (e) Supervisar a las entidades públicas y privadas que estén a cargo de las medidas de abrigo o los programas de atención de NNA e iniciar acciones ante irregularidades que amenacen o vulneren a NNA; (g) Asesorar a NNA y familias sobre los recursos disponibles para trabajar su problemática. Se suma a aquéllas el deber del Defensor de informar del desempeño de sus funciones en materia de denuncias e investigaciones a través de un informe anual regulado en el artículo 57 LPIDAr.

Finalmente, en el evento de ejercer las denuncias o reclamos que se encuentran en el ámbito de su competencia y una vez verificada la veracidad de las mismas, el artículo 64 LPID mandata al Defensor a realizar acciones concretas ante las instituciones públicas para promover y proteger los derechos de los NNA, formulando recomendaciones a las mismas ligadas al objeto de la denuncia que investiga y debiendo divulgar a los denunciados y la ciudadanía en general de sus resultados. Ante las denuncias, el artículo 62 LPIDAr obliga a entidades públicas, privadas y personas naturales a prestar colaboración con el Defensor en estos requerimientos.

3.3. Medidas de protección ante la vulneración de derechos.

El Sistema de Protección Integral de los Derechos de NNA del ordenamiento jurídico argentino tiene presente la necesidad de establecer como medio de su institucionalidad a las medidas de protección de derechos, sean éstas de carácter general como aquellas excepcionales²⁷⁶, conforme lo retrata el artículo 33 inciso final LPID. Por tal motivo, el caracterizar dicho sistema requiere comprender separadamente en qué consiste cada uno de estos medios arbitrados por la legislación y cuál es su campo de acción, para en consecuencia determinar cómo efectivamente intervendría el sistema para derrotar las situaciones de vulneración o amenaza de derechos de las que un NNA pueda ser objeto.

²⁷⁵ ASOCIACIÓN CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA. "Por primera vez, Argentina cuenta con una Defensora de Niñas, Niños y Adolescentes". 28 de febrero de 2020. [en línea]. <<https://acij.org.ar/por-primeravez-argentina-cuenta-con-una-defensora-de-ninas-ninos-y-adolescentes/>> [consulta: agosto 2020]

²⁷⁶ **LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NNA DE ARGENTINA. Artículo 32** inciso final: "Para el logro de sus objetivos, el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes debe contar con los siguientes medios: e) Medidas de protección de derechos; f) medidas de protección excepcional de derechos.

3.3.1. Medidas de protección integral de derechos

De acuerdo al artículo 33 LPIDAr, las medidas de protección integral de derechos son “aquellas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias”, teniendo éstas como finalidad “la restitución o preservación a las niñas, niños y adolescentes del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias”, según complementa el artículo 34 LPIDAr. Aunque podrían resultar reiterativas ambas normas, su establecimiento fija con fuerza la aspiración procurada mediante estas medidas en los estadios relativos a la afectación de derechos, actuando en preservar, restituir y reparar en todos los casos en que sea posible.

Es importante indicar que el propio artículo 33 LPIDAr instituye que un órgano administrativo será quien deberá intervenir tanto en situaciones de amenaza como en violación de derechos, es decir, existe un alejamiento de la judicialización como esfera primaria de intervención y recayendo en la administración el ejercer esta trascendental función. La entidad a cargo debe sujetarse al principio constitucional del interés superior del NNA, siendo relevante al mismo tiempo el destacar el respeto que se debe resguardar del factor de conexión “centro de vida”, razón por la cual debe intervenir aquel órgano local que se vincule a la historia y desarrollo del propio NNA.

En el desglose del concepto, la intervención de dicho órgano local será ante amenaza o violación de los derechos o garantías de cada uno de los NNA. Puesto que el título II de la LPIDAr detalla cada uno de los derechos de los cuales son titulares los NNA, los organismos competentes deberán proteger dichas garantías en cualquiera de los estadios en que estos se encuentren. Adicionalmente, es posible asociar que la intervención busca restablecer lo que es en esencia el derecho a la dignidad y a la integridad personal del artículo 9° LPIDAr²⁷⁷, ya que se evidencia que las situaciones de vulneraciones tales como humillaciones, la explotación económica o abusos afectan en definitiva dichos derechos.

²⁷⁷ **LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NNA DE ARGENTINA. Artículo 9°** incisos 1° y 2°: Derecho a la dignidad e integridad personal. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral.

Ante la situación de amenaza o violación de derechos, se debe tener presente que éstas deberán ser trabajadas a través de las medidas de protección integral, cualquiera sea la fuente de origen. En tal sentido, el artículo 33 inciso segundo LPIDAr consagra que los agentes causantes de daño son “*El estado, la sociedad, los particulares, los padres, la familia, los representantes legales o responsables*” a través de acciones u omisiones en su actuar. Incluso, el artículo señala que la administración debe hacerse cargo de vulneraciones o amenazas que provengan de la “*propia conducta del NNA*”, es decir, aquellas que sean fruto del ejercicio de la propia autonomía progresiva de los NNA.

Producto de las acciones u omisiones de los agentes previamente mencionados, se determina por parte del artículo 35 LPIDAr que dentro de las medidas “*se aplicarán prioritariamente (...) aquellas que tengan por finalidad la preservación y fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a NNA*”. A partir del texto legal citado, se colige que existe una preponderancia en los cursos de acción administrativo de aquellas medidas de carácter intrafamiliar, ergo, al tener protagonismo la familia dentro del esquema proteccional se deben buscar mecanismos que garanticen y protejan este núcleo; esto permite afirmar que junto con el rol reconocido de la familia por parte del Sistema de Protección Integral, el derecho a crecer y desarrollarse en una familia se ve fortalecido y es una guía que paralelamente se considera a la hora de tomar las decisiones que pongan límite a las vulneraciones.

Los cursos administrativos de acción se encuentran fuertemente vinculados con las políticas públicas desplegadas mediante el Sistema de Protección Integral. Según el artículo 35 LPIDAr, las políticas públicas son “*los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares*”, por consiguiente, el Estado adquiere un rol asistencial que en su esencia va en la dirección de resguardar la familia dado su rol reconocidamente indispensable, protegiendo tanto el núcleo familiar como el derecho que de ella se deriva. El rol asistencial es cristalizado a través de la propia norma señalada, debido a que se expone que ante amenazas o vulneraciones “*consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda*”, es el Estado quien debe actuar para poner término a dichas situaciones por medio de las medidas correspondientes.

Afirmar que el quid de las medidas de protección integral genéricas es respetar y fomentar a las familias y por ende el derecho de todo NNA a crecer y desarrollarse en su familia es deducible a través del propio catálogo que el artículo 37 LPIDAr insta. La determinación de cuál será aplicada se genera a partir de la comprobación que efectúan los órganos locales de la

situación de derechos de NNA, reaccionando el Sistema de Protección Integral hacia lograr la reparación desde una perspectiva intrafamiliar. Las medidas de carácter intrafamiliar que se despliegan son: “a) *Aquellas tendientes a que los NNA permanezcan conviviendo con su grupo familiar; d) Inclusión del NNA y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar; e) Cuidado del NNA 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 del NNA a través de un programa; g) Asistencia económica*”.

Se puede notar entonces que el Sistema de Protección Integral, a través de las medidas de protección integral genéricas, intentan la reparación intrafamiliar como primera vía de solución, resguardando precisamente la mantención de dicho núcleo. El esquema planteado a través de estas medidas busca rescatar y salvaguardar la familia desde las primeras intervenciones, lo cual es plenamente coherente con el rol otorgado a la familia, a la cual le cabe la responsabilidad primaria y prioritaria de velar por los derechos de NNA integrantes de su realidad. Conjuntamente, es dable afirmar que el derecho a crecer y vivir en la familia se intenta mantener desde el punto de vista de las formas, para lograr en el fondo poder resguardar íntegramente la totalidad de los derechos de los cuales son titulares los NNA, y que en definitiva es la finalidad de la institucionalidad naciente al respecto.

3.3.2. Medidas de protección excepcionales

Ante la insuficiencia en la respuesta otorgada mediante las medidas de protección integral genéricas, se produce una reacción estatal que busca poner límite a la situación de vulneración o amenaza de derechos por intermedio de las denominadas “medidas de protección excepcionales”. Definidas en el artículo 39 LPIDAr, las medidas de protección son “*aquellas que se adoptan cuando los NNA estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo interés superior exija que no permanezcan en ese medio*” y están concebidas con distanciamiento de las medidas genéricas, pues éstas implican necesariamente la separación del NNA de su familia, siendo una intervención de carácter extrafamiliar.

El objetivo de estas medidas es, conforme al artículo 39 inciso segundo LPIDAr, precisamente “*la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias*”, implicando para su objetivo la separación temporal o permanente del núcleo familiar. La separación del NNA de su grupo familiar es la *última ratio* en el proceso de intervención administrativo y exige el análisis casuístico del interés superior de NNA para su procedencia, entendiéndose que la aplicación de

estas medidas será “cuando medien circunstancias graves que amenacen o causen perjuicio a la salud física o mental del NNA y/o cuando el mismo fuere víctima de abuso o maltrato por parte de sus padres o convivientes y no resultare posible o procedente la exclusión del hogar de aquella persona que cause daño”, según detalla el propio reglamento de la LPIDAr, en su artículo 39.

Una de las características de esta clase de medidas es mencionada en el inciso final del artículo 39 LPIDAr, el cual menciona que éstas son “limitadas en el tiempo”, pudiendo éstas solo ser prolongadas cuando “persistan las causas que le dieron origen”. Dicha temporalidad limitada no es objeto de arbitrariedad por parte de los operadores que deban decidir el caso en concreto, sino que es el reglamento de la propia LPIDAr el que señala que éstas “en ningún caso podrá exceder los 90 días de duración”, debiendo además “quedar claramente consignado al adoptarse la medida excepcional” y estando obligados a “fijar un nuevo plazo de duración, mediante acto fundado”.

En cuanto a la procedencia en su aplicación, debe reiterarse que éstas son la *última ratio* dentro del Sistema de Protección Integral argentino, desencadenándose esta opción ante un mal resultado de la intervención estatal mediante las medidas de protección genéricas²⁷⁸. Su procedencia se encuentra a cargo nuevamente del órgano local, pero además media la intervención judicial²⁷⁹ en su determinación, lo cual implica que esta clase de medidas tienen una fuente híbrida debido a que tiene un matiz administrativo que se conserva del sistema, pero también incluye a la judicatura por la razón de que estas medidas excepcionales implican la separación del NNA de su familia.

Desde su origen, estas medidas excepcionales implican la separación de los NNA de sus familias para resguardar de mejor manera sus derechos vulnerados o amenazados, empero la Ley 26.061 no señala cuál sería el catálogo de medidas. Sin embargo, la práctica ha permitido observar que la intervención de las medidas excepcionales de protección se concreta a través de dos sistemas que coexisten: la residencia y los sistemas de cuidado familiar²⁸⁰. Ambos son

²⁷⁸ **LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NNA DE ARGENTINA. Artículo 40. Inciso 1°.** Procedencia de las medidas excepcionales. Sólo serán procedentes cuando, previamente, se hayan cumplimentado debidamente las medidas dispuestas en el artículo 33.

²⁷⁹ **LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NNA DE ARGENTINA. Artículo 40. Inciso 2°.** Procedencia de las medidas excepcionales. Declarada procedente esta excepción, será la autoridad local de aplicación quien decida y establezca el procedimiento a seguir, acto que deberá estar jurídicamente fundado, debiendo notificar fehacientemente dentro del plazo de veinticuatro horas, la medida adoptada a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción.

²⁸⁰ *Op. Cit.* UNICEF ARGENTINA. “Estado de la situación de la niñez (...)” P. 125.

dispositivos institucionales que intervienen a NNA sin cuidados parentales²⁸¹ pueden ser de carácter público o privado, sea bajo la modalidad de cuidado en residencias o bien en cuidado en familia; la primera de ellas implica que el NNA separado de su familia viva en un alojamiento convivencial que puede ser un instituto, residencia juvenil, casa hogar u otros dispositivos similares²⁸², mientras que en el caso de los sistemas de cuidado en familias comprende una *dinámica de funcionamiento similar a la familiar*²⁸³, pudiendo concretarse a través de “*familias cuidadoras, familias comunitarias, familias de acogimiento, familias guardadoras*”²⁸⁴ u otras figuras similares. No es baladí reiterar que ambos dispositivos se diferencian precisamente por la convivencia familiar que uno tiene en su esencia y del cual el segundo carece; la sensación que otorga dicha diferenciación es que en los dispositivos familiares precisamente se conservaría el ejercicio efectivo de crecer y desarrollarse en una familia, pese a la temporalidad, excepcionalidad y el no reemplazo de la familia de origen; mientras que en el caso de los dispositivos residenciales, se matiza dicho derecho hasta el punto de limitar el ejercicio de dicho derecho. En la realidad, lamentablemente prima como medida excepcional el dispositivo residencial frente a los familiares, pues según datos de la UNICEF Argentina y la SENNAF, el 86% de NNA²⁸⁵ se encuentra sujeto a dicha medida como mecanismo de protección y rehabilitación.

Finalmente, la legislación fija criterios a seguir respecto de cuál será la vía de solución a adoptar. A la luz de los antecedentes otorgados por el artículo 41 LPIDAr, se pueden dividir dichas pautas entre aquellas que implican el límite de aplicación de las medidas excepcionales y aquellas que dicen relación con la finalidad de estas medidas.

En relación a los límites de aplicación, la norma mencionada señala en su letra d) que debe primar y preservarse la convivencia entre hermanos cuando medie separación; mientras que las letras e) y f) del artículo 41 LPIDAr tienen como límite la prohibición de determinar privaciones de libertad o desmembramientos familiares justificadas en la falta de recursos de los organismos estatales.

En cuanto a los criterios ligados a la finalidad de las medidas excepcionales, cabe señalar en primer lugar que dichas medidas deberán velar por la “*a) permanencia temporal en ámbitos*”

²⁸¹ “Niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales: se entiende por tal a toda niña, niño y adolescente que ha sido separado de su medio familiar, por haber sido dictada una medida de protección excepcional de derechos y se encuentre incluido en algún dispositivo de cuidado en residencias o en familias”. *Op. Cit.* MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL DE ARGENTINA. “Protocolo de procedimientos (...)”. P.8.

²⁸² *Ibidem.* P.9.

²⁸³ *Ibidem.* P.9.

²⁸⁴ *Ibidem.* P.9.

²⁸⁵ *Op. Cit.* UNICEF ARGENTINA “Estado de la situación de la niñez (...)”. P.127.

considerados alternativos”, las cuales se traducen en la búsqueda²⁸⁶ de los vínculos relevantes en la historia del NNA y que estén dispuestos a acoger a éste; luego, al no ser posible recurrir a dichos grupos familiares alternativos ligados al NNA, se establece como pauta por parte del artículo 41 letra b) LPIDAr el buscar una “*forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar*”, siendo ésta de carácter “*excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible*”; por último, entendiendo dichas pautas que la finalidad no es la ubicación en una familia de reemplazo sino un núcleo que terapéuticamente brinde protección y reparación, se norma a través de la letra c) que estas medidas “*se implementarán bajo formas de intervención no sustitutivas del grupo familiar, con el objeto de preservar la identidad familiar de los NNA*”.

²⁸⁶ **LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NNA DE ARGENTINA. Artículo 41.** Aplicación. Las medidas establecidas en el artículo 39, se aplicarán conforme a los siguientes criterios: a) (...) Las medidas consisten en la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de los NNA.

PARTE II

DERECHO A LA VIDA FAMILIAR EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

1. Familia jurídicamente protegida en la CABA

Las primeras normas integrantes del ordenamiento jurídico familiar de CABA son el artículo 14 bis de la Constitución Nacional argentina y el Libro II del CCyC. Como ya se señaló previamente, ambas normativas permiten afirmar que la familia que se reconoce es de carácter amplia y democratizada, basada en el afecto, la igualdad y el dinamismo propio de las relaciones familiares.

Dentro de la jurisdicción de CABA, el concepto de familia no es claro desde la perspectiva constitucional, pues su tratamiento solo se realiza tangencialmente mediante el artículo 37 inciso 2° de la Constitución de CABA relativa a la protección de los núcleos familiares, a lo que se suma el artículo 39 inciso 2° de la misma, que establece que “*Se otorga prioridad dentro de las políticas públicas, a las destinadas a las niñas, niños y adolescentes, las que deben promover la contención en el núcleo familiar y asegurar*”.

En el orden legal de CABA, la Ley 114 que sanciona la Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes se encaminaría a dar una respuesta a la interrogante de cuál es la familia protegida en el ordenamiento en análisis. Si bien del propio texto de la LPID de CABA no es posible encontrar un concepto concreto de familia, éste puede extraerse a través de la integración que realiza el legislador de diversas reglas de las Naciones Unidas a través de su artículo 12²⁸⁷, en particular las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, también conocidas como Directrices de Riad.

Conforme a lo señalado en el párrafo 11 de las Directrices del Riad, existe la necesidad de que la sociedad se encargue de dar prioridad a las “*necesidades y el bienestar de la familia y de todos sus miembros*”, por tanto, se comprende la necesidad de que la familia sea íntegramente protegida. Mas, es el párrafo 12 de este instrumento el que establece que la “*familia es la unidad central encargada de la integración social del niño*”, mandando tanto al Estado como a la sociedad civil el deber de “*tratar de preservar la integridad de la familia, incluida a la familia extensa*”. Por tanto, se concluye que este instrumento entiende que la protección de la familia

²⁸⁷ **LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NNA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. Artículo 12.** Incorporación de Reglas de Naciones Unidas. Se consideran parte integrante de la presente ley, en lo pertinente, las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de menores (Reglas de Beijing), Resolución N° 40/33 de la Asamblea General; las “Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Resolución N°45/113 de la Asamblea General” y las “Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)” que se nominan ANEXOS A, B y C, respectivamente.

conlleva incluso la familia extensa, es decir, que se entiende que esta clase de familia deben igualmente ser resguardadas, dependiendo en la práctica de la situación real del núcleo y que tiene como base el párrafo 18 de las Directrices al señalar que *“Es importante insistir en la función socializadora de la familia y de la familia extensa”*.

Finalmente, se puede deducir que lo central en del concepto de familia según las Directrices de CABA, ergo, de la propia LPID de esta jurisdicción es que los NNA deben *“criarse en un ambiente familiar de estabilidad y bienestar”* según detalla el párrafo 13 de este instrumento. La deducción es construida a partir de la interpretación tanto del artículo previamente señalado como del párrafo 14 de las Directrices, el cual menciona que ante la falta de ambiente de estabilidad y bienestar familiar, y ante el fracaso de los padres como de la familia extensa, se deberá buscar una modalidad alternativa de cuidado familiar *“que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia”*.

Por lo tanto, la investigación es responsable en afirmar que la familia protegida en el ordenamiento jurídico se ve complementada a la protegida a nivel nacional (con base en el afecto, igualdad, dinamismo y democratización), generándose un distanciamiento de la concepción nuclear y ampliando su espectro hacia otros especiales como la familia extensa e incluso la comunidad; lo importante es que la cohesión entre sus integrantes genere un sentimiento de pertenencia, estabilidad y bienestar que permita en definitiva la máxima realización de todos sus miembros, y que el Estado y la sociedad deben resguardar por el importante rol que se le encarga.

2. Derecho a la vida en familia en CABA

Dentro del ordenamiento jurídico de CABA, el primer instrumento protector de los derechos de NNA es la Constitución Nacional de Argentina, particularmente los artículos 14 bis y 72 numeral 22. Como se señaló anteriormente, el artículo 14 bis garantiza la protección integral de la familia y el artículo 72 numeral 22 integra al ordenamiento jurídico determinados instrumentos de derechos humanos a la jerarquía constitucional, como lo es la Convención sobre los Derechos de los Niños y otros tratados integrantes del *corpus iuris* de la vida familiar.

Ahora bien, el constituyente de esta jurisdicción no desatiende la problemática de la infancia y la adolescencia, resultando claves para este tópico señalar los artículos 10 y 39²⁸⁸ de la

²⁸⁸ **CONSTITUCIÓN DE CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. Artículo 39.** La Ciudad reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, les garantiza su protección integral y deben ser informados, consultados y escuchados. Se respeta su intimidad y privacidad. Cuando se hallen afectados o amenazados pueden por sí requerir intervención de los organismos competentes.

Constitución de la Ciudad Autónoma. Primeramente, el artículo 10 de esta carta magna establece que *“Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen”*, en consecuencia, se fortalece el bloque de constitucionalidad en materia de infancia y adolescencia, agregando a dicho catálogo a las leyes nacionales y reiterando la garantía del artículo 72 numeral 22 de la Constitución Nacional. Luego, cabe mencionar el rol que cumple el artículo 39 de la Constitución de CABA, el cual fija los derechos de NNA en dicho orden constitucional señalando que *“La Ciudad reconoce a los NNA como sujetos activos de sus derechos, les garantiza su protección integral y deben ser consultados y escuchados”*.

Respecto de los derechos en particular de los cuales son titulares NNA, el legislador de CABA avanza en materia del derecho a la vida en familia, siendo pionero en constituirlo como garantía expresa por medio de su LPID. La norma protagónica de dicha garantía se encuentra en el artículo 25 de la LPID de CABA, el cual garantiza que *“Los NNA tienen derecho a ser criados y cuidados por sus padres y a permanecer en su grupo familiar de origen, en una convivencia sustentada en vínculos y relaciones afectivas y comunitarias”*; cabe señalar que este derecho no puede ser comprendido de manera aislada, pudiendo complementarse a través del artículo 34 de la Ley 114 de CABA que obliga y señala que *“incumbe a los padres la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo de sus hijos/as para su protección y formación integral”*, es decir, es una norma homóloga al artículo 7° de la LPIDAr relativa a la responsabilidad familiar y que permite caracterizar a este derecho como bidireccional.

A partir de la norma matriz de este derecho del cual son titulares NNA, es posible describir como características del mismo – además de la bidireccionalidad antes mencionada – la garantía de ser estos criados y también cuidados por sus padres; no obstante, esta investigación cree coherente afirmar que dicho derecho no solo se limitaría a los padres, sino que los obligados eventualmente también serían todos aquellos adultos responsables que tienen a su cargo NNA.

También, el artículo 25 de la LPID de CABA garantiza que los NNA deben permanecer en su grupo familiar de origen, revelando así dos cuestiones que atender: por un lado, existe el deber de garantizar la permanencia estable del NNA bajo el núcleo familiar que sea afín a su historia, y por otro lado, el grupo familiar bajo el cual debe permanecer es comprendido de

Se otorga prioridad dentro de las políticas públicas, a las destinadas a las niñas, niños y adolescentes, las que deben promover la contención en el núcleo familiar y asegurar:

La responsabilidad de la Ciudad respecto de los privados de su medio familiar, con cuidados alternativos a la institucionalización.

El amparo a las víctimas de violencia y explotación sexual.

Las medidas para prevenir y eliminar su tráfico.

manera amplia²⁸⁹, por lo cual, dependerá de la situación fáctica la extensión subjetiva de dicha garantía. Finalmente, la norma contempla el cómo se vería satisfecho este derecho, siendo trascendental que su ejercicio se desarrolle bajo relaciones afectivas que permitan la protección de los NNA, adicionando que este derecho contempla como garantía el reconocimiento de las relaciones comunitarias de las cuales es parte el NNA.

El derecho objeto de análisis se ve fuertemente protegido mediante las obligaciones establecidas tanto para el Estado como para la sociedad. En esa línea, el constituyente de CABA establece en su artículo 39 que, en materia de políticas públicas de infancia-adolescencia, éstas deben tender a “*promover la contención en el núcleo familiar*”, buscando de tal manera que las directrices que se tomen sean en la dirección de proteger, fortalecer y resguardar esta unidad central. También, la garantía se ve reforzada por las Directrices del Riad, las cuales obligan en su párrafo 12 a la sociedad a “*ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental*”, mientras que en su párrafo 17 impone el deber al Estado de “*adoptar medidas para fomentar la unión y la armonía en la familia y desalentar la separación de los hijos de sus padres*”.

Finalmente, una regla de clausura respecto de la separación de NNA de su grupo familiar de origen dice relación con aspectos de carácter económico. Al respecto, el artículo 26 LPID de CABA precisa que “*La carencia o insuficiencia de recursos materiales del padre, madre o responsable no constituye causa para la separación del NNA de su grupo familiar*”, por consiguiente, una desfavorable realidad económica no es un factor para que opere la separación del NNA de su núcleo, sino que en este caso el Estado debe asistir a dicha familia a través de las propias políticas públicas²⁹⁰, debiendo en tal caso “*prestar especial atención a los niños de familias afectadas por problemas creados por cambios económicos*” de acuerdo a lo que establece el párrafo 15 de las Directrices del Riad.

3. Vulneración del derecho a la vida en familia

En el panorama argentino, la protección integral de derechos ha tenido vicisitudes debido a la estructura político-social de carácter federal del país. No obstante, es destacable mencionar la

²⁸⁹Op. Cit. MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL DE ARGENTINA. “*Protocolo de procedimientos (...)*”. P.8.

²⁹⁰ **LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NNA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. Artículo 43.** Desjudicialización de la pobreza. Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección a aplicar son los programas sociales establecidos por las políticas públicas que deben brindar orientación, ayuda y apoyo incluso económico, con miras a la sustentación y fortalecimiento de los vínculos del grupo familiar responsable del cuidado de NNA.

gestión que se llevó a cabo por parte de CABA en la materia, siendo precursora de su regulación en el año 1998, casi una década antes de la sanción de la ley nacional.

Cabe señalar que una de las características del sistema de protección integral es el cambio de paradigma desde el patronato hacia la protección integral propiamente tal, lográndose en gran parte erradicar la judicialización de las causas relativas a vulneraciones de derechos hacia un sistema administrativo que dé respuestas a estas situaciones. Las cifras demuestran que la realidad de CABA es fundamentalmente administrativa, pues según un estudio de UNICEF Argentina y la SENNAF, CABA es una de las jurisdicciones provinciales²⁹¹ en que el ingreso de NNA sin cuidados parentales al sistema de protección integral es totalmente administrativo²⁹².

El análisis de los cursos de acción ante vulneración de derechos de NNA requiere nuevamente evaluar cuáles son las hipótesis de vulneración de derechos y en particular, las que dicen relación con la separación del NNA de su familia, evaluar el rol del interés superior de NNA en materia sustantiva, describir someramente el aparato institucional del Sistema de Protección de Derechos, finalizando con señalar cuáles son las medidas de protección posibles de adoptar, haciendo mención además de la ley relativa al acogimiento familiar.

3.1. Hipótesis de vulneración del derecho a la vida en familia

El ordenamiento jurídico de CABA prevé en el artículo 39 de su carta fundamental que los NNA “*Cuando se hallen afectados o amenazados, pueden por sí requerir intervención de los organismos competentes*”, lo cual se encuentra en plena sintonía de la autonomía progresiva como de la condición de sujetos de derechos de los mismos; éste podría ser un primer acercamiento a la hipótesis de separación de NNA de sus núcleos familiares. El propio artículo también señala que las políticas públicas de infancia-adolescencia deben actuar para evitar situaciones evidentes de vulneración de derechos de NNA, tales como el “*amparo a las víctimas de violencia y explotación sexual*” y “*Las medidas para prevenir y eliminar el tráfico*”. Pese a lo anterior, cabe preguntarse qué sucedería con aquellos NNA que no pueden de forma autónoma solicitar la intervención del Estado ante una situación de vulneración; al menos, a nivel constitucional, no hay respuesta.

Dentro del orden legal, se devela a raíz de las vulneraciones de derechos el rol que se le asigna a la sociedad, el Estado y a la familia para efectivizar los derechos de los NNA. El artículo 6° LPID de CABA mandata la tutela y el “*deber de asegurar, con absoluta prioridad, la*

²⁹¹ Otras jurisdicciones que poseen una tasa del 100% de ingresos por vías administrativas son Chaco, Córdoba, Entre Ríos, Mendoza, Río Negro y Santa Cruz. *Op. Cit.* UNICEF ARGENTINA. “*Estado de la situación de la niñez (...)*”. P. 130

²⁹² *Ibidem.* P.130.

efectivización de los derechos” de los NNA, procurando los mencionados operadores el alcanzar la protección integral de NNA. Este deber es capital pues implica que en su accionar, los operadores jurídicos actúen velando por el respeto de las garantías de NNA; ante este escenario, la LPID de CABA es consistente en su artículo 39 en señalar que *“Toda persona que tomare conocimiento de la existencia de abuso físico, psíquico, sexual, trato negligente, malos trato o explotación de NNA debe comunicarlo inmediatamente”*; en cuanto a los organismos del Estado, *“cuando (...) tome conocimiento de alguna amenaza o vulneración de derechos de NNA (...) debe implementar (...) las acciones sociales de protección especial tendientes a proporcionar escucha, atención, contención y ayuda necesarias a las NNA y a quienes cuiden de ellos”*.

En lo referente al derecho a vivir en familia, es necesario exponer que el artículo 26 – norma matriz del derecho – inciso 2º LPID de CABA tenuemente establece la separación de NNA de su unidad central, normando que *“La convivencia dentro de otros grupos familiares constituye una situación excepcional”*. Se suma a dicha regulación el párrafo 17 de las Directrices del Riad, el cual adiciona que es un deber del Estado el *“adoptar medidas para (...) desalentar la separación de los hijos de sus padres”*, finalizando con la hipótesis en que operaría la separación del NNA al señalar que *“salvo cuando circunstancias que afecten al bienestar y al futuro de los hijos no dejen otra opción viable”*.

A la luz de las normas expuestas se constata que el ejercicio del derecho a la vida en familia permite asegurar un ambiente que garantiza el desarrollo de las demás garantías del NNA. Por esta razón, la separación es vista instrumentalmente como *última ratio* a la hora de determinar el curso administrativo a seguir, debiendo la sociedad y el Estado propender y asegurar que el ambiente familiar sea el óptimo, para solo aplicar en los casos en que sea estrictamente necesario la limitación de este derecho. Esto implica que el trabajo administrativo debe ejercerse profesionalmente y entendiendo íntegramente la realidad del NNA, pues siguiendo el párrafo 17 de las Directrices del Riad, las decisiones que infieren en las relaciones familiares afectarán tanto el presente como el futuro del NNA en intervención.

3.2. Institucionalidad de la CABA ante la vulneración de derechos.

Siguiendo el mandato del artículo 39 de la Constitución de la Ciudad Autónoma²⁹³, la LPID de CABA sienta un conjunto de organismos gubernamentales encargados de velar por la promoción y protección de los derechos de NNA. En el título IV de la mencionada ley, se erige la

²⁹³ **CONSTITUCIÓN DE CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. Artículo 39 inciso final.** Una ley prevé la creación de un organismo especializado que promueva y articule las políticas para el sector, que cuente con unidades descentralizadas que ejecuten acciones con criterios interdisciplinarios y participación de los involucrados. Interviene necesariamente en las causas asistenciales.

institucionalidad del Sistema de protección integral de derechos de NNA, siendo ésta conformada por el Consejo de Derechos de NNA de la Ciudad, las Defensorías Zonales de Derechos de NNA y los Organismos de Atención.

3.2.1. Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes

El Consejo de Derechos de NNA de CABA es conceptualizado en el artículo 45 LPID de CABA como el organismo especializado que promueve y articula las políticas de promoción y protección integral de los derechos.

Sus funciones se encuentran detalladas en el artículo 54 LPID de CABA, dentro de las cuales destacan: (b) Diseñar y aprobar los programas para satisfacer los derechos consagrados a NNA; (d) articular gubernamentalmente las políticas públicas de infancia-adolescencia; (e) elaboración de los proyectos de ley en la materia; (k) promover la participación social de NNA.

3.2.2. Defensorías Zonales

Las Defensorías Zonales son organismos descentralizados que, conforme al artículo 61 LPID de CABA, están encargados tanto de *“diseñar y desarrollar un sistema articulado de efectivización, defensa y resguardo de los derechos de NNA”*, como de *“ejecutar las políticas públicas específicas”* en materia de NNA, bajo un enfoque multidisciplinario y participativo.

En cuanto a las funciones encomendadas a las Defensorías Zonales, éstas son detalladas en detalle por parte del artículo 70 LPID de CABA, y que en esencia entrelazan la protección integral de derechos y el derecho a la vida en familia. Para efectos de su descripción, serán divididas entre: funciones preventivas, funciones de investigación y funciones de intervención.

Se puede señalar que desde artículo 70 LPID de CABA son concebidas como funciones preventivas las siguientes: *“c) Brindar asesoramiento, orientación y atención ante situaciones de amenaza o violación de derechos de NNA; f) Recibir los reclamos e inquietudes que formulen NNA y cualquier otra persona de la existencia visible o ideal con relación a los derechos; y h) dictaminar en el otorgamiento de subsidios a los grupos familiares de origen de NNA o integrantes de la familia ampliada o miembros de la comunidad local, sean personas de existencia visible o ideal, para implementar medidas de efectivización o de protección especial de derechos”*.

En cuanto a aquellas de carácter investigativos, las Defensorías Zonales están a cargo de: *“f) Realizar averiguaciones, efectuar diagnósticos, evaluar daños y perjuicios, dimensionar consecuencias e impactos (además de) brindar apoyo, orientación, contención, seguimiento y acompañamiento para que NNA mantengan o recuperen el disfrute y goce de sus derechos; g)*

otorgar patrocinio gratuito; o) Interponer acción judicial contra todo acto que vulnere o restrinja los derechos de NNA y sus familias, como así también aquellas que tengan por objeto la vigencia de principios, derechos y garantías asegurados por la presente ley”.

Finalmente, se pueden extraer que las Defensorías Zonales tienen como funciones de intervención propiamente tal: *“b) establecer los procedimientos para la implementación de programas de efectivización y protección especial de los derechos de NNA; v) procurar que los NNA albergados por razones de urgencia, en forma transitoria, excepcional y subsidiaria, en pequeños hogares u organismos gubernamentales, regresen a su grupo familiar o recuperen la convivencia con miembros de la familia ampliada o de la comunidad local facilitando la reinserción y contención en su medio afectivo y social”.*

3.2.3. Organismos de Atención

Los Organismos de Atención son la tercera institución instaurada por la LPID de CABA, ley que por intermedio de su artículo 71 indica que estos son: *“los organismos estatales y las organizaciones no gubernamentales que desarrollen programas o servicios de atención a NNA”.*

A diferencia del Consejo de Derechos y las Defensorías Zonales, la LPID de CABA no detalla cuáles son las funciones de los Organismos de Atención, sino que opta por pormenorizar en su artículo 72 cuáles son las obligaciones a las cuales están sujetos, siendo la principal de éstas el cumplir con los derechos y garantías que el plexo normativo fija en favor de NNA. Se debe enfatizar que se relacionan directamente con el derecho a la vida en familia, las obligaciones de: *“b) respetar y preservar los vínculos familiares, evitando desmembrar o separar grupos de hermanos; i) evitar el traslado a instituciones alejadas del domicilio de NNA; l) asegurar el apoyo para el regreso de NNA a su ámbito familiar o comunitario”.*

Una tarea particular de los Organismos de Atención se halla en el artículo 73 LPID de CABA, pues se les encomienda la intervención cautelar de internación de emergencias a aquellas *“entidades que cuenten con programas de albergue”*, quienes excepcionalmente y en carácter de urgencia pueden *“alojar NNA sin previa determinación de la autoridad judicial competente, debiendo comunicarlo a las 12 horas de acaecido”.* Huelga decir que esta misión es una demostración de la garantía de prioridad de derechos de NNA, ya que en estas situaciones se busca la supremacía del interés superior de ellos ante situaciones de evidente vulneración o amenaza de sus derechos.

3.3. Medidas de protección

Previamente se expuso que el artículo 39 de la Constitución de la Ciudad Autónoma consagra como derecho fundamental de NNA el poder “*por sí requerir intervención de los organismos competentes*” en la situación de verse amenazados o vulnerados en sus derechos. Respecto a tales intervenciones, la LPID de CABA entiende que la respuesta ante ese escenario puede efectuarse tanto de forma preventiva como de forma reparatoria de los derechos vulnerados, a través de las medidas de efectivización y las medidas de protección especial respectivamente.

3.3.1. Medidas de efectivización

Las medidas de efectivización de derechos se encuentran contempladas en el artículo 7° LPID de CABA y son aquellas en las que está obligada la CABA a intervenir directa y preventivamente, comprendiendo “*las de acción positiva que garantizan la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce de los derechos humanos reconocidos*” y cuyo objetivo es “*la prevención y detección precoz de aquellas situaciones de amenaza o violación de los principios, derechos y garantías contemplados en la presente ley*”.

Para lograr tal objeto, el artículo 7° LPID de CABA mandata al Gobierno de la Ciudad a adoptar todas las “*medidas legislativas, administrativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos a NNA por normas jurídicas, operativas y programáticas*”, lo que en la práctica se materializa con el rol articulador del Consejo de Derechos de NNA respecto del diseño de las medidas administrativas y legislativas, mientras que las Defensorías Zonales implementan y ejecutan las acciones positivas para evitar la amenaza o vulneración efectiva de los derechos de NNA.

3.3.2. Medidas de protección especiales de derechos

Las medidas de protección especiales son conceptualizadas por el artículo 36 LPID de CABA como aquellas “*que se adoptan cuando son amenazadas, vulnerados o violados los derechos de NNA*” y cuya finalidad es, de acuerdo al artículo 37 de la misma ley: “*la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias*”.

Como características de estas medidas, puede señalarse que son un mecanismo ex – post a las hipótesis de vulneración o amenaza, de carácter esencialmente²⁹⁴ administrativas, las cuales,

²⁹⁴ La judicialización de las medidas especiales de protección es una situación excepcional, pues de acuerdo con el artículo 41 LPID de CABA, la intervención judicial sólo podrá ser requerida: “*a) por quien tenga interés legítimo como representante legal de NNA o como miembro de su familia de parentesco o comunidad local; b) por los*

según el artículo 36 además “*son limitadas en el tiempo y se prolongan mientras persistan las causas*” de origen. Dada la situación de gravedad y urgencia bajo la cual están proyectadas, el artículo 39 de la Ley 114 de CABA mandata a toda persona que sepa de una situación de vulneración a ponerla en conocimiento de las autoridades competentes; dichas autoridades deben no solo actuar en la situación que se está reclamando, sino que también deben implementar las medidas necesarias que garanticen “*la escucha, atención, contención y ayuda necesarias*” para poder determinar con precisión el curso de acción que limite la vulneración.

Si bien la LPID de CABA no establece un catálogo de medidas de protección especial de derechos, es posible extraer de la misma que existen tres caminos posibles a tomar: aplicación de programas sociales, la búsqueda de grupos alternativos de acogimiento y finalmente la institucionalización.

Respecto de los programas sociales, la legislación es clara en señalar en su artículo 43 que éstas se utilizan “*Cuando la amenaza o vulneración de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda*”, por ende, dichas medidas se vinculan a cuestiones de carácter económico en las que el Estado debe intervenir brindando “*orientación, ayuda e incluso apoyo económico*”, incidiendo directamente en el fortalecimiento de dicho núcleo. Desde el contenido de la norma se extrapola la importancia depositada en los núcleos familiares respecto del bienestar de NNA, primando en este caso la asistencia directa para evitar la disgregación de la familia.

Para efectos del análisis de la institucionalización y los grupos alternativos de acogimiento, la investigación expondrá de manera independiente cada una de dichas medidas. Ahora bien, es necesario mencionar que conforme a cifras otorgadas por la UNICEF Argentina y la SENNAF, existe en la jurisdicción de CABA una supremacía del modelo de institucionalización frente a los dispositivos de cuidado de acogimiento alternativo; este reflejo fue en el año 2014, momento en que en la Ciudad Autónoma concentraba a nivel nacional el 8,4% del total de casos de NNA sin cuidados parentales, estando institucionalizados el 94% de dichos NNA en centros de gestión privada o pública versus el 6% restante que se encuentra en modalidades alternativas de cuidado²⁹⁵.

3.3.2.1. Formas alternativas de cuidado

integrantes de los equipos técnicos que se desempeñen en los organismos creados por la presente ley; c) por el propio NNA en su resguardo”.

²⁹⁵ *Op. Cit.* UNICEF ARGENTINA. “Estado de la situación de la niñez (...)”. P. 126.

El primer acercamiento a las formas alternativas de cuidado en el ordenamiento de Ciudad Autónoma se da en el artículo 39 de su Constitución, ya que su inciso segundo menciona que “*Se otorgará prioridad dentro de las políticas públicas (...) asegurar: 1. La responsabilidad de la Ciudad respecto de los privados de su medio familiar, con cuidados alternativos a la institucionalización*”.

Dentro del rango legal, el artículo 42 LPID de CABA menciona que estas medidas se materializan con “*la búsqueda e individualización de alternativas para que los NNA convivan con personas vinculadas a ellos*”, siendo coherente con el espíritu del derecho guía de la investigación, así como la identidad y la historia personal de cada NNA. Esta búsqueda persigue que el acogimiento de todo NNA privado de su familia sea efectuado en grupos familiares ligados a ellos, o sea, que “*los NNA convivan con personas vinculadas a ellos*”; para ello, el mecanismo consistirá en la búsqueda de “*líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad*”, así como “*otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad según la costumbre local*”.

Asimismo, resulta pertinente mencionar el párrafo 14 de las Directrices del Riad que se refiere a la materia. Esta norma es enfática en señalar que la ubicación de un NNA en otro grupo familiar será “*cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar*”, vale decir, más allá de su composición, se debe buscar un hábitat físico donde exista efectiva protección de los NNA.

Otro punto importante que el párrafo 14 de las Directrices del Riad atiende es la particularidad de que estas medidas de colocación familiar serán la *última ratio*, debido a que surgen cuando “*los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado*” y, también en el evento de que “*la familia extensa no pueda cumplir ya esta función*”.

En relación al derecho a la vida en familia, esta norma es capital en materia de colocación del NNA en otro núcleo ya que precisamente busca resguardar la satisfacción plena de todos sus derechos – incluido al de vivir en una familia – bajo núcleos “*que en la medida de lo posible, deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad*”, agregándose también que “*al mismo tiempo, (deberán) crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el ‘desplazamiento’ de un lugar a otro*”; esto permite notar que el espíritu de esta pauta en particular considera que en definitiva el íntegro desarrollo de los NNA va de la mano de un ambiente estable y de bienestar.

Junto con las normas anteriormente esbozadas, se debe añadir que en el ordenamiento jurídico de CABA se sancionó específicamente el acogimiento familiar transitorio a través de la

Ley 2.213 y el Decreto 4.315 que reglamenta la misma, lo cual sin duda representa nuevamente uno de los avances dentro de la jurisdicción en torno a la problemática de la infancia-adolescencia.

El artículo 2° de dicha ley define al acogimiento familiar transitorio como “*el cuidado de forma integral, temporal y no institucional, brindado por una familia alternativa de convivencia a un NNA*”; por tanto, se deduce que el cuidado implica todos los aspectos por parte de una familia diferente a la de origen, durante un tiempo determinado y que es opuesta a la intervención por parte de los dispositivos institucionales. Nuevamente, esta norma es afín con las previamente mencionadas dado que ésta establece que la intervención por este núcleo será “*cuando medie inexistencia del grupo familiar pertenencia*”, añadiéndose que su aplicación se verificará también cuando “*se encuentre privado de él de forma temporal*” o “*exista medida judicial o administrativa, en razón de causas o motivos suficientes para ordenar la separación*”.

El objetivo de la legislación está claramente establecido en el artículo 3° de la misma ley, el cual señala que esta opción se concibe para “*posibilitar que los NNA que no pueden vivir con su familia de pertenencia lo hagan (...) en un núcleo familiar que respete su historia e identidad*”. La ubicación del NNA dentro de dicho núcleo comprende la bidireccionalidad del derecho a las relaciones familiares con su grupo familiar de origen, pues se ordena a “*mantener los vínculos con la familia de pertenencia*”, siendo además obligatorio que ésta establezca mediante “*mecanismos ágiles y rápidos, el regreso del NNA a su grupo o medio familiar y comunitario en función del interés superior*”, reflejando principalmente la excepcionalidad y la temporalidad limitada de dicha medida.

El acceso al sistema de acogimiento familiar transitorio deberá ser motivado ya sea por petición de la familia de origen a ingresar a dicho sistema, o bien, fundado en una medida judicial o administrativa que en su mérito ordenen la separación del NNA de su núcleo. Dicho sistema establece un orden de prelación²⁹⁶ de las familias que pueden ser de acogida, siendo éstas las encargadas de “*cuidar al NNA, garantizando la totalidad de derechos (y) procurando una atención integral del NNA*”, conforme asegura el artículo 6° de la Ley 2.213; y cuya responsabilidad básica detallada en el artículo 10 de la misma es velar por “*las necesidades*

²⁹⁶ **LEY DE ACOGIMIENTO FAMILIAR. Artículo 7.** Requisitos. El acogimiento será otorgado, según orden de prioridad a:

Personas o grupos familiares vinculados con el NNA a través de líneas de parentesco, por consanguinidad o por afinidad.

Personas o grupos familiares miembros de la familia ampliada del NNA.

Personas o grupos familiares de la comunidad que reúnan las condiciones de aptitud y solidaridad necesarias para constituirse en familia de acogimiento dando prioridad a aquellos que formen parte de la red de relaciones comunitarias y/o lazos sociales del NNA.

nutricionales, de protección, de contención, afectivas, vinculantes, educaciones, de salud, de estimulación, de higiene”.

En cuanto a las características de esta medida de protección, el artículo 2° del decreto es transparente en señalar que éstas son “*medidas de práctica excepcional, particular y sin fines adoptivos*”, a lo que cabe agregar la temporalidad, fijándose un plazo máximo de 3 meses, prorrogables en función del interés superior.

La investigación afirmará que estas medidas son altamente deferentes con las relaciones familiares, ya que el artículo 11 de la Ley 2.213 excepciona el alojamiento individual del NNA en otro núcleo cuando son hermanos quienes sufren las vulneraciones. En este caso, la medida será aplicable al conjunto de hermanos, para así garantizar la armonía y prosperidad de estas relaciones familiares entre ellos, logrando así la protección debida cuando la familia de origen no es capaz de brindarla.

Por último, en relación a las características de estas medidas se puede observar desde la legislación que éstas requieren el consentimiento por parte de las partes involucradas, la que se materializa según el artículo 16 de la Ley 2.213 a través del acuerdo entre el NNA, la familia de acogida y la familia de origen en el que deberán explicitarse “*los derechos y garantías, alcances, finalidades y responsabilidades que cada una asume durante el acogimiento*” respetando siempre el derecho a ser oído del NNA.

3.3.2.2. Institucionalización

A diferencia de los cuidados alternativos, la Constitución de CABA no establece directamente la protección estatal de los NNA institucionalizados, sin embargo, no sería correcto señalar que no hay protección de ellos por parte de dicha carta magna, sino que por el contrario, el artículo 39 al reconocerlos como sujetos activos de derechos les “*garantiza su protección integral*”, así como el derecho a “*requerir intervención de los organismos competentes*” ante situaciones de vulneración de sus derechos.

No es menor señalar – tristemente – la importancia que alcanza la institucionalización como medida de protección excepcional, dado que como se afirmó previamente, el 94% de los NNA se encuentra bajo este tipo de dispositivos. Dichos dispositivos de institucionalización pueden ser comprendidos desde dos perspectivas: por un lado, aquellas que datan de una situación de emergencia, por lo que es de carácter excepcionalísima y la *última ratio* – y paradójicamente, la regla general – de la internación en función del interés superior de NNA.

Respecto la internación o institucionalización, ésta se encuentra regulada en el artículo 44 LPID de CABA, siendo pensada como medida excepcional de *última ratio*. El texto de la norma señala que la institucionalización como mecanismo de protección es de carácter “*excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible (de tiempo)*”.

Esta medida es teóricamente ideada como respetuosa de la bidireccionalidad del derecho a crecer y desarrollarse con la familia de origen, puesto que dentro de la ejecución administrativa se debe “*propiciar (...) el regreso del NNA a su grupo o medio familiar y comunitario y su reintegración*”, valiéndose para su concreción de mecanismos rápidos y ágiles que rehúyan la pérdida de conexión y de vínculos entre NNA y sus adultos responsables. Esto grafica que incluso en la última instancia proteccional, el ordenamiento jurídico de la CABA resguarda la importancia de la familia de origen como institución responsable del pleno e íntegro desarrollo de NNA.

PARTE III

DERECHO A LA VIDA FAMILIAR EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

1. Familia jurídicamente protegida en Provincia de Buenos Aires

Al igual que en CABA, las primeras normas integrantes del ordenamiento jurídico familiar de PBA son el artículo 14 bis de la Constitución Nacional de Argentina y el CCyC, que como ya se señaló protegen a las familias en sentido amplio, siendo éstas concebidas por el afecto, la igualdad y el dinamismo familiar, que son subsecuentes al principio de democratización que se imprime mediante dichas normativas.

En el contexto de PBA, el artículo 36 de su Constitución consagra el derecho social de la familia, el cual genera un mandato a la provincia de deber promover “*la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales*”. Este derecho social de la familia requiere integrar a nuevamente al artículo 36 y también al artículo 198 de la Constitución de PBA²⁹⁷, ya que estos entienden respectivamente a la familia como “*núcleo primario y fundamental de la sociedad*” y “*agente educador y social*”, lo que desencadena el requerimiento de una esfera de protección a ésta, cuya materialización en la jurisdicción de PBA se efectúa a través de “*políticas públicas que procuren su fortalecimiento y protección moral y material*”.

Analizar la familia bonaerense requiere integrar a la discusión a Ley 13.298 que sanciona la Promoción Integral de los Derechos de los Niños (en adelante: LPPD), legislación que orienta la comprensión del núcleo protegido. En efecto, el artículo 3° LPPD en materia de políticas públicas expone que el objetivo principal de esta ley es precisamente lograr la “*contención en el núcleo familiar*”, que a su vez es complementada por el artículo 3.1. del reglamento de la ley, concibiendo que la familia no solo se estructura desde los padres, sino que también “*la familia extensa y otros miembros de la comunidad que representen para el niño vínculos significativos en su desarrollo y protección*”.

La investigación cree igualmente pertinente añadir a las Directrices del Riad como elemento de la discusión, pero desde una óptica diferente al análisis de CABA, pues en la PBA estas pautas solo otorgan una perspectiva interpretativa del plexo normativo, según señala el

²⁹⁷ **CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Artículo 198.**- La cultura y la educación constituyen derechos humanos fundamentales. Toda persona tiene derecho a la educación y a tomar parte, libremente, en la vida cultural de la comunidad.

La Provincia reconoce a la familia como agente educador y socializador primario. (Subrayado añadido)

artículo 10 de la LPPD²⁹⁸. Con todo, la integración interpretativa de dichas Directrices y en particular de su párrafo 14 permiten establecer que se debe velar por un ambiente familiar óptimo, de bienestar y estabilidad para el NNA.

En suma, la jurisdicción de PBA no difiere de la línea adoptada tanto a nivel nacional como en la CABA de entender a la familia desde una perspectiva amplia, velando por la protección de los núcleos en función de aspectos integrativos de estos como el bienestar, el afecto, la igualdad y el dinamismo familiar; por tanto, la familia será aquel grupo humano que vive y se vincula significativamente con el NNA, procurando su bienestar y satisfacción plena. Dicha conclusión se complementa con la perspectiva jurisprudencial de la provincia, en la cual ratifica que la familia no es solo aquella de carácter biológico, sino que el sentenciador determina que *“si bien en otro contexto fáctico pus(o) de relieve el valor de la familia biológica y en su momento la restitución del niño al hogar de sus padres biológicos, las excepcionales circunstancias de este caso determinan que ese principio deba ceder toda vez que el interés superior de los niños así lo exige”*²⁹⁹.

2. Derecho a la vida familiar en la Provincia de Buenos Aires

La Constitución de PBA garantiza en su artículo 36 el derecho social de la niñez, debiendo encargarse la provincia de eliminar todos aquellos obstáculos económicos y sociales que no le permitan el ejercicio efectivo de este derecho a NNA. Respecto a la niñez en específico, el numeral 2° del artículo 36 de la Constitución de PBA obliga a la provincia velar por la *“protección y formación integral”*, así como del *“cuidado preventivo y supletorio del Estado en situaciones de desamparo”* y de la *“asistencia tutelar y jurídica en todos los casos”*.

El mandato constitucional se intenta satisfacer con la LPPD, norma que fija el marco jurídico de la protección de la infancia-adolescencia. El objetivo de esta ley es la *“promoción y protección integral de los derechos de los niños”*, velando garantizar *“el ejercicio, disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento legal vigente, y demás leyes que en su consecuencia se dicten”*. Se debe considerar también que el mandato constitucional relativo al cuidado preventivo y supletorio se resguarda en el artículo 3° de la LPPD, en que mediante las políticas públicas de NNA se tendrá como foco la *“contención en el*

²⁹⁸ **LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Artículo 10°.** Se consideran principios interpretativos de la presente Ley, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) Resolución Número 40/33 de la Asamblea General; las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Resolución Número 45/113 de la Asamblea General, y las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices del RIAD), Resolución 45/112.

²⁹⁹ **SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.** Causa C.112.488 (Voto juez Héctor Negri). 28 de marzo de 2012. Consideración.

núcleo familiar, a través de la implementación de planes y programas de prevención, asistencia e inserción social”.

La LPPD en su artículo 6° instaura también la garantía de prioridad, la cual impone al Gobierno Provincial el “*asegurar con absoluta prioridad la realización de sus derechos sin discriminación alguna*”; para ello, el artículo 6° del reglamento de la ley se sitúa en aquellos casos en que dicha realización de NNA pelagra estableciendo que ésta se dará por “*Las acciones u omisiones por parte del Estado, a través de sus instituciones como parte de la familia y de la comunidad, que interfieran, obstaculicen el disfrute o ejercicio de uno o más derechos (...) para que logren su desarrollo integral y pleno*”. Ahora bien, la importancia de la garantía de prioridad en relación con el derecho a la vida en familia radica en la conexión realizada por el artículo 7° LPPD, norma que mandata a la PBA a la “*Protección y auxilio a la familia y comunidad de origen en el ejercicio de los deberes y derechos con relación a los niños*” y que se traduce en un deber provincial de velar por el resguardo y potenciamiento de los núcleos familiares.

A raíz de la garantía de prioridad, es posible cuestionarse respecto de cuáles son los derechos que la PBA fija para NNA. Pues bien, el artículo 11 LPPD hace uso de una técnica legislativa abierta indicando que “*Los derechos y garantías de todos los niños consagrados en esta Ley son de carácter enunciativo*”, siendo reforzada dicha apertura por esta norma al prescribir que a los NNA “*Se le reconocen (...) todos los derechos y garantías inherentes a la persona humana, aún cuando no se establezcan en esta ley*”. Esto permite entender que en la PBA no existe un catálogo taxativo de derechos como sucede en CABA, sino que, producto de la garantía de prioridad se deberá analizar la situación de derechos para velar por el bienestar y desarrollo pleno de los NNA. Al mismo tiempo, los derechos de NNA requieren conectarse suplementariamente a los instrumentos internacionales mencionados por el artículo 10° LPPD, pues éstos constituyen *principios interpretativos* de las garantías de las cuales son titulares NNA.

Este prisma de derechos enunciativos ha permitido que la jurisprudencia juegue un rol importante para determinar concretamente las garantías y su extensión. Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de PBA ha reconocido expresamente el derecho a la vida en familia, atreviéndose incluso a concebirlo como un “*principio general de crecer y desarrollarse en (la) familia de origen*”³⁰⁰. La interpretación surge mediante la integración que los jueces locales realizan del artículo 11 de la LPIDAr correspondiente al “*derecho (...) a crecer y desarrollarse en (la) familia de origen*”, arguyendo que para su efectivización “*se debe hacer todo lo necesario*

³⁰⁰ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Causa C.112.488 (Voto juez Luis Esteban Genoud). 28 de marzo de 2012. Consideración Punto IV.

para que (el NNA) se forme en el seno de su familia biológica”³⁰¹; además, no se puede desatender que estos principios “no son absolutos y ceden cuando (...) la realidad ha demostrado que (...) en particular se han visto vulnerados sus derechos y que las estrategias encaminadas a encausarlos han fracasado”³⁰²

Adicionalmente, el contenido de este derecho ha sido complementado por la propia jurisprudencia Suprema Corte de Justicia de PBA, la cual siguiendo fielmente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala expresamente que “El niño tiene derecho a vivir con su familia”³⁰³, constituyéndose dicho derecho por dos elementos: (1) la obligación de las familias de “satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas”³⁰⁴; y (2) el derecho tiene un componente vincular consistente en “el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos (pues éste) constituye un elemento fundamental en la vida de familia”³⁰⁵ debiendo en tal caso el niño permanecer en el seno de su familia³⁰⁶ cuando no sea contrario a su interés superior.

A modo de conclusión, se señalará que el derecho a la vida en familia en la jurisdicción de PBA forma parte de las garantías de los NNA, el cual se ve complementado jurisprudencialmente al considerarse como un principio que debe formar parte de la orgánica de infancia-adolescencia. Desde la investigación nos permitiremos interpolar este derecho con dos normas afines que refuerzan su consagración: por un lado, el artículo 11 LPPD que garantiza todo derecho inherente al NNA y, por otro lado, la integración de los sentenciadores del artículo 11 LPIDAr relativo al derecho a crecer y desarrollarse en la familia de origen. Al respecto, el derecho a la vida familiar en la PBA debe ser entendido no solo como una garantía a ser efectivizada en un ámbito familiar – biológico, sino que su interpretación y comprensión debe ser desarrollada desde la vivencia e historia de cada NNA, para así garantizar efectivamente su satisfacción.

3. Vulneración del derecho a la vida en familia

3.1. La doble importancia del interés superior del NNA en la Provincia bonaerense

En el plexo normativo de la provincia bonaerense, el interés superior de NNA consagrado en la Constitución Nacional de Argentina, la Constitución de la PBA y la LPPD de PBA adquiere

³⁰¹ *Op. Cit.* SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Causa C.112.488 Consideración Punto IV.

³⁰² *Ibidem.* Consideración Punto IV.

³⁰³ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Causa C.115.102 (Voto juez Héctor Negri). 12 de marzo de 2014. Consideración Punto IV.

³⁰⁴ *Ibidem.* Consideración IV.

³⁰⁵ *Ibidem.* Consideración IV.

³⁰⁶ *Ibidem.* Consideración IV.

un rol trascendental, pues por una parte es la cláusula que orienta la comprensión de la vulneración de derechos en materia de infancia-adolescencia, y por otra parte, es el contrapeso frente al cual cede el derecho que tiene todo NNA de vivir con su familia de origen.

El interés superior de NNA es un principio constitucional en todo el derecho argentino, dada la integración que el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional realiza de la Convención sobre Derechos del Niño. A nivel local, la Constitución de PBA ratifica y reitera la integración de dicha pauta debido a que el artículo 11 de la misma señala que: “*Los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley, y gozan de los derechos y garantías que establece la Constitución Nacional, los que emanan en su consecuencia a través de tratados celebrados por la Nación y los que se expresan en esta Constitución*”.

En la órbita legal provincial, el contenido del interés superior del NNA se estructura a partir del artículo 4° de la LPPD, siendo definido como “*la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos en un marco de libertad, respeto y dignidad*” con el fin de poder “*lograr el desenvolvimiento de sus potencialidades, y el despliegue integral y armónico de su personalidad*”. Por consiguiente, este principio se transforma en la garantía de efectivización de todos los derechos de NNA, orientándose a resguardar y propender hacia el desarrollo holístico de lo físico, mental, espiritual, moral y social de NNA³⁰⁷.

3.1.1. Construcción de la hipótesis de vulneración del derecho a la vida en familia

Resulta clave en este acápite mencionar al artículo 6° del Decreto 300/05 que reglamenta la LPPD de PBA y que se sitúa ante la acción u omisión que afecten los derechos de NNA por parte del Estado, la comunidad o la familia, siendo éstas potenciales generadores de situaciones de amenaza y de vulneración. La distinción reside en que la amenaza implica interferencia, obstaculización o privación de oportunidades para ejercer derechos, mientras que, en sede de violación o vulneración, dichos agentes niegan o impiden su ejercicio, pudiendo ésta sobrevenir producto de una amenaza³⁰⁸.

A juicio de la investigación, las hipótesis de vulneración y/o amenaza no solo generan la reacción de los poderes estatales, sino que se transforman en una obligación ciudadana o deber

³⁰⁷ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Causa C.119.047 (Voto juez Eduardo Julio Pettigiani). 15 de julio de 2015. Consideración I.

³⁰⁸ DECRETO 300/05 DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Las acciones u omisiones por parte del Estado, a través de sus instituciones, así como por parte de la familia y de la comunidad, que interfieran, obstaculicen el disfrute o ejercicio de uno o más derechos, o el acceso a una igualdad de oportunidades para que NNA logren su desarrollo integral y pleno, serán entendidas como amenaza de sus derechos.

Las acciones u omisiones provenientes del Estado, a través de sus instituciones así como parte de la familia y de la comunidad que nieguen, impidan el disfrute o ejercicio de algún derecho a NNA, pudiendo a la vez implicar una amenaza a otros derechos, serán entendidas como violación o vulneración a sus derechos.

social que nace desde el interés superior. Se sustenta esta opinión en el propio artículo 37 LPPD que mandata a “*familiares, responsables, allegados o terceros*” que conozcan de las situaciones de amenaza y/o vulneración de derechos a informarlas, para de tal manera iniciar las acciones de intervención que frenen estas situaciones cuando sean comunicadas, inclusive si se generan en un contexto intrafamiliar³⁰⁹.

Bajo este escenario de vulneración o amenaza de derechos, deviene relevante analizar la tensión entre el derecho a vivir en la familia de origen de todo NNA y el interés superior de NNA, con la finalidad de comprender cuándo este derecho cedería en función de este principio del ordenamiento jurídico.

Normas que encaminan la discusión de las hipótesis de separación son los artículos 35 letra l) y 35 bis de la Ley 13.298. En la especie, ambas normativas otorgan como pauta para la adopción de medidas de abrigo al propio interés superior, detallando el inciso 2° del artículo 35 bis que “*La aplicación de la medida de abrigo (...) siempre se hará en resguardo del interés superior del niño*”, o sea, la adopción de dicha medida de *última ratio* ponderará la gravedad de la amenaza o violación generada por los agentes con el principio del interés superior para proceder en definitiva a la separación del NNA de su núcleo y por tanto, limitar su legítimo derecho a vivir con su familia.

Las normas anteriormente señaladas no pueden ser evaluadas de manera aislada, sino que necesariamente deben ser conectadas con el artículo 35.2 del Decreto 300/05. Esta última norma prescribe que la separación de un NNA de su núcleo familiar se efectuará ante la verificación de motivos graves que amparen su determinación, verificación que deberá ponderarse con el interés superior. Esta afirmación ha sido sustentada y respaldada por Pellegrini, señalando que dada la vaguedad del concepto “*motivos graves*”, será el interés superior del NNA la pauta guía para determinar si procede o no la afectación al derecho a vivir en familia³¹⁰.

³⁰⁹ **LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Artículo 37.** Cuando un niño sufra amenaza o violación de sus derechos y/o sea víctima de delito, sus familiares, responsables, allegados o terceros que tengan conocimiento de tal situación, solicitarán ante los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos el resguardo o restablecimiento de los derechos afectados.

En el supuesto que se formule denuncia por ante la autoridad policital, ésta deberá ponerla de inmediato en conocimiento del Servicio de Promoción y Protección Local.

³¹⁰ “*Sin embargo, el texto legal no determina cuáles son los motivos que habilitan la disposición de este tipo de medidas. De la reglamentación surge que deben ser graves y efectúa una enumeración de circunstancias que implican tal excepcionalidad, sólo a título meramente ejemplificativo, pues la pauta general es el interés superior del niño*”³¹⁰. PELLEGRINI, María Victoria. “*Medidas excepcionales, abrigo y guarda institucional. La relación entre los organismos administrativos y el Sistema Judicial*” *en* INSTITUTO DE ASUNTOS JUDICIALES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y UNICEF ARGENTINA. “*Temas claves en materia de Protección y Promoción de Derechos de niños, niñas y adolescentes en la Provincia de Buenos Aires*”. 1° Edición. UNICEF Argentina. Buenos Aires, Argentina. 2010. P.116.

La investigación se permite concluir que la hipótesis de vulneración de derechos será toda aquella situación de amenaza y/o vulneración que impida el efectivo ejercicio de los derechos de NNA, debiendo ponderarse por parte de los poderes estatales la afectación de origen y el propio interés superior del NNA en la situación concreta. En esa línea, la vulneración al derecho a crecer y desarrollarse en una familia cederá como consecuencia proyectada dentro de las vías de solución determinadas, pues aun cuando implique la limitación de uno de sus derechos, se vela por la satisfacción global de todos los derechos, beneficiando el interés del NNA vulnerado o amenazado en sus derechos.

3.1.2. Función de contrapeso al derecho a la vida en familia

La transversalidad del interés superior del NNA en el derecho argentino nacional y provincial requiere que toda clase de decisiones tomadas por los operadores jurídicos o administrativos en materia de infancia-adolescencia evalúen y consideren este principio. En lo particular, la jurisdicción de PBA establece un baremo en el artículo 4° LPPD que se sintoniza con la realidad de cada NNA³¹¹, buscando obtener la solución más benéfica en función de su interés superior, es decir, su desarrollo integral y proteccional en una circunstancia histórica determinada³¹².

La jurisprudencia del máximo tribunal bonaerense ha fallado en esa dirección, señalando que es necesario evaluar dicho interés superior considerando el factor del contexto histórico del NNA, añadiendo como elemento de esta última idea el criterio de “*preservación de su entorno familiar y mantenimiento de sus relaciones (familiares)*”³¹³. La preservación de su núcleo familiar permitiría garantizar su bienestar, el cual comprende “*sus necesidades materiales, físicas, educativas, culturales, espirituales y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto, seguridad, pertenencia, estabilidad y proyección*”³¹⁴.

Ahora bien, si la permanencia en el grupo familiar en un contexto determinado no le permite la satisfacción de su bienestar, se deberá contrapesar el derecho a vivir y crecer con su

³¹¹ **LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.** Artículo 4° inciso 2°. Para determinar el interés superior del niño, en una situación concreta, se debe apreciar:

La condición específica de los niños como sujetos de derecho.

La opinión de los niños de acuerdo a su desarrollo psicofísico.

La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, y sus deberes.

La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, y las exigencias de una sociedad justa y democrática.

³¹² **SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.** Causa C.112.488. (Voto juez Luis Esteban Genoud). 28 de marzo de 2012. Consideración IV, Punto VII.

³¹³ **SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.** Causa C.120.054. (Voto juez Luis Esteban Genoud.). 1 de junio de 2016. Consideración Punto III.

³¹⁴ *Ibidem.* Consideración Punto III.

familia y el interés superior del NNA. Este principio constitucional ve reflejada su supremacía en el artículo 4° inciso final LPPD, ya que en su aplicación “*cuando exista conflicto entre derechos e intereses de todos los niños, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimo*”, siempre prevalecerán los derechos del NNA. Pues bien, el derecho a vivir y crecer en familia deberá ceder si su ponderación resulta pernicioso, lo cual a su vez “*requiere tomar conciencia de la importancia que deben tener (los) intereses (de NNA) en todas las medidas, (más aún) cuando las medidas tengan efectos indiscutibles en los niños de que se trate*”³¹⁵.

Adicionalmente, el interés superior del NNA no solo deberá ser una pauta de contenido, sino que una guía procesal a la hora de determinar los cursos de intervención. En efecto, es necesario ligar la idea de bienestar en un contexto histórico determinado del NNA y el concepto de centro de vida que considera tanto la LPIDAr como el artículo 716 del CCyC, y que en definitiva establece la competencia de las causas en la materia.

El respeto del centro de vida se vincula fácticamente con el derecho a vivir y crecer con la familia de origen, debido a que este elemento consiste en “*el lugar donde los NNA hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia*”³¹⁶, caracterizándose por ser “*el epicentro de su presencia, su entorno familiar y social, sus afectos, su asentamiento e integración en un medio determinado, con cierto grado de estabilidad y proyección de permanencia*”³¹⁷. Mas este elemento procesal no debe ser aisladamente considerado, sino que ingresa a la discusión del rol de contrapeso del interés superior; en este sentido, cede el factor de conexión del centro de vida – y por ende, el elemento físico del derecho vivir en familia – frente a otras garantías como el derecho a ser oído, siendo afirmado por la jurisprudencia local que “*es el niño quien debe indicar el eje a tener en cuenta para determinar su domicilio legal, sin perjuicio del que tienen sus representantes legales*”³¹⁸.

Finalmente, cabe insistir en la supremacía adjetiva del interés superior frente al elemento centro de vida, en específico respecto de qué organismo administrativo deberá intervenir en el caso en cuestión. Este tema ha sido ampliamente discutido en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de PBA, pues si bien el centro de vida es una “*regla atributiva de competencia fórum personae (que) hace referencia al lugar donde los (NNA) viven efectivamente*”, éste deberá

³¹⁵ *Op. Cit.* SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Causa C.120.054. Consideración Punto III.

³¹⁶ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Causa C.120.271. (Voto jueces Luis Esteban Genoud, Eduardo de Lázari y Daniel Fernando Soria). 7 de octubre de 2015.

³¹⁷ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Causa C.121.483 (Voto juez Eduardo Julio Pettigiani). 7 de octubre de 2015. Consideración III.

³¹⁸ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Causa C.115.227 (Voto juez Juan Carlos Hitters). 15 de marzo de 2012.

flexibilizarse en función del interés superior, generando de tal forma que “*el proceso (quede) despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente a la satisfacción de aquella meta (interés superior)*”³¹⁹. Por ende, la obligación del organismo administrativo será atender al NNA cuando tenga conocimiento de la situación de vulneración y/o amenaza, pudiendo gestionar la búsqueda del servicio que sea afín a este centro de vida.

3.2. Institucionalidad provincial ante la vulneración de derechos.

3.2.1. Sistema de Promoción y Protección Integral de Derechos

En el marco del derecho social de la niñez consagrado en el artículo 36 de la Constitución de la PBA, se mandata a la provincia a “*la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier naturaleza que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales*”, para que de tal manera los NNA puedan ejercer plenamente los derechos de los cuales son titulares. Por esto, el mismo artículo señala que este derecho social de la niñez implica tanto la protección como el “*cuidado preventivo y supletorio del Estado en situaciones de desamparo y a la asistencia tutelar y jurídica en todos los casos*”.

En consecuencia, para los efectos de velar por este cuidado preventivo y supletorio se crea en la jurisdicción de la PBA el Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños (en adelante: SPPD). Este sistema se instaura para intervenir en todos los estadios de realidad de NNA, articulándose por parte del artículo 14 de la Ley 13.298 dos finalidades centrales del mismo: en primer lugar, actuar en “*promover, prevenir, asistir, proteger, resguardar y restablecer los derechos de los niños*”; y en segundo lugar, establecer “*los medios a través de los cuales se asegure el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Constitución de la PBA, la Convención sobre los Derechos del Niño, y demás tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado Argentino*”.

En particular, para lograr los objetivos establecidos en el artículo 14 LPPD de PBA, la propia norma configura como medio a “*las políticas y programas de protección de derechos*”, viéndose éstas materializadas a través de: “*a) organismos administrativos y judiciales, b) recursos económicos; c) procedimiento; d) medidas de protección de derechos*”.

La estructuración del SPPD es establecida también en el artículo 14 LPPD consistente en un “*conjunto de organismos, entidades y servicios que formulan, coordinan, orientan, supervisan, ejecutan y controlan las políticas, programas y acciones*”, y que requiere de la

³¹⁹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Causa C.119.047 (Voto juez Eduardo Julio Pettigiani). 15 de julio de 2015. Consideración I.

actuación prioritaria³²⁰, conjunta e intersectorial de entes públicos – centrales o de carácter desconcentrados – o privados, como complementa el artículo 15 de la LPPD de PBA. La cristalización de este sistema se produce a través de las políticas públicas de promoción y protección integral de derechos de NNA, las cuales consisten en el “*conjunto de orientaciones y directrices de carácter público dictadas por los órganos competentes, a fin de guiar las acciones dirigidas a asegurar los derechos y garantías de los niños*”.

Funcionalmente, la estructuración del SPPD se jerarquiza en tres niveles que se van activando siempre que el nivel anterior no dé satisfacción al requerimiento solicitado. En esa línea, UNICEF Argentina clarifica cada uno de los niveles señalando: un *primer nivel* en que se configuran las políticas públicas de promoción y protección integral necesarias para el desarrollo pleno de los NNA, relativas a educación, cultura, salud, participación, medioambiente y desarrollo social; un *segundo nivel* en que se encuentran las medidas de protección integral de derechos dirigidas hacia la familia y/o los NNA, con el fin de restituir y reparar los derechos vulnerados; por último, el *tercer nivel* consiste en las medidas de protección excepcionales, es decir, aquellas que en beneficio del interés superior del NNA, implican la separación temporal o permanente del NNA de su núcleo familiar ante la insuficiencia de las demás medidas en la reparación y restitución de los derechos vulnerados³²¹.

3.2.2. Ministerio de Desarrollo de la Comunidad de PBA

La estructuración de la institucionalidad de la provincia bonaerense ante la vulneración de derechos se construye desde el Gobierno Provincial y en particular, del Ministerio de Desarrollo de la Comunidad.

La función principal de este Ministerio, conforme al artículo 23 de la Ley 15.164 de la PBA, consiste en la asistencia al Gobernador Provincial en las materias de su competencia. Las mencionadas competencias se encuentran retratadas en el artículo en comento, las cuales se vinculan a materias tales como los adultos mayores, la discapacidad, la migración e incluso la responsabilidad social de la empresa, sin olvidar materias relativas a la infancia-adolescencia y las familias.

³²⁰ **DECRETO 300/05 DEL DEPARTAMENTO DE DESARROLLO HUMANO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Artículo 14.2.** “Los organismos, entidades y servicios que conforman el sistema de promoción y protección de derechos del niño, han de prestar atención prioritaria cuando corresponda su intervención a los efectos de promover, prevenir, asistir, proteger, resguardar y restablecer los derechos de un niño, aún cuando su incumbencia o competencia no sea exclusiva para esta franja de la población”.

³²¹ UNICEF ARGENTINA. “*Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños en la provincia de Buenos Aires. Metodología para su costeo*”. UNICEF Argentina. [en línea] <<https://www.unicef.org/argentina/informes/sistema-de-promocion-y-proteccion-integral-derechos-ninos>> [consulta: agosto de 2020].

En lo relativo a las familias y la infancia-adolescencia, es relevante mencionar funciones reseñadas en el artículo anteriormente señalado tales como: (1) La promoción, protección, integración social y defensa de los derechos de los NNA en cualquier circunstancia; (2) Intervenir en la atención, asistencia y protección de las personas y familias en situación de vulnerabilidad; (5) La coordinación de las políticas asistenciales a las familias o personas; o (7) Intervenir en el diseño e implementación de políticas de protección y promoción de los derechos sociales.

También, el Decreto 300/2005 establece una función a este Ministerio en su artículo 16.4. que precisamente se relaciona con el derecho guía de la investigación. De tal manera, este Ministerio deberá sostener un Programa de Apoyo tanto a las familias nucleares y extensas y cuyo objetivo será *“acompañar y asesorar a las familias para que desarrollen, aumenten y/o refuercen sus habilidades en la crianza, defensa y protección de los derechos de sus hijos”*, el que deberá ser ejecutado por los Servicios Locales de Protección de Derechos. Incluso dicho programa tiene como uno de sus ejes el fortalecimiento de los núcleos familiares, señalándose en el artículo 16.4. número 1° que se trabajará con los adultos responsables con el fin de *“promover sus posibilidades y capacidades para tomar decisiones autónomas”* y que les permitan la protección de los NNA, la inserción de sus grupos familiares y prevenir situaciones de conflictos familiares.

3.2.3. Organismo de Niñez e Infancia

En el disperso plexo normativo de la PBA relativo a infancia-adolescencia, existen múltiples referencias a la Autoridad de Aplicación del SPPD³²²; pues bien, dicha autoridad es conferida al Organismo Provincial de Niñez y Adolescencia, institución regulada en la LPPD como en la Ley 15.164 de PBA y que nace, según el artículo 16 LPPD, con el fin de tener *“a su cargo el diseño, instrumentación, ejecución y control de políticas dirigidas a la niñez”*.

Nacido como el sucesor de la Secretaría de la Niñez y Adolescencia³²³, el Organismo Provincial es una entidad de derecho público erguida por el artículo 44 de la Ley 15.164, de carácter autárquico y dependiente del Ministerio de Desarrollo, cuya principal finalidad es ser el organismo estructurador del SPPD.

Dado que su regulación no es orgánica, vale mencionar algunas de las funciones que la Ley 15.164 le mandata a esta institución, dentro de las cuales se encuentran: (1) Coordinar e implementar las políticas de promoción y protección de NNA según el marco normativo de la

³²² Si bien el Decreto 11/2012 de la PBA instituye a la Secretaría de Niñez y Adolescencia como la Autoridad de Aplicación, las funciones de ésta han sido transferidas al Organismo de Niñez e Infancia conforme lo señala el artículo 45 de la Ley 15.164.

³²³ **LEY 15.164. Artículo 45:** El Organismo Provincial de la Niñez y Adolescencia tendrá el carácter de sucesor institucional de la Ex Secretaría de la Niñez y Adolescencia, y estará a cargo de un director ejecutivo, designado por el Poder Ejecutivo, con rango equivalente a secretario.

PBA; (2) Diseñar programas y servicios para materializar las políticas públicas de infancia-adolescencia; (5) Brindar asesoramiento a los organismos locales de la promoción y protección de derechos; (7) Formular políticas que tiendan a la participación social, para la gestión de las políticas de infancia-adolescencia como aquellas relativas a las familias; (11) Promover la capacitación técnica y profesional requerida para ejercer las tareas del SPPD.

En cuanto a sus funciones como Autoridad de Aplicación, el artículo 16 LPPD mandata a este organismo a: (1) Diseñar los programas y servicios requeridos para implementar la política de promoción y protección de derechos del niño; (2) Ejecutar y/o desconcentrar la ejecución de los programas, planes y servicios; (4) Diseñar y aplicar un sistema de evaluación de la gestión de los programas y acciones que se ejecuten; (8) Desarrollo técnico y profesional de los empleados de la jurisdicción en el área de infancia-adolescencia; (9) Fijar las pautas de funcionamiento y de supervisión de los establecimiento y/o instituciones públicos y/o privados y/o personas físicas que realicen acciones de prevención, asistencia, protección y restablecimiento de los derechos de los NNA.

3.2.4. Defensor de los Derechos del Niño

Si bien la sanción de la LPIDAr no ha sido realizada en la PBA dado que la jurisdicción tiene su propia ley de protección, no es menor señalar que el Defensor de los Derechos del Niño se encuentra precisamente en armonía con lo que dicha ley establece en materia de los defensores, encargando a cada Provincia a legislar cómo instituirá a los Defensores regionales.

En la PBA, el Defensor del Niño ha sido concebido por el artículo 16.1. del Decreto 300/05 como un órgano unipersonal, independiente y autónomo, con iniciativa legislativa y procesal³²⁴ en la jurisdicción y cuya misión es *“la defensa, promoción y protección de los derechos del niño, que se encuentran amparados por la Constitución Nacional, Provincial, las leyes provinciales”* ante situaciones ejecutadas u omitidas por parte de los organismos formantes del SPPD.

Cualquier ciudadano podrá acceder a realizar una denuncia ante el Defensor del Niño, quien deberá otorgar una respuesta de la verificación del hecho en un plazo de 48 horas, que implicará la interacción con el Ministerio de Desarrollo para efectos de que éste remuevas los obstáculos encontrados. Esta autoridad puede solicitar información a cualquier organismo de la jurisdicción, sin que éste le oponga reserva a su actuación.

³²⁴ **DECRETO 300/05 DEL DEPARTAMENTO DE DESARROLLO HUMANO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Artículo 16.1. inciso 7°:** “(El defensor de los Derechos de NNA) Tiene iniciativa legislativa y procesal. Puede requerir de las autoridades públicas en todos sus niveles la información necesaria para el mejor ejercicio de sus funciones sin que pueda oponérsele reserva alguna”

3.2.5. Servicios Zonales de Protección

En cuanto a la estructura funcional y de despliegue del SPPD, una de las figuras introducidas son los Servicios Zonales de Protección. Éstas son instituciones administrativas localizadas regionalmente por parte del Ministerio de Desarrollo Humano y que se conforman por un equipo profesional interdisciplinario, según señala el artículo 18.4. del Decreto 300/05.

Las funciones de este equipo multidisciplinario igualmente son detalladas en el artículo 18.4. del Decreto 300/05, resultando relevante mencionar: (1) Coordinar, supervisar e informar la labor de los Servicios Locales de Protección de su zona; (2) Solucionar conflictos agotada la intervención en los Servicios Locales de Protección; (3) Actuar como Servicio Local donde estos no existan.

3.2.6. Servicios Locales de Protección

Por último, la institución base de las intervenciones en materia de vulneraciones de derechos de NNA son los Servicios Locales de Protección. Estos son estatuidos por la Ley 13.298 y su decreto reglamentario, siendo nombrados por parte del Organismo Provincial de Niñez y Adolescencia a nivel municipal.

Conforme al artículo 18 LPPD, los Servicios Locales de Protección de Derechos son unidades técnico-operativas cuya principal función es *“facilitar que el niño que tenga amenazados o violados sus derechos, pueda acceder a los programas y planes disponibles en su comunidad”*, debiendo idealmente ejecutarse la acción de reparación de forma inmediata y si es posible, de manera directa con los recursos del propio organismo. Dicha acción debe ceñirse a los principios institucionales que el artículo 18.3 del Decreto 300/05 detalla, es decir: (1) el derecho del NNA a ser oído y que su opinión sea considerada; (2) la participación familiar; (3) el derecho a la información y asesoramiento para el NNA; (4) la prohibición de arbitrariedad en la vida del NNA y su familia; y (5) el velar para que las medidas aplicables siempre tengan como finalidad el mantenimiento del NNA en su familia de origen, siempre que no sea contrario al interés superior del NNA.

Estos organismos son centrales a la hora de analizar las vulneraciones de derechos de NNA, pero a la vez, resultan aún más importantes a la hora de entender la separación del NNA de su núcleo familiar. Esto gracias a que el inciso 2º del artículo 18 LPPD establece como uno de los ejes de su prestación de servicios el *“buscar la alternativa que evite la separación del NNA de su familia o de las personas encargadas de su cuidado personal”*, planteando soluciones que vayan

en el camino de superar la amenaza que provocaría la separación antes de que ésta se haga efectiva.

Entonces, la formulación de propuestas para evitar la separación del NNA implicará la búsqueda de las soluciones eficaces y eficientes para poder evitar dicha situación, implementando *“con recursos propios de las áreas locales y municipales de niñez, (y si no es suficiente), deben coordinar con las áreas correspondientes, a fin de asegurar con absoluta prioridad el cumplimiento de los derechos de los NNA sin discriminación alguna”*³²⁵.

En cuanto a las funciones de los Servicios Locales, éstas se encuentran en el artículo 19 LPPD, pudiendo ser destacadas: (a) Ejecutar las acciones para prevenir, asistir, proteger y restablecer derechos de NNA; (b) Recibir denuncias o actuar de oficio ante el conocimiento de una situación de existencia de violación o amenaza de derechos de NNA; (c) En consonancia con el interés superior del NNA, propiciar y ejecutar alternativas que eviten la separación del NNA de sus adultos responsables; (d) Participar en los procedimientos de declaración de susceptibilidad de adopción; (e) Ante conflictos familiares, buscar fórmulas de resolución de conflictos de carácter consensual que tengan por finalidad la facilitación del ejercicio de deberes para con los NNA que se encuentran a su cargo.

En lo relativo a las competencias que poseen estos Servicios Locales, éstas son detalladas en el inciso 2 del artículo 18.2 del Decreto reglamentario, señalándose al respecto que éstas son: (1) Ejercer funciones de promoción y protección de derechos de los NNA a nivel municipal; (3) Adoptar medidas urgentes en resguardo del NNA, incluso cuando no éste dentro de su competencia territorial; (4) Monitorear las situaciones que a su conocimiento llegaron, pese a no ser de su competencia, respecto del Servicio que ha tomado la bandera del caso; (6) Planificar y supervisar las alternativas para evitar la separación del NNA de su familia.

3.3. Medidas de protección

Con el fin de poder preservar o restituir garantías de NNA que se hayan visto afectadas producto de una acción u omisión de personas jurídicas o naturales, surgen por parte del artículo 14 LPPD de PBA las medidas de protección como medio dentro del SPPD. Estas medidas se encuentran consagradas en el artículo 32 LPPD como *“aquellas que disponen los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos cuando se produce, en perjuicio de uno o varios niños, la amenaza o violación de sus derechos o garantías”*.

³²⁵ Op. Cit. UNICEF ARGENTINA. *“Sistema de Promoción y Protección Integral (...)”*. [consulta: septiembre 2020].

El artículo 33 LPPD³²⁶ las caracteriza como temporalmente limitadas, revisables periódicamente según la naturaleza de la medida fijada y adoptables durante el período en que se produce la amenaza y/o vulneración de derechos de los NNA. Por su parte, el artículo 34 LPPD fija como prioritario aplicar aquellas medidas que sean respetuosas de los núcleos familiares, fomentando la participación de sus integrantes y resguardando su protección.

Cabe destacar que la estructuración de las medidas de protección está sintonizada con el mandato del artículo 36 de la Constitución provincial, pues la reacción estatal es tendiente a mantener y respetar los núcleos familiares a través de los programas de intervención³²⁷. El quid de dichos programas es eliminar los obstáculos que se produzcan a NNA en el ejercicio de sus derechos, así como ser parte de la actuación preventiva y supletoria que despliega el Estado ante una vulneración del derecho social-constitucional de la niñez contemplado en la carta magna de la PBA.

Respecto del catálogo de medidas dispuestas en la jurisdicción bonaerense por el artículo 35 de la LPPD, es necesario separar su análisis entre aquellas de carácter genéricas o intrafamiliares y las de carácter excepcionales o extrafamiliares, las cuales son posibles de adoptar una vez verificada la amenaza o vulneración de derechos por parte de los organismos de intervención del SPPD.

3.3.1. Medidas de protección genéricas

El artículo 34 LPPD menciona que las medidas de protección prioritariamente aplicables como mecanismo terapéutico son aquéllas que tienden a preservar y fortalecer los vínculos familiares, y es bajo esa óptica son proyectadas las medidas de protección genéricas del artículo 35 de la LPPD.

Es así como las medidas de protección genéricas o intrafamiliares consisten en aquellas que permiten actuar al SPPD dentro de un núcleo familiar, con el fin de remover las dificultades y problemas que las familias de origen pudiesen presentar en relación con la crianza y desarrollo de

³²⁶ **LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Artículo 33.** Las medidas de protección de derechos son limitadas en el tiempo, se mantienen mientras persistan las causas que dieron origen a la amenaza o violación de derechos o garantías y deben ser revisadas periódicamente de acuerdo a su naturaleza.

En ningún caso una medida de protección de derechos a de significar la privación de libertad ambulatoria del niño. El cese de la medida proteccional por decisión unilateral del niño, no podrá ser sancionada bajo ningún criterio o concepto. En consecuencia, queda expresamente prohibido disponer medidas de coerción contra el niño por razón del abandono del programa.

³²⁷ **LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Artículo 34 inciso 2°.** Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, laborales o de vivienda son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares

NNA³²⁸. En su determinación, prima la búsqueda de consensos y el compromiso entre los intervinientes³²⁹ y la razón de ello es facilitar la reparación de los derechos vulnerados por medio de políticas sociales que no impliquen la separación del NNA de su familia de origen.

Dentro del catálogo de medidas de protección genérica orquestado por el artículo 35 LPPD, es posible establecer como aspecto en común que estas respetan la estructura del núcleo familiar, permitiendo a través de su ejecución el fortalecimiento y la protección de los derechos de NNA y relevando a los adultos responsables un importante rol para su éxito. Destacan en ese sentido las medidas de: “a) *Apoyo para que los niños permanezcan conviviendo con su grupo familiar*; b) *Orientación a los padres o responsables*; c) *Orientación y seguimiento temporarios al NNA y/o su familia*; g) *Inclusión del NNA y la familia en programas de asistencia familiar*; h) *Cuidado del niño o adolescente en el propio hogar, orientado y apoyando a los padres, representantes o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, conjuntamente con el seguimiento temporal de la familia y del niño a través de un programa*; k) *Asistencia económica*”.

3.3.2. Medidas de protección excepcionales

Las medidas de protección excepcionales son aquellas medidas de carácter extrafamiliar detalladas en el artículo 35 letra l) LPPD y que consisten en la “*permanencia temporal, con carácter excepcional y provisional, en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o de salud*”. Asimismo, su configuración debe atender a los principios generales del fuero penal y de familia reglados por la Ley 13.634, cuyo artículo 7° dispone 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 carácter excepcional y será aplicada como medida de último recurso, por el tiempo más breve posible y debidamente fundada*”.

En esta materia en particular, es posible visualizar que el conjunto normativo es particularmente disperso, debiendo para tales efectos evaluar tanto la LPPD como el Decreto 300/05, añadiéndose asimismo las resoluciones N° 171-2007 del Ministerio de Desarrollo Humano de la PBA y la Resolución N° 377-2015 de la Secretaria de Niñez y Adolescencia de la PBA. Este complejo conjunto de normas delinean tanto la medida de abrigo como la guarda institucional, las cuales constituyen las vías que el ordenamiento jurídico de la provincia bonaerense instaura como *última ratio* de reparación de los derechos vulnerados de NNA.

³²⁸ *Op. cit.* PELLEGRINI. "Medidas excepcionales (...)". P.114.

³²⁹ *Ibidem.* P.114.

En cuanto a aspectos en común entre ambos dispositivos, es destacable el rol que ejerce la Resolución 171 del Ministerio de Desarrollo Humano de la PBA, y en particular el acápite relativo a las “*Consideraciones a tener en cuenta para el ingreso y/o permanencia de un niño en un espacio residencial ajeno al de su familia*”. En la materia, la resolución ministerial instituye cuáles son los requisitos formales que debe contar la autorización del SZPP al momento de solicitar el abrigo o la guarda institucional³³⁰; la regla general de que la intervención a través de este medio debe ser la *última ratio*, primando siempre la intervención intrafamiliar cuando ésta no sea el causante de la vulneración; además de la obligatoriedad de contar con la autorización administrativa expresa, pues de lo contrario se hallaría ante una irregularidad en la medida; el límite de edad para la determinación de la medida de hasta 18 años; y el factor de judicialización que en ambas se presenta.

La medida de abrigo como la guarda de abrigo requieren un análisis independiente, debido a las diferencias normativas sustantivas como adjetivas que cada una de ellas presenta. Además, dicho análisis por separado se debe a que en su aplicación, las cifras otorgadas por parte de la UNICEF Argentina y la SENNAF en el año 2014 muestran que la guarda institucional de gestión pública o privada concentraba un 99,4% frente a un 0,6% que de NNA en dispositivos de carácter familiar, de los cuales su totalidad son de gestión privada³³¹, evidenciando en aquel entonces que el ordenamiento jurídico de PBA no tenía estatalmente un modelo de gestión que permita la reparación de derechos en el seno de un núcleo familiar para NNA.

3.3.2.1. Medida de abrigo

La medida de abrigo incorporada por medio del artículo 35 bis LPPD de PBA³³² es aquella medida de protección excepcional cuyo objeto es “*brindar al NNA un ámbito alternativo al grupo de convivencia cuando en éste se encuentren amenazados o vulnerados sus derechos*”. Esta medida alternativa de *última ratio* se hace imperiosa dentro del SPPD debido a que, si bien se confía en buscar soluciones desde la participación familiar, muchas veces “*ante una disfuncionalidad o imposibilidad de ejercicio de la adecuada función y responsabilidad de los progenitores (o familia de origen) de un NNA (...) no es posible conceder a sus progenitores la*

³³⁰ **RESOLUCIÓN N° 177 – 2007 DEL MINISTERIO DE DESARROLLO HUMANO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.** “1.- Autorización fehaciente y por escrito. Esta autorización deberá taxativamente indicar: Nombre y apellido del niño; su edad; todos los datos de identificación conocidos, así como los de sus padres o familiares; la estrategia trazada, con qué objetivo y los plazos proyectados; el (los) responsable (s) del seguimiento.

³³¹ *Op. Cit.* UNICEF ARGENTINA. “*Estado de la situación de la niñez (...)*”. P. 126.

³³² A nivel legal, las medidas de abrigo fueron incorporadas por medio de la Ley 14.537 (Boletín Oficial. Núm. 27133. 30 de agosto de 2013). Previamente, su consagración solo se encontraba en el Decreto 300/05, siendo el concepto incorporado una retirada del artículo 35.1 del decreto antes mencionado.

exclusiva autonomía para procurar el restablecimiento de tales derechos afectos o definir la forma de llevarlo a cabo”³³³.

3.3.2.1.1. Excepcionalidad de la medida de abrigo

Al ser de carácter excepcional, su aplicación se encuentra motivada a situaciones específicas que hacen necesaria la separación del NNA de su familia, pues conforme a la ponderación realizada con el interés superior de los NNA, ésta resulta más benéfica para la protección integral de sus derechos. En esa línea, el Decreto 300/05 clarifica las hipótesis bajo las cuales cede el derecho a la vida en familia para proceder a la separación del NNA, señalando el artículo 35.4. del mencionado decreto que ésta se aplicará: (1) Cuando las violaciones del niño impliquen grave perjuicio a su integridad física, psíquica y social y haya necesidad de apartarlo mientras se evalúan otras estrategias (2) Cuando sea insostenible para ese NNA la situación de convivencia dentro de dicho núcleo; y (3) Cuando el NNA esté perdido o desvinculado de su familia y se encuentren en la búsqueda de su familia extensa, tutores o guardadores.

3.3.2.1.2. Temporalidad. Antinomia en el sistema

Otra característica de esta medida radica en la temporalidad de la separación del NNA. La primera norma que otorga dicha característica es el artículo 35 bis LPPD de PBA, el cual en la parte final de su inciso primero delimita fácticamente el período de aplicación, señalando que éstas se aplicarán *“hasta tanto se evalúe la implementación de otras medidas”* que permitan la restitución o rehabilitación de los derechos afectados.

Con todo, el aspecto temporal presenta un problema de antinomia debido a la dispersión del plexo normativo, ya que desde el ángulo legal, el artículo 35 bis inciso 8° LPPD otorga un plazo de 180 días máximo para la aplicación de éstas³³⁴, mientras que el artículo 35.3 del Decreto 300/05 regla que la medida no podrá exceder un lapso de 30 días prorrogables judicialmente por otros 30 días como máximo.

³³³ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Causa C.(A) y Otro. Abrigo (Voto juez Eduardo Julio Pettigiani). 6 de junio de 2012.

³³⁴ El motivo que se aduce por parte del legislador en la Ley 14.537 para introducir la medida de abrigo dentro de la legislación de la LPPD es que el *“El establecimiento del plazo máximo de duración del abrigo en 180 días implica una reforma sustancial al sistema de promoción y protección; pues no solo impone al organismo administrativo y judicial la pronta resolución de la situación de adoptabilidad de los niños, sino que cercena toda posibilidad de prolonga la institucionalización del niño, niña o adolescente a través de figuras alternativa”*. Además, se logra a través del establecimiento de dicho plazo *“equiparar los plazos del sistema de promoción y protección con los establecidos para la adopción, tanto en el proyecto de reforma nacional como en el proyecto provincial expediente”* FUNDAMENTOS DE LA LEY 14.537 [en línea] <<https://normas.gba.gob.ar/documentos/V9Mlgh3V.html>> [consulta: septiembre 2020.]

Dicha antinomia desencadena que, frente a la situación de vencimiento del plazo de las medidas genéricas sin lograr los objetivos terapéuticos, se manifiestan dos cursos procedimentales con términos temporales diferentes. En dicho orden de ideas, el artículo 35 bis inciso 8° LPPD versa que “*Vencido el plazo (de 180 días) se deberá proceder de conformidad con lo regulado por la ley respectiva*”, obligando en tal caso al Servicio de Promoción y Protección de Derechos a comunicar la determinación de utilizar la medida de abrigo en un plazo de 24 horas al Asesor de Incapaces³³⁵ y al Tribunal de Familia – quien se integra al SPPD – respectivo, debiendo resolver dicho tribunal en un plazo máximo de 72 horas la legalidad de la medida. Mientras que el artículo 35.6³³⁶ del Decreto 300/05 mandata al Servicio Local de Protección a comunicar dentro de 5 días vencido el plazo al Asesor de Incapaces los resultados de la intervención de la medida de abrigo, explicando a través de dicha comunicación si es necesaria la mantención de dicha medida, junto con las fortalezas y debilidades visualizadas en el período terapéutico, prescindiendo de tal manera de la actuación judicial.

A juicio de la presente investigación, una materia tan sensible como lo es la separación de los NNA de su núcleo familiar como mecanismo terapéutico debe tener claridad procedimental y la mala técnica legislativa en PBA genera un efecto confuso en cuanto a la forma de desarrollo de dicha medida. Creemos en este caso que la superación de la antinomia implicará que los operadores jurídicos y administrativos que intervienen en el SPPD deberán ser aún más celosos en estos aspectos adjetivos, siendo el interés superior del NNA el que primará en el curso a seguir, debiendo respetarse la realidad histórica del NNA y conciliando la evaluación la opción menos lesiva para éstos.

3.3.2.1.3. Actuación híbrida administrativa-judicial

La medida de abrigo integra dentro del curso procedimental a la judicatura para evaluar la legalidad de su determinación. Previo a la adición por parte de la Ley 14.537 del artículo 35 bis,

³³⁵ **LEY DEL MINISTERIO PÚBLICO (Ley N°14.442). Artículo 38.** Deberes y atribuciones del Asesor de Incapaces. Corresponde al Asesor de Incapaces: 1. Intervenir en todo asunto judicial o extrajudicial que interese a la persona o bienes de los incapaces, cuando las leyes lo dispongan, so pena de nulidad de todo acto o proceso que tuviere lugar sin su participación, sin perjuicio de la responsabilidad de quienes - por acción u omisión- la hubieren impedido.

³³⁶ **DECRETO 300/05 DEL DEPARTAMENTO DE DESARROLLO HUMANO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Artículo 35.6.** Vencidos los plazos establecidos en el art. 35.3 sin haberse modificado las circunstancias que motivaron la medida, y no habiéndose encontrado estrategias de protección de derechos para reintegrar el niño a su grupo familiar, el Servicio Local de Protección de Derechos deberá presentar por escrito al Asesor de Incapaces, en el plazo de cinco días una síntesis de lo actuado con el niño y su familia, donde deberá ponderarse en forma precisa las fortalezas y debilidades del núcleo familiar, las estrategias desarrolladas y los resultados obtenidos. En el mismo escrito deberá fundar –en su caso- la necesidad de mantener la separación del niño de su grupo familiar, el ámbito de convivencia sugerido, si existe acuerdo de sus padres o representantes legales y requerir del Asesor de Incapaces la promoción de las acciones civiles que estimen necesarias para la protección de los derechos del niño.

la Suprema Corte de Justicia de la PBA advirtió la necesidad de que los jueces evalúen las garantías de NNA en el curso del procedimiento, argumentando que “*la sola intervención de la autoridad administrativa especializada para resolver tales cuestiones vinculadas al alojamiento de menores en ámbitos alternativos, aún dispuesta en forma consensuada de estos, muestra como insuficiente garantía a la luz de las exigencias de revisión contenida en los documentos en relación con los intereses en juegos*”³³⁷, creyendo relevante el rol de los jueces en razón de que el abrigo involucra privación de derechos como la libertad y la vida junto a su familia de origen. Lo anterior motiva la necesidad de un control judicial de estas medidas, “*sobre su legalidad (debiendo) pensarse en exclusivo beneficio e interés del (NNA), de modo tal que la autoridad judicial intervenga a los fines de convalidar y así reforzar la inicial percepción del organismo administrativo*”³³⁸ sobre el conjunto de aspectos relativos a esta medida de *última ratio*.

Siguiendo la interpretación jurisprudencial del máximo tribunal de la provincia, el legislador contempla en la introducción del artículo 35 bis LPID de CABA a los tribunales en tres situaciones: (1) Conforme al inciso 7° del mencionado artículo, su actuación se requerirá ante situaciones de violencia intrafamiliar y/o maltrato infantil³³⁹, en la cual el agresor no pueda ser extraído del núcleo familiar; (2) de acuerdo al inciso 9°, intervendrá la judicatura en aquellas situaciones en que fracasaren las medidas genéricas de protección por causa imputable a los familiares a cargo o exista evidente estado de vulnerabilidad de derechos, dando paso a la evaluación de la declaración de situación de adoptabilidad; (3) finalmente, el inciso 10° es la regla general señalando que el Servicio de Promoción y Protección de Derechos debe intervenir en la procedencia de la medida de abrigo, incluso habiendo anuencia de los progenitores respecto del curso de la mencionada medida.

3.3.2.1.4. Motivos graves

La legislación relativa a la separación del NNA de su familia de origen en virtud de una medida de abrigo debe verse motivada por el interés superior de estos según el artículo 35 bis inciso 2° LPPD. Dicha norma no puede ser interpretada aisladamente, dada la existencia de la norma reglamentaria del artículo 35.2. relativa a los motivos graves, que según ya se señaló, precisamente se orienta según este principio.

³³⁷ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Causa C.(A) y Otro. Abrigo. (Voto juez Eduardo Julio Pettigiani). 6 de junio de 2012.

³³⁸ *Ibidem*. Voto juez Eduardo Julio Pettigiani.

³³⁹ En materia de violencia intrafamiliar y maltrato infantil, el legislador razona en que estos casos la comunicación inmediata entre el organismo administrativo y los jueces de Familia se debe a que “*en estas situaciones la protección de los niños demanda una intervención judicial efectiva, por ejemplo, a través de exclusión del hogar del agresor, supuesto que excede las facultades administrativas*”. FUNDAMENTOS DE LA LEY 14.537 [en línea] <<https://normas.gba.gob.ar/documentos/V9Mlgh3V.html>> [consulta: septiembre 2020].

Ahora bien, el artículo 35.2 del Decreto 300/05 solo se limita a señalar que los motivos graves “*por sí mismo autorizan la separación del niño de su grupo familiar*”, por lo cual, este concepto carece de claridad dentro del SPPD. En este caso, la redacción del reglamento solo opta por redirigir la norma hacia la CDN, señalando que los motivos graves están dados “*por la letra y espíritu de los artículos 9° y 19 y concordantes de la CDN*”.

Conviene señalar que son los artículos 9.1. y 19.1 CDN los que más claramente sirven como pauta de orientación para resolver este concepto reglamentario. A saber, nuevamente será el interés superior del NNA el que debe guiar la separación, siendo este principio el contrapeso del derecho a la vida en familia; se detalla por parte del artículo 9.1. CDN los ejemplos en que se visualizarían motivos graves *per se* tales como el maltrato o el descuido³⁴⁰, sumándose a dicha argumentación el artículo 19.1 CDN que detalla que las medidas a adoptarse para proteger NNA serán aquellas “*contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual*”.

3.3.2.1.5. Respeto a la familia de origen

El respeto de los derechos intrínsecos de todo NNA y en especial su derecho a crecer y desarrollarse junto con su familia de origen forman parte del eje estructural del conjunto de medidas de protección. Así como en las medidas de protección genéricas el trabajo de intervención se articula desde la familia, en las medidas excepcionales la revinculación del NNA separado de su familia con ésta es parte indispensable de las estrategias a trazar.

En relación al resguardo de los derechos de todo NNA, el inciso 4° del artículo 35 bis LPPD solamente refuerza sus garantías, obligando al aparato estatal a velar por su participación en el procedimiento conforme a su autonomía progresiva, informándole el carácter de las medidas susceptibles de seguir y en todo momento respetando su opinión³⁴¹; en tanto el artículo 35.3. del Decreto 300/05 protege al NNA de sus derechos de intimidad, honra, reputación y creencias durante el período de abrigo. Además, se orienta al respeto del centro de vida de desarrollo del

³⁴⁰ **CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Artículo 9.1. 1.** Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

³⁴¹ **LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Artículo 35 bis inciso 4°.** El NNA tendrá una participación activa en el procedimiento y, de acuerdo a su edad y grado de madurez, se le deberá informar que tiene derecho de comparecer con asistencia letrada; sobre la naturaleza de la medida que se va a adoptar y se deberá garantizar su intervención en la definición de las alternativas de convivencia, con especial consideración de su opinión al momento de tomar la decisión.

NNA, manifestándose dicha garantía en el artículo 35 bis inciso 5° LPPD debido a que se “*buscará la ubicación del mejor lugar para cada NNA cerca de su domicilio*”.

Referente a la familia como parte de la intervención, se visualiza el respeto a la realidad histórica del NNA y sus vínculos socioafectivos en el artículo 35 bis inciso 3° LPPD, el cual plantea que se buscará el acogimiento prioritario dentro de su “*familia ampliada u otros miembros de la comunidad vinculados con el NNA (...) al momento de establecer el ámbito alternativo de convivencia*”. La búsqueda de dichas relaciones refleja la coherencia existente con el interés superior del NNA y su historia de vida, permitiendo de tal manera que el dispositivo familiar alternativo “*efectivamente les suministre todos los instrumentos necesarios para conocer su propia identidad y así saber quiénes son, qué roles pueden asumir, cómo se deben insertar en la realidad que las circunda y así poder arribar a logros que les posibiliten abrirse paso en la vida, garantizándose en pertenencia, contención y el resguardo de sus derechos, a la vez que se constituye en sólido cimiento afectivo, social y material*”³⁴².

Junto con lo anterior, se busca mediante el establecimiento de las medidas excepcionales que exista revinculación familiar. Esta idea matriz surge desde la concepción de éstas, dado que el artículo 35 bis inciso 1° LPPD señala que su aplicación será “*hasta tanto se evalúe la implementación de otras medidas*” que precisamente son aquellas de carácter intrafamiliar, ordenando que el despliegue protector evalúe durante la aplicación del abrigo “*otras medidas tendientes a remover los obstáculos que impedían la debida protección de los derechos del NNA*” como plantea el inciso 5° del artículo en comento.

Finalmente, el eje de la revinculación propiamente tal se ve reflejado en plenitud en la ejecución de la medida de abrigo. Es así como el artículo 35 bis inciso 5° LPPD expresamente señala que el trabajo terapéutico se deberá desarrollarse por medio de la “*revinculación del NNA con su familia de origen*”, debiendo en todo el período facilitarse “*el contacto con la familia de origen*”³⁴³ y velando “*mantener la unidad entre hermanos*”. Dicha revinculación no solo requiere un trabajo con el NNA, sino también entre sus integrantes para efectivamente alcanzar los objetivos de la intervención; esta cuestión es recogida por el artículo 35.2. del Decreto 300/05 que plantea que “*se deberá trabajar con la familia del niño a fin de procurarle la orientación y condiciones necesarias para abordar las dificultades que ocasionaron la medida dispuesta*”.

3.3.2.2. Guarda institucional

³⁴² *Op. Cit.* SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Causa C.(A) [...]. Voto juez Eduardo Julio Pettigiani.

³⁴³ En la misma línea, el artículo 35.3 del Decreto 300/05 garantiza que durante “*el transcurso de la ejecución de la medida se favorecerá todo contacto o vinculación del niño con su familia*”.

A diferencia de la medida de abrigo, la guarda institucional o institucionalización³⁴⁴ no ha sido integrada a nivel legal, sino que es regulada por medio de la Resolución 171 – 2007 del Ministerio de Desarrollo Humano de PBA y por la Resolución N° 377-2015 de la Secretaría de Niñez y Adolescencia de PBA.

Esta medida de protección excepcional es el último escalafón dentro del SPPD, surgiendo una vez que fracasa la medida de abrigo, o bien, cuando se dé la situación de necesidad de un mayor plazo para el armado de una estrategia sustentable que permita la inclusión del niño en su familia, en una familia o en un espacio de vida autónomo³⁴⁵. En cuanto a la temporalidad, ésta es expresamente limitada a un plazo máximo de 180 días.

En cuanto a la procedencia de la medida, se debe recurrir a la Resolución 171-2007 que detalla aspectos formales a cumplir para que ésta sea válida. Al respecto, el Servicio Zonal de Protección deberá identificar los motivos de la petición de la medida de abrigo, las estrategias previamente desplegadas y sus resultados e informes psicosociales de la causa; dichos documentos son necesarios pues al ser una medida que vulnera el derecho a vivir con su familia de origen, se impediría un trabajo eficiente, respetuoso de su persona y dignidad³⁴⁶.

La ejecución de esta medida se lleva a cabo por los Hogares Convivenciales, los cuales tienen la responsabilidad de brindar el espacio alternativo para la restauración de los derechos vulnerados. Las instituciones partícipes deben cumplir con el mandato de la Resolución N°377-2015, la cual señala que éstas deben tener como objetivo principal “*el despliegue de todas las acciones necesarias para la restitución de los derechos vulnerados, en forma articulada con el/los Servicios de Promoción y Protección que intervengan*”. Para el cumplimiento de este objetivo, los Hogares Convivenciales deben proporcionar a los NNA de un ambiente afectivo y armónico, donde se satisfagan sus necesidades básicas, puedan desarrollar sus potencialidades y adquirir capacidades conforme a su edad, madurez y gusto.

El trabajo durante la intervención de la guarda institucional debe propender a la revinculación familiar a través de la integración de los familiares y referentes del centro de vida. Por ello, dentro del dispositivo institucional se orientará al NNA al reconocimiento de la situación lesiva de sus derechos, debiéndose también mantener el contacto con la familia como de los integrantes de su círculo afectivo-social -siempre que el interés superior lo permita – de todas las

³⁴⁴ *Op. Cit.* PELLEGRINI. "Medidas excepcionales (...)". P.120.

³⁴⁵ **Resolución N° 177 – 2007 del Ministerio de Desarrollo Humano de la Provincia de Buenos Aires. Anexo II.** Sistema de promoción y protección de derechos.

³⁴⁶ **Resolución N° 177 – 2007 del Ministerio de Desarrollo Humano de la Provincia de Buenos Aires. Anexo II.** Sistema de promoción y protección de derechos. Consideración II, N°3.

formas posibles, con el fin de evitar una situación de desapego que eventualmente se pudiese generar.

Finalmente, la evaluación de la estrategia de intervención se deberá realizar cumplido el plazo trazado para sus objetivos. En el evento de que los resultados no sean los esperados, *“los SPPD elevarán al Asesor de Incapaces el informe del plan estratégico de restitución de derechos, informando tal situación y solicitando que ese organismo tome las acciones civiles que estime correspondan, a la vez sugiriendo cuál es la más deseable para el niño”*. Ante esta situación, la resolución de la Secretaría plantea una excepción al plazo máximo de 180 días, señalando que, hasta la consolidación y efectivización de las acciones civiles posibles de ejercer, es posible que la permanencia del NNA se prolongue, analizándose dicha situación en sede de familia que es la que determina la plausibilidad de la guarda institucional.

CAPÍTULO IV

ESTADO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR EN CATALUÑA

El ordenamiento jurídico español reúne un conjunto de normas de carácter comunitario, estatal y local, los cuales se complementan y permiten estudiar a cabalidad cómo se regulan los diferentes aspectos del derecho a la vida familiar.

Ahora bien, ¿por qué se escoge específicamente la regulación catalana a la hora de analizar la garantía que se investiga? Estimamos que dicha jurisdicción posee un sistema netamente administrativo que va en línea con las consideraciones de la comunidad internacional relativas a la regulación del derecho a la vida familiar. Además, es un sistema normativo que cubre todas las aristas del derecho en cuestión desde una óptica clara, razón por la cual ha servido como inspiración para el desarrollo de normativas de niñez y adolescencia en el derecho comparado, como lo es el futuro Sistema de Garantías chileno.

La concesión realizada por parte de la Constitución Española a las Comunidades Autónomas de desarrollar sus sistemas de protección de NNA le ha permitido a Cataluña tener una regulación que controla aspectos como el concepto de familia, la importancia de la vida en familia y el contar con una institucionalidad administrativa fuerte que garantice los derechos de NNA.

El análisis a realizar será de carácter descriptivo del conjunto de normas e instituciones que se presentan en el ordenamiento catalán. Junto con ello, este análisis descriptivo centrado en el derecho a la vida familiar permitirá comprender el tratamiento de este derecho desde una óptica en particular, debido que a diferencia de lo sucedido en los ordenamientos jurídicos anteriormente expuestos, la jurisdicción catalana delimita de una manera diferente las hipótesis de vulneración de derechos, distinguiendo entre aquellas vulneraciones que no separan al NNA de su familia y aquellas que sí lo realizan, siendo un aspecto positivo que se puede ver desde ya.

Por último, el análisis descriptivo desarrollará cuáles son las medidas alternativas de cuidado de NNA, el desarrollo normativo que las detallan y por último, cómo es el Estado quien se hace cargo completamente de entregar esta clase de prestaciones, siendo otra de las diferencias con los demás sistemas, donde existe participación judicial en diferentes momentos del proceso, cuestión que excepcionalísimamente sucede en el caso catalán.

1. Familia protegida en Cataluña

La Constitución de España (en adelante: CE) garantiza el derecho a la autonomía de las Comunidades Autónomas pertenecientes a la península ibérica, dentro de las cuales se encuentra Cataluña³⁴⁷. Esta independencia configura un marco normativo especial en la región catalana, debido a que su jurisdicción catalana a la CE, el Estatuto Autónomo de Cataluña (en adelante: EAC), la legislación autodeterminada y además las normas comunitarias emanadas de la Unión Europea, por lo cual, éste será el contexto para esbozar un concepto jurídico de familia.

A nivel constitucional, la familia es tratada por parte de la CE desde distintas ópticas. Una primera perspectiva la otorga el artículo 32 CE, el cual garantiza el ius conubii en el país, encargando a cada Comunidad Autónoma a determinar las modalidades matrimoniales que se puedan originar. La segunda perspectiva se encuentra en el artículo 39 CE, que considera las garantías que los poderes públicos deben otorgar a la familia, debiendo velar por “*la protección social, económica y jurídica de la familia*” y también por “*la protección integral de los hijos*”, estableciendo como principio constitucional la igualdad filiativa. Finalmente, el artículo 39.3 CE refiere al rol de los padres para con sus hijos, obligándolos a la asistencia de los hijos en los casos de minoría legal o todos aquellos casos en que sea necesaria su asistencia.

Dicha protección constitucional es congruente con la normativa del SEDH. Una de aquellas normas es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, integrada al ordenamiento español a través de la ratificación del Tratado de Lisboa de 2007³⁴⁸. Este instrumento en su artículo 9º versa sobre “*el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia*” mandatando a cada nación a que dichas garantías sean reguladas domésticamente. Producto de la redacción abierta de dicha norma, la tarea de cada legislación sería compleja debido a que su texto dejaría aspectos familiares sin tratamiento tales como las relaciones de pareja estable o las familias monoparentales³⁴⁹.

³⁴⁷ El reconocimiento a la autonomía se encuentra en el artículo 2º de la Constitución Española, la cual señala que se “reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”.

³⁴⁸ La ratificación del Tratado de Lisboa se realiza por medio de la Ley Orgánica 1/2008 («Boletín Oficial del Estado» núm. 184, de 31 de julio de 2008), siendo dicha norma comunitaria modificatoria del Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. La integración de la CDFUE se realiza en el artículo 2º de la mencionada ley española, la cual señala: “*A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» de 14 de diciembre de 2007, cuyo texto íntegro se reproduce a continuación*”.

³⁴⁹ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José. “*Comentarios al artículo 9º. Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia*” en CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: COMENTARIO ARTÍCULO POR ARTÍCULO. 1º Edición. Fundación BBVA. Bilbao, España. 2008. P. 250.

En la construcción de dicho tratamiento, se debe en primer lugar atender al Estatuto de Autonomía de la Generalitat de Catalunya³⁵⁰, norma que ha ampliado los parámetros nacionales y comunitarios, planteando cuál es la relación que se debe generar entre la Generalitat y la familia y también reconociendo las distintas modalidades de familia que se desarrollan en la región.

Desde la perspectiva relacional entre la Comunidad Autónoma y la familia catalana, el EAC determina responsabilidades a desarrollar y satisfacer por medio de las políticas públicas. En primer lugar, el artículo 16 EAC expresamente consagra la existencia de derechos sociales a las familias, quienes tienen derecho a “*recibir prestaciones sociales y ayudas para atender las cargas familiares*”; luego, el artículo 24.3. EAC garantiza una prestación a “*Las personas o las familias que se encuentren en situación pobreza tienen derecho a acceder a una renta garantizada de ciudadanía que les asegure los mínimos de una vida digna*” y finalmente la responsabilidad que nace en materia de infancia y adolescencia en el artículo 166.4. EAC en que específicamente se otorga a la Comunidad “*la competencia exclusiva en materia de promoción de las familias y de la infancia, que en todo caso incluye las medidas de protección social y su ejecución*”. El fundamento de la responsabilidad de la cual es titular la Generalidad se basa en que a través de estos mecanismos de protección hacia las personas y las familias se satisface “*el objetivo (de) la mejora de la calidad de vida de todas las personas*” que traza el artículo 40 EAC.

Desde la perspectiva de la configuración familiar, la Comunidad catalana avanza hacia un concepto amplio de familias, reconociendo sus diversas formas. Dicha afirmación se sustenta en el artículo 40.2 EAC, cuyo texto norma que “*Los poderes públicos deben garantizar la protección jurídica, económica y social de las distintas modalidades de familia previstas en las leyes*”, debido a que las familias se erigen como “*como estructura básica y factor de cohesión social y como primer núcleo de convivencia de las personas*”. Junto a ello, y siendo coherente con el principio de igualdad que la Generalitat debe garantizar a todas las personas³⁵¹, se afianza el concepto de familia amplia pues el artículo 40.7 EAC garantiza que “*Los poderes públicos deben promover la igualdad de las distintas uniones estables de pareja, teniendo en cuenta sus características, con independencia de la orientación sexual*”.

³⁵⁰ **CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. Artículo 147.** 1. Dentro de los términos de la presente Constitución, los Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico. (Subrayado añadido)

³⁵¹ **ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA. Artículo 40.** Protección de las personas y las familias. 8. “Los poderes públicos deben promover la igualdad de todas las personas con independencia de su origen, nacionalidad, sexo, raza, religión, condición social u orientación sexual, así como promover la erradicación del racismo, del antisemitismo, de la xenofobia, de la homofobia y de cualquier otra expresión que atente contra la igualdad y la dignidad de las personas”

El concepto amplio de familia desarrollado en el EAC requiere integrar a la discusión al Código Civil de Cataluña³⁵², en atención a que éste profundiza los mandatos de la norma institucional de la región, dotando de contenido a la institución en análisis.

Desde su preámbulo, el Código Civil catalán reconoce la valoración social hacia las familias³⁵³ y que su configuración no es estática en términos estrictamente formales, sino que, la institución muta conforme a las transformaciones sociales y el paso inherente del tiempo, por lo cual los núcleos familiares son “*más bien un ámbito en que la comunicación y el respeto a los deseos y aspiraciones individuales de los miembros que la componen ocupan un lugar importante en la definición del proyecto de vida*”³⁵⁴.

Surge así la asociación entre el concepto de familia y el proyecto de vida que cada una quiera desarrollar, siendo este último un eje orientador de la institucionalidad introducida por el Código Civil de Cataluña. De tal modo, se recoge por parte del Libro II las diferentes modalidades de familia que se originan a raíz de dichos proyectos de vida, señalándose por el preámbulo que “*En una configuración de los proyectos de vida y de las propias biografías vitales no puede venir condicionada por la prevalencia de un modelo de vida sobre otro, siempre y cuando, la opción libremente escogida no entrañe daños a terceros*”.

Producto de los distintos proyectos de vida, el título III integra un capítulo completo dedicado a regular la familia, destacando inicialmente el reconocimiento a la heterogeneidad del hecho familiar. Este concepto es acuñado en artículo 231-1.1 del Código Civil catalán, el cual afirma que “*La familia goza de la protección jurídica determinada por la ley, que ampara sin discriminación a las relaciones familiares derivadas del matrimonio o de la convivencia estable en pareja y las familias formadas por un progenitor con sus descendientes*”, añadiendo en el artículo 231-1.2. de la misma norma el reconocimiento a las familiares reconstituidas³⁵⁵.

En suma, dada la producción normativa efectuada en Cataluña relativa a la familia, la investigación afirma que la familia catalana jurídicamente protegida es de carácter amplio, pudiendo ésta ser de carácter monoparental, matrimonial o de unión estable de parejas, heterosexual u homosexual, con los hijos propios o *los tuyos y míos*; lo importante es el desarrollo

³⁵² Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. («BOE» núm. 203, de 21 de agosto de 2010).

³⁵³ “*La familia es, en efecto, el referente esencial de los ciudadanos y uno de los pocos que suscitan la adhesión de todos. En todas las sociedades, es uno de los ámbitos vitales mejor valorados y tiene gran importancia para los miembros de la familia*”. **CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA. Preámbulo.** P. 6.

³⁵⁴ **CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA. Preámbulo.** P. 6.

³⁵⁵ **CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA. Artículo 231-1.** La heterogeneidad del hecho familiar.

2. Se reconocen como miembros de la familia, con los efectos que legalmente se determinen, los hijos de cada uno de los progenitores que convivan en el mismo núcleo familiar, como consecuencia de la formación de familias reconstituidas. Este reconocimiento no altera los vínculos con el otro progenitor.

de un ambiente de respeto y unidad que propenda a la búsqueda de un proyecto de vida en común que permita la mayor realización de cada uno de sus integrantes.

2. Derecho a la vida en familia en Cataluña

En el ordenamiento jurídico catalán, el reconocimiento al derecho a la vida en familia que tiene todo NNA se verifica tanto desde el derecho comunitario como desde el derecho doméstico de la región.

Desde la perspectiva comunitaria, es posible integrar conforme a lo establecido por el artículo 39.4 de la CE a los acuerdos internacionales que protejan a NNA. Aquella integración permite hablar de la Carta Europea de los Derechos del Niño, instrumento aprobado por el Parlamento Europeo y que expresamente norma determinadas garantías relativas al derecho a la vida en familia.

De manera simple, la Carta establece dentro de sus normas dos derechos interrelacionados y que se vinculan con el derecho en comento. De este modo, se garantiza en el punto N°16 de la Carta que *“Todo niño tiene derecho a vivir con sus padres, naturales, legales o adoptivos”*, mientras que su punto N°12 señala que *“Todo niño tiene derecho a gozar de unos padres o, en su defecto, a gozar de personas o instituciones que los sustituyan”*.

Habida cuenta que el punto N°12 señala que la importancia de los adultos responsables radica en que les *“Corresponde (...) en prioridad el dar al niño una vida digna y, en la medida de sus recursos financieros, los medios para satisfacer sus necesidades”*, resulta importante que la comunidad de países pertenecientes a este órgano legislativo comunitario reconozcan que los NNA tienen derecho a vivir con sus padres – independiente del origen del vínculo filial – y que este derecho sea además para que gocen de los padres y la respectiva dinámica familiar, lo cual permite radicar en el contexto familiar la responsabilidad de otorgar protección del conjunto de derechos de los cuales NNA son titulares.

En igual sentido ha reaccionado el ordenamiento jurídico catalán, el cual ha fijado a través de la Ley de Derechos y Oportunidades de la Infancia y Adolescencia³⁵⁶ (en adelante: LDOIA) el derecho a la vida en familia desde la perspectiva de convivencia; la perspectiva de los deberes a satisfacer por parte de la familia y finalmente el rol que le cabe a la Generalitat de Catalunya respecto a la protección de la familia.

³⁵⁶ Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia. («BOE» núm. 156, de 28 de junio de 2010)

El título II de la LDOIA relativo a los derechos de los NNA dedica su capítulo II exclusivamente a los derechos en el ámbito familiar. En dicho capítulo, el artículo 38.1 LDOIA relativo a los derechos de relación y convivencia garantiza concretamente que “*Los niños y los adolescentes tienen derecho a vivir con sus progenitores*”, siendo solamente susceptible de restringir “*en los casos en que la separación es necesaria*” y que se traduce en la situación de desamparo de NNA que regula tanto el Código Civil catalán como la LDOIA.

En virtud de los derechos de relación y convivencia, el legislador catalán amplía la garantía del derecho a la vida en familia hacia otras personas que no son los progenitores y que concuerda con el espíritu de la jurisdicción catalana; de tal modo, se señala mediante el artículo 38.1 LDOIA en su parte final que los NNA “*También tienen derecho a convivir y a relacionarse con otros parientes próximos, especialmente con los abuelos*”.

Ahora bien, respecto del texto del artículo 38.1. LDOIA se podría desprender que ambos derechos son similares dado que semánticamente convivir implica vivir³⁵⁷; la diferencia radica en los efectos de la titularidad de la potestad parental³⁵⁸. Respecto del binomio progenitores – hijo, la titularidad parental impone el derecho – deber de las relaciones personales salvo exista medida judicial que limite la relación³⁵⁹, mientras que, por el lado de los abuelos y otros parientes próximos, el derecho existe, pero dependerá netamente de la realidad vincular del NNA y dichos familiares, pudiendo ser limitada por una justa causa. Pese a esta diferencia conceptual, el establecimiento de los derechos comentados resulta sumamente importante para consolidar el factor emocional y afectivo que forma parte del desarrollo integral de todo NNA.

La extensión del derecho a vivir y convivir con la familia no es solo subjetiva, sino que objetivamente es una garantía a respetar por parte de los poderes públicos incluso en las situaciones de desamparo, que precisamente cercenan este derecho dada la separación del NNA de su núcleo. La extensión objetiva se enmarca en las medidas de protección de acogimiento en centros, asegurándose en el artículo 134 de la LDOIA a los NNA “*f) El derecho a mantener relaciones con sus familiares y recibir visitas de los mismos, según el marco establecido por la*

³⁵⁷ La relación semántica se ha abordado a través del significado otorgado por la Real Academia de la Lengua Española, debido a que reglamentariamente no se ha delimitado la extensión del derecho en comento. En tal sentido, la investigación utilizará la definición de convivir: “*vivir en compañía de otro*” y en relación a vivir, la acepción número 10: “*estar (permanecer con cierta estabilidad)*”. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA [en línea] <http://rae.es> [consulta: septiembre 2020].

³⁵⁸ **CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA. Artículo 236-1.** *Titulares de la potestad parental.* Los progenitores, para cumplir las responsabilidades parentales, tienen la potestad respecto a los hijos menores no emancipados. La potestad parental puede extenderse a los hijos mayores de edad incapacitados prorrogándola o rehabilitándola.

³⁵⁹ **CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA. Artículo 236-4.** *Relaciones personales.* 1. Los hijos y los progenitores, aunque estos no tengan el ejercicio de la potestad, tienen derecho a relacionarse personalmente, salvo que los primeros hayan sido adoptados o que la ley o una resolución judicial o administrativa, en el caso de los menores desamparados, dispongan otra cosa.

legislación vigente”; por ende, el ejercicio de este derecho en el contexto institucional implicará un análisis pormenorizado de los Servicios Sociales Especializados, evaluando caso a caso y en función del interés superior del NNA si es pertinente facilitar y satisfacer el derecho en comento.

El capítulo II LDOIA también establece un aspecto vinculable con el derecho a vivir y convivir con la familia que tienen los NNA es el relativo a la responsabilidad a la crianza y la formación de la cual son responsables dichos adultos responsables. En esa línea, el artículo 37.1 LDOIA señala que *“La responsabilidad primordial de la crianza y la formación de los niños y los adolescentes corresponde a los padres y las madres o a las personas que tienen atribuida su tutela o guarda”*, lo cual permite que el cumplimiento efectivo de dicha responsabilidad primordial asegure *“dentro de sus posibilidades, las condiciones de vida necesarias para el desarrollo integral de los niños y adolescentes”* según complementa el artículo 37.2 LDOIA.

Finalmente, con el fin de resguardar un ambiente óptimo familiar que permita efectivamente el ejercicio de los derechos de los NNA, se imponen determinadas responsabilidades a la Generalitat de Catalunya que se vinculan con la protección de los núcleos familiares.

En virtud del artículo 166.4 EAC que proporciona la competencia exclusiva en cuestiones de promoción de las familias y de la infancia a la Generalitat, se hace necesario entender que, para efectos del resguardo del derecho a la vida en familia, las políticas públicas son una herramienta necesaria para dar cumplimiento a la garantía en comento. De este modo, la LDOIA dispone que a las familias catalanas se les *“debe proporcionar la protección y asistencia necesarias (...) para que puedan asumir plenamente sus responsabilidades”*; y que estas políticas públicas no solo tienen que intentar resguardar a los adultos responsables, sino que la Generalitat se ve obligada a que dichas necesidades *“deben satisfacerse en el lugar donde viven y crecen, siempre que sea posible, y (debiendo) tenerse en cuenta, a su vez, su bienestar material y espiritual”*.

En tal aspecto, la administración catalana se ve conminada a tener presente en el diseño y ejecución de las políticas públicas relativas a familia e infancia-adolescencia la conciliación de la vida personal, laboral y también familiar³⁶⁰ con el interés superior del NNA, focalizando su

³⁶⁰ **LEY DE LOS DERECHOS Y LAS OPORTUNIDADES EN LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA.**
Artículo 38. Derechos de relación y convivencia. 5. Las administraciones públicas deben garantizar el ejercicio adecuado de los derechos regulados por el presente artículo y de la conciliación de la vida familiar, personal y laboral en lo que concierne a su ejercicio, especialmente si existe una situación de conflicto familiar, mediante los servicios de punto de encuentro u otros que cumplan la misma finalidad, con la garantía, en cualquier caso, del bienestar y la seguridad de los niños y adolescentes. El régimen, la organización y el funcionamiento de estos servicios deben establecerse por reglamento.

actuación particularmente en aquellas familias que visualiza como más desprotegidas tales como las familias monoparentales o aquellas en situación de pobreza³⁶¹.

3. **Vulneración al derecho a la vida familiar en Cataluña**

La protección de los derechos del NNA ante la amenaza o vulneración se encuentra integrada por normas comunitarias como las normas internas en la materia. En este aspecto, el artículo 24.1 de la Carta Europea establece en favor de los NNA el “*derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar*”; en cuanto al EAC, su artículo 40.3 mandata que “*Los poderes públicos deben garantizar la protección de los niños, especialmente contra toda forma de explotación, abandono, malos tratos o crueldad y de la pobreza y sus efectos*”.

No cabe duda que las situaciones expresadas por el artículo 40.3. EAC son en esencia vulneraciones de derechos, por ello, tanto la Comunidad Autónoma como sus miembros deben ejercer un rol activo para enfrentar dicha clase de problemáticas. Conforme al EAC, se determina que los asuntos relativos a menores en general corresponden a la Generalitat de Catalunya, para lo cual el artículo 166.3 de la norma institucional le establece la competencia exclusiva de la protección de los derechos de NNA, agregando que en este esquema se “*incluye en todo caso, la regulación del régimen de la protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de menores desamparados, en situación de riesgo y de los menores infractores*”.

La ciudadanía también debe ser partícipe en la protección de los NNA, estableciéndose por medio del artículo 100 LDOIA el deber de comunicar en dos vertientes: (1) el artículo 100.1. señala que apenas tenga conocimiento un ciudadano de una situación de riesgo o desamparo de un NNA, debe comunicarlo a los Servicios básicos o especializados; (2) El artículo 100.2. obliga a todos los profesionales a intervenir cuando conozcan de una situación de riesgo o desamparo de un NNA en coordinación con los poderes públicos.

Para la comprensión del fenómeno de la vulneración de derechos en el contexto catalán, y en especial de su relación con el derecho a la vida en familia, es necesario reconocer la institucionalidad que impera en la región, así como en específico las situaciones de

³⁶¹ **LEY DE LOS DERECHOS Y LAS OPORTUNIDADES EN LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA**
Artículo 37. Responsabilidad en la crianza y formación. 3. Las administraciones públicas deben velar por la protección de los niños y los adolescentes en el caso de mal uso de la potestad parental, tutelar o de la guarda, así como porque los padres, los titulares de la tutela o los que tienen la guarda dispongan de las oportunidades y de los medios de información y formación adecuados para ayudarles a cumplir sus responsabilidades para con los niños y adolescentes. Asimismo, deben poner especial atención en las necesidades de los niños y adolescentes de familias monoparentales y en el ámbito de familias pertenecientes a los grupos menos favorecidos o que viven en situación de pobreza. (Subrayado añadido)

desprotección³⁶² que identifica la legislación: el riesgo y el desamparo, y que se diferencian precisamente porque la intervención ante el desamparo tiene como *condictio sine qua non* la separación del NNA de su núcleo familiar, siendo por tanto una causa de limitación del derecho que orienta la presente investigación.

3.1. Institucionalidad vigente en Cataluña

3.1.1. Síndic de Greuges (El defensor de los derechos de los niños y los adolescentes)

El Síndic de Greuges es un órgano autónomo y unipersonal, regulado por el EAC como por la Ley 24/2009³⁶³, cuya función según el artículo 78.1 EAC es proteger y defender los derechos y las libertades reconocidos por la CE y el propio Estatuto, siendo esencialmente fiscalizador de la Generalitat y sus poderes públicos como también de aquellas empresas privadas que participan en los servicios públicos³⁶⁴.

Las competencias de este ombudsman son establecidas en el artículo 4º de la Ley 24/2009, las cuales están relacionadas con la protección de los derechos y garantías reconocidos en la jurisdicción catalana. En materia de infancia-adolescencia, el artículo señala que su rol es velar por “*la protección y defensa de los derechos de los niños y de los adolescentes reconocidos por la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño y por la legislación sobre la infancia y la adolescencia*”, dotándole de la capacidad de conciliar, investigar y elaborar informes con el fin de garantizar el cumplimiento de los derechos de los cuales son titulares NNA.

Asimismo, se consagra una figura especial en el artículo 17 de la Ley 24/2009 denominada “*Síndic adjunto para la defensa de los derechos de los NNA*”. Al respecto, el artículo 20 de la Ley 24/2009 señala que este adjunto especial le entrega asistencia al Síndic en las materias relativas a protección y defensa de los derechos de NNA, complementándose dicho tratamiento por parte del

³⁶² “*La existencia de una situación de desprotección es el supuesto de hecho o la causa para que entre en funcionamiento el sistema público de protección de menores*”. ALLUEVA, Laura. “Situación de riesgo y desamparo en la protección de menores”. INDRET (Revista para el análisis del Derecho). Edición 4/2011. Barcelona, España. P. 10.

³⁶³ Ley 24/2009, de 23 de diciembre, del Síndic de Greuges. («BOE» núm. 15, de 18 de enero de 2010)

³⁶⁴ **ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA. Artículo 78.** Funciones y relaciones con otras instituciones análogas (Síndic de Greuges). 1. El Síndic de Greuges tiene la función de proteger y defender los derechos y las libertades reconocidos por la Constitución y el presente Estatuto. A tal fin supervisa, con carácter exclusivo, la actividad de la Administración de la Generalitat, la de los organismos públicos o privados vinculados o que dependen de la misma, la de las empresas privadas que gestionan servicios públicos o realizan actividades de interés general o universal o actividades equivalentes de forma concertada o indirecta y la de las demás personas con vínculo contractual con la Administración de la Generalitat y con las entidades públicas dependientes de ella. También supervisa la actividad de la Administración local de Cataluña y la de los organismos públicos o privados vinculados o que dependen de la misma. (Subrayado agregado)

artículo 22 LDOIA, el cual le otorga la misión de “*promover los intereses y los derechos de los niños y los adolescentes y de velar por el pleno cumplimiento de su desarrollo integral*”. Junto a lo anterior, el artículo 22.1. LDOIA lo obliga dentro del ejercicio de sus funciones a “*presentar anualmente (...) un informe específico sobre la situación de infancia en Cataluña*” de los derechos que en la jurisdicción tienen NNA.

3.1.2. Instituto Catalán de la Acogida y de la Adopción

El Instituto Catalán de la Acogida y de la Adopción (en adelante: ICAA) es un organismo autónomo, adscrito al Departamento de Trabajo, Familia y Asuntos Sociales de Cataluña³⁶⁵ y que nace con el fin de ejecutar las políticas sociales en materia de acogimiento de NNA en familia ajena y adopciones, así como de encargarse de la evaluación del transcurso de las situaciones de desamparo, acogimiento preadoptivo y ser partícipe procedimiento de adopción propiamente tal³⁶⁶.

El ICAA es integrado a la Comunidad Autónoma por medio de la Ley 13/1997, la cual en su artículo 3º establece claramente cuáles son las funciones de este organismo, dentro de las cuales destacan: a) Promover las medidas de acogimiento familiar en familia ajena y la acogida preadoptiva; d) Realiza el seguimiento de los NNA que ese encuentran bajo dichas medidas; e) Apoyar a las familias adoptivas y prestarles asesoría técnica; g) Estar a cargo de los procedimientos de desamparo y adopción.

Cabe señalar que el catálogo de funciones le mandata especialmente a “*Fomentar el derecho de los NNA a tener una familia*”³⁶⁷, resultando interesante que sea un organismo dedicado exclusivamente a hacerse cargo de la problemática relativa a la separación de NNA de sus núcleos familiares. Bajo esta directriz, es importante considerar que debe procurar el desarrollo integral de los NNA que se encuentren en las situaciones de desamparo, acogimiento en familia ajena o en etapa preadoptiva, mas también debe instar al fortalecimiento del núcleo de origen, favoreciendo en todo caso el retorno del NNA a dicha familia de origen e instando en *última ratio* la ubicación en otro ambiente familiar que le dé seguridad y garantías al NNA que se encuentra en las situaciones previamente descritas.

³⁶⁵ **DECRETO 229/2018. Artículo 1.** Estructura del Departamento (de Asuntos Sociales, Trabajo y Familia). 1.2 Quedan adscritos al Departamento de Trabajo, Asuntos Sociales y Familias las entidades y órganos: i) El Instituto Catalán de la Acogida y de la Adopción, mediante la Secretaría de Infancia, Adolescencia y Juventud.

³⁶⁶ **LEY 13/1997, de Creación del Instituto Catalán del Acogimiento y la Adopción.** Preámbulo.

³⁶⁷ **LEY 13/1997. Artículo 3.** *Funciones del Instituto Catalán de la Acogida y de la Adopción.* Corresponden al Instituto Catalán de la Acogida y de la Adopción las siguientes funciones: a) Fomentar el derecho de los niños y adolescentes a tener una familia y, por tanto, promover las medidas de acogimiento familiar en familia ajena y la acogida preadoptiva, con el fin de atender adecuadamente al niño o adolescente en situación de desamparo, procurar su desarrollo integral y, siempre que sea posible, favorecer su retorno al núcleo familiar de origen.

3.1.3. Secretaría de Infancia, Adolescencia y Juventud

Bajo la estructura administrativa catalana, y ejerciendo el mandato del artículo 166.4. EAC, se determina que al Departamento de Trabajo, Asuntos Sociales y Familia como organismo a cargo de las políticas relativas precisamente a las familias, la infancia y la adolescencia³⁶⁸. Dicho ente se divide a su vez en diversas secretarías, dentro de los cuales se encuentra la Secretaría de Infancia, Adolescencia y Juventud y que se encarga precisamente de las políticas públicas anteriormente mencionadas.

Su introducción se genera a partir del Decreto 229/2018³⁶⁹, el cual en su artículo 5º determina las funciones a ejercer, destacando así la planificación de las políticas de promoción de los derechos de NNA, estando a cargo tanto de la elaboración, fomento, coordinación y ejecución de las políticas públicas relativas a la infancia y la adolescencia en Cataluña.

Cabe señalar que dicha secretaría se estructura en dos organismos: la Dirección General de Juventud y la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia.

3.1.4. Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia

Como se señaló previamente, la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia (en adelante: DGAIA) es un ente administrativo perteneciente a la Secretaría de Infancia, Juventud y Adolescencia y que actúa operativamente en aquellas materias en las que el Departamento de Trabajo, Asuntos Sociales y Familia le ha delegado competencia.

A partir del catálogo de competencias otorgados por el artículo 143.1 del Decreto 286/2016, este organismo es central respecto de los íter vinculados a las situaciones de riesgo y desamparo, encontrándose a cargo de: (a) Gestionar todo lo relativo a las materias de protección y delinear en sede de desamparo la actuación de los servicios especializados de infancia y adolescencia; (d) Establecer los servicios especializados en materia de maltrato; (e) Actuar preventiva o correctivamente en las situaciones de riesgo de NNA; (f) Proteger y asumir la tutela de los NNA desamparados, o bien (g) Asumir la guarda cuando la ley lo establezca; (h) Encargarse de la tramitación del desamparo, tutela, guarda y las medidas para su resguardo; (j) Adoptar las medidas cautelares de la LDOIA; (i) Definir los procedimientos generales de los servicios especializados de infancia y adolescencia; (j) Supervisar las instituciones residenciales

³⁶⁸ **DECRETO 1/2018. Artículo 3.** *Determinación del ámbito de competencia de los departamentos en que se estructura la Administración de la Generalidad.* A los departamentos de la Generalidad les corresponde el ejercicio de las atribuciones propias de la Administración de la Generalidad en los siguientes ámbitos: 11.5 Las familias, la infancia y la adolescencia.

³⁶⁹ Publicado en Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña. Núm. 7196 de 01 de septiembre de 2016

públicas o privadas; (p) Regular el sistema común de valoración de las hipótesis de desamparo y riesgo.

A su vez, la DGAIA se coadyuva con la Subdirección General de Atención y la Adolescencia, respecto de la cual, el artículo 144 del Decreto 286/2016 determina sus funciones. Dentro de ellas destacan: (b) Fijar criterios técnicos de la actuación de la DGAIA, además de homogeneizar la gestión de los Servicios de atención a la infancia y la adolescencia; (f) Establecer los criterios técnicos y jurídicos de atención; (h) Supervisar las propuestas de prestaciones de los Servicios Especializados de Atención a la Infancia y la Adolescencia; (i) Resolver las prestaciones sociales económicas en las medidas riesgo y en las medidas de acogimiento familiar; (k) Facultad normativa para delinear disposiciones, circulares o instrucciones en las competencias del DGAIA; l) Promover los planes relativos a la reparación de los NNA que han sido víctimas de malos tratos.

3.1.5. Servicio de Atención a la Infancia y la Adolescencia

El artículo 67 del Decreto 289/2016, relativo a la orgánica del Departamento de Trabajo, Asuntos Sociales y Familias de la Generalitat de Catalunya, integra al aparato administrativo a los Servicios de Atención a la Infancia y la Adolescencia.

Es el propio artículo citado el cual establece asimismo cuáles son las funciones de este ente, destacando: (a) Coordinación de programas y actuaciones de los casos de riesgo o desamparo de NNA; (c) Asignar, controlar y proponer los servicios especializados de atención a la infancia y la adolescencia, especialmente en sede de desamparo; (e) Garantizar la intervención urgente en materia proteccional; (g) Supervigilar la tramitación de las medidas de protección, especialmente lo relativo al expediente administrativo propiamente tal; (h) Vigilar la aplicación de los criterios técnicos de la DGAIA en cuanto al desamparo y las medidas de protección, encargándose además del debido seguimiento; (j) Coordinar ante la autoridad judicial las actuaciones relativas a guarda, tutela, medidas judiciales y defensa jurídica de NNA.

3.1.6. Servicios Sociales

Finalmente, dentro del entramado administrativo bajo el cual se estructuran los poderes públicos en materia de protección de derechos de NNA, los Servicios Sociales son parte fundamental para la ejecución de los planes y programas hacia NNA, siendo éste el eje funcional.

De acuerdo con el artículo 3.1. de la Ley 12/2007, los Servicios Sociales nacen en Cataluña con el fin de “asegurar el derecho a las personas a vivir dignamente durante todas las etapas de la vida”, buscando no solo atender aquellas necesidades individuales, sino que para

mejorar la calidad de vida tanto en lo personal, lo familiar y lo comunitario, según complementa el artículo 3.2. de la misma ley.

Parte de las prestaciones que estos Servicios Sociales otorgan se vinculan a trabajar de manera conjunta con las personas involucradas, y los casos de infancia-adolescencia y familia no son excepción a ello. Desde esa base, es necesario señalar algunos de los objetivos reglados por el artículo 4 de la Ley 12/2007 y que se enlazan directamente a los sujetos mencionados tales como: (a) detectar las necesidades; (c) trabajar para que los sujetos logren su autonomía personal dentro de su núcleo familiar; (d) favorecer la convivencia social; (f) atender necesidades sean económicas como en las relaciones personales como comunitarias; (j) promover la tolerancia, el respeto y la responsabilidad en las relaciones personales, familiares, convivenciales y sociales. Además, los Servicios Sociales en relación con las temáticas familiares deben prestar especial atención a algunas situaciones relatadas en el artículo 7° de la Ley 12/2007, ligándose a la vida familiar: (c) la necesidad social como las relacionadas con la desestructuración familiar; (g) la vulnerabilidad, riesgo y dificultad social de NNA; (h) la violencia machista e intrafamiliar; (j) los problemas de convivencia y cohesión social; y (k) el haber sido víctima de delitos violentos por algún integrante de la familia.

Funcionalmente, los Servicios Sociales se dividen entre aquellos que son de carácter básicos y los de carácter especializado.

Los Servicios Sociales Básicos (en adelante: SSB) son la primera instancia de intervención, la cual se ejecutará por medio de equipos multidisciplinarios encargados de detectar y garantizar un trabajo efectivo en los ámbitos familiar y social, y que deben atender a sus usuarios propendiendo a la realidad de ello, fomentando la autonomía y otorgando respuestas desde la convivencia y las relaciones entre ellos.

Mediante el catálogo de funciones que se otorga por parte del artículo 17 de la Ley 12/2007, se permite extrapolar que la intervención por parte de los SSB garantiza la mantención y protección de las familias catalanas, resguardando en definitiva el derecho a la vida familiar y las relaciones interpersonales que en dicho contexto se generan. Permiten afirmar el planteamiento anterior las siguientes funciones: (a) Detección de las necesidades personales, familiares y comunitarias; (c) Valorar y hacer diagnósticos de las situaciones sociales que a su conocimiento llegan, sean de un ámbito personal, familiar o comunitario; (g) Intervenir en las situaciones de riesgo de NNA, es decir, adoptar las medidas sin separar al NNA de su núcleo familiar; (h) Generar proyectos transversales para personas, familias, unidades de convivencia y grupos de riesgo; (i) Auxiliar y apoyar a los núcleos familiares y de convivencia.

Por su parte, los Servicios Sociales Especializados (en adelante: SSE) son consagrados en el artículo 18 de la Ley 12/2007 y corresponden a aquellos que nacen para “*dar respuesta a situaciones y necesidades que requieren una especialización técnica o disposición de recursos determinados*” para poder cumplir efectivamente el trabajo de intervención. Siguiendo al apartado 1 del artículo citado, la diferencia entre los SSB y los SSE radica en que los segundos, cuentan con equipos técnicos en la materia de su especificidad que “*tienen como función principal valorar y diagnosticar las situaciones de necesidad social que no se pueden abordar desde un Servicio Social Básico*”.

Dentro de las funciones que el artículo 19 de la Ley 12/2007 le otorga a los SSE, es posible destacar: (a) Colaborar a los Servicios Sociales Básicos desde su experticia; (b) Valorar y diagnosticar las necesidades sociales que no es posible abordar desde los Servicios Sociales Básicos; (d) Actuar preventivamente en las situaciones de riesgo y necesidad social desde su competencia; (f) Implementar medidas de inserción social, laboral, educativa y familiar; y (g) Seguir y evaluar las medidas de protección aplicadas por ellos.

Finalmente, además de las funciones se detallan en el artículo 21 de la Ley 12/2007 cuáles son las prestaciones de los SSE, donde resulta necesario destacar respecto de familia e infancia-adolescencia: (d) La valoración y diagnóstico pormenorizado de las situaciones personales, convivenciales y familiares y de las demandas sociales; (e) la intervención profesional y el tratamiento social para cumplir los fines de los servicios sociales; y (f) ser el ente a cargo de la protección jurídica y social de NNA en desamparo.

3.2. Situaciones de riesgo

La protección de los derechos de NNA está garantizada mediante la norma institucional básica de Cataluña, expresándose en el artículo 17 EAC que todo NNA tiene “*derecho a recibir la atención necesaria para el desarrollo de su personalidad y su bienestar en el contexto familiar*”. El rol de la Generalitat respecto de los NNA es de suma relevancia, pues el EAC establece sus artículos 166.3 letra a) y 166.4 que bajo la competencia exclusiva que tiene la Comunidad Autónoma en materia de infancia-adolescencia incluye respectivamente “*la regulación de la protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados, en situación de riesgo y de los menores infractores*” y la “*promoción de las familias y de la infancia, que en todo caso incluye las medidas de protección social y su ejecución*”.

El propio EAC menciona la situación de riesgo dentro de su texto, sin embargo, es la LDOIA la que se encarga de detallar su contenido. El artículo 102.1. LDOIA las entiende como

“la situación en la que el desarrollo y el bienestar del niño o el adolescente se ven limitados o perjudicados por cualquier circunstancia personal, social o familiar” y los adultos responsables no pueden asumir o ejercer debidamente sus responsabilidades³⁷⁰.

Conforme al preámbulo de la LDOIA, las situaciones de riesgo implican la reacción del aparato estatal “cuando las cosas empiezan a ir mal o para cuando van un poco mal”³⁷¹, desencadenando dicho evento la posibilidad de que el desarrollo integral de los NNA se vea coartado. Y ante tal riesgo, la intervención estatal implicará un trabajo multidisciplinario que no requiere la separación del NNA de su núcleo familiar, siendo ésta la mayor diferencia con el desamparo.

3.2.1. Hipótesis de riesgo

Las hipótesis de riesgo se encuentran consagradas en el artículo 102.2. LDOIA, y son aquellos casos en que la Comunidad Autónoma debe intervenir producto una acción u omisión por parte de los progenitores, los titulares de la tutela o de la guarda. Cabe señalar que el catálogo es *numerus apertus*, debido a que el artículo 102.2. señala como hipótesis “Cualquier otra circunstancia que, en caso de persistir, pueda evolucionar y derivar en el desamparo del niño o el adolescente”; con todo, respecto de las demás hipótesis, estas se pueden dividir entre aquellas generadas por desatención de los adultos responsables, los episodios de violencia, la falta de habilidades parentales y el riesgo por vulnerabilidad económica.

El riesgo producto de la desatención se visualiza en situaciones particulares y de carácter momentáneo, donde se puede notar que algo anda mal respecto de la realidad del NNA, ya sea en el ámbito de salud, educacional o económico. En atención al riesgo sanitario, es posible señalar las hipótesis de: (a) Falta de atención física o psíquica al NNA que comporte un perjuicio leve para su salud física o emocional; (b) Dificultad grave para dispensar atención física o psíquica adecuada al NNA; mientras que en el tópico educación se encuentran las hipótesis de: (e) La falta de escolarización, absentismo y abandono escolar; finalmente, en materia económica, la hipótesis es: (d) Carencias no compensadas en el ámbito familiar, o de las cuales no se han solicitado las prestaciones sociales y degeneren en marginación, inadaptación o desamparo del NNA.

El riesgo ante eventos de violencia o discriminación se genera en dos hipótesis: castigo físico y violencia de género. En relación con el castigo físico, se señala como hipótesis de riesgo: (c) La utilización de éste sobre el NNA, que perjudique su desarrollo, pero sin constituir un

³⁷⁰ **LEY DE LOS DERECHOS Y LAS OPORTUNIDADES EN LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. Preámbulo.** Boletín Oficial del Estado. Número 156. Sección I. (28 de junio de 2010). Página 56.378.

³⁷¹ **LEY DE LOS DERECHOS Y LAS OPORTUNIDADES EN LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. Preámbulo.** BOE Número 156. Sección I. (28 de junio de 2010). Página 56.376.

episodio grave o un patrón constante de utilización. En lo concerniente a la violencia de género, Cataluña es una Comunidad Autónoma en la cual la perspectiva de género es uno de sus pilares sociales, reconocida en el artículo 41 EAC y que construye el camino hacia la eliminación de toda forma de discriminación y violencia hacia las mujeres³⁷²; este enfoque de género es considerado para establecer una hipótesis de riesgo producto de “(h) *Las prácticas discriminatorias por parte de los progenitores o titulares de la tutela o de la guarda, contra las niñas o las jóvenes, que conlleven un perjuicio para su bienestar y su salud mental y física, incluyendo el riesgo de sufrir la ablación o la mutilación genital femenina y la violencia ejercida contra ellas*”.

Finalmente, es posible categorizar situaciones de riesgo producto de la falta de habilidades parentales ante la falta de control de los adultos responsables, o bien, la falta de comunicación entre los progenitores que afecte a los NNA. Dichas hipótesis son: (g) La incapacidad o imposibilidad de los adultos responsables de controlar la conducta del NNA, y que provoque peligro evidente de hacerse daño a él o a terceros; y (f) El conflicto abierto y crónico entre progenitores separados o no, cuando anteponen sus necesidades a las del NNA.

3.2.2. Procedimiento ante el riesgo

Ante el conocimiento que se tenga de una situación de riesgo, se genera la activación de los SSB, quienes se desplegarán en vías de identificar y valorar el hecho constitutivo que se denuncia. De esta manera, el artículo 103.3. LDOIA señala que los SSB verificarán el riesgo y si determinan que efectivamente existe, evaluarán la procedencia de medidas y/o recursos sociales que permitan frenar riesgo, para lo cual se contará con la ayuda de un profesional designado por los propios SSB para que siga la situación.

El procedimiento se complica en el evento de que los SSB intervengan sin obtener éxito en la disminución o eliminación del riesgo, lo cual según el artículo 103.3 LDOIA se denomina “*riesgo grave*”. Dicho riesgo grave deberá ser comunicado desde los SSB hacia los SSE en Infancia y Adolescencia, para que, dentro de sus competencias evalúen la valoración del riesgo, el resultado de la intervención y las propuestas que el SSB cree necesario que el SSE aplique en concreto.

Acusando recibo los SSE del informe emitido por el primer nivel, estos deberán comenzar su intervención mediante el análisis del caso en concreto, debiendo elaborar un compromiso

³⁷² **ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA. Artículo 41.** Perspectiva de Género: 3. Las políticas públicas deben garantizar que se haga frente de modo integral a todas las formas de violencia contra las mujeres y a los actos de carácter sexista y discriminatorio; deben fomentar el reconocimiento del papel de las mujeres en los ámbitos cultural, histórico, social y económico, y deben promover la participación de los grupos y las asociaciones de mujeres en la elaboración y evaluación de dichas políticas.

socioeducativo con los intervinientes que permita dar término a la situación originaria de riesgo. Por lo anterior, los SSE deberán señalar cuál el riesgo y la verificación del mismo, además de los resultados de las intervenciones de los SSB u otros que hayan trabajado en la situación.

Cabe mencionar que en el diseño del compromiso socioeducativo se manifiestan principios sociales de la Generalitat de Catalunya tales como la autonomía progresiva de los NNA y la participación familiar. Dichos principios son una *condictio sine qua non* para proseguir en el procedimiento, estableciéndose por parte del artículo 103.6. que en el evento de que los adultos responsables no participen del compromiso, generando un peligro para el NNA, o bien, si hay durante el curso del procedimiento se motivan otras situaciones de desamparo, el procedimiento de riesgo degenerará en un procedimiento de desamparo, para lo cual los SSE en conjunto con el NNA elaborarán un informe para que se incoe dicho procedimiento.

3.2.3. Medidas de protección ante las situaciones de riesgo.

Una vez evaluado por parte de los SSB y los SSE, las situaciones de riesgo genérico o grave respectivamente, procede el despliegue y aplicación de las medidas de protección para su eliminación y su disminución y que se traducen en medidas que no implican la separación del NNA de su familia, sino que las hace partícipe de las medidas, para enfrentar el origen del problema.

El catálogo de las medidas de atención social y educativas se encuentra en el artículo 104 LDOIA, las cuales constituyen un listado no taxativo dado que esta norma señala que estas medidas pueden ser también “*Cualquier otra medida de carácter social y educativo que contribuya a la desaparición de la situación de riesgo*”. Respecto de las demás medidas, la investigación las dividirá entre: medidas intrafamiliares, medidas educativas y medidas sociales.

En lo tocante a las medidas de protección, se puede señalar que las que se nombrarán a continuación son de carácter intrafamiliar, pues actúan los Servicios Sociales directamente con el núcleo familiar y las relaciones que se dan internamente. Así, del artículo 104 LDOIA es posible desprender que entran en esta categoría: (a) La orientación, asesoramiento y la ayuda a la familia dirigida a mejorar el entorno familiar y hacer posible que el NNA permanezca en su familia; (b) La intervención familiar mediante programas socioeducativos para los adultos responsables con el fin de que adquieran habilidades para el cuidado y educación de los NNA; y finalmente, (d) La ayuda a domicilio.

En el ámbito educacional, es posible incorporar las siguientes medidas: (c) El acompañamiento del NNA a los centros educativos u otras actividades, junto con el apoyo

psicológico y/o de estudio; (d) La atención en centros abiertos u otros servicios socioeducativos; y (g) Programas formativos para adolescentes que han abandonado el sistema escolar.

Finalmente, al ámbito social se circunscriben las siguientes medidas: (f) La atención sanitaria, que incluya ayuda psicoterapéutica o tratamiento familiar para los adultos responsables como para el NNA; (h) La asistencia personal para adultos responsables con diversidad funcional, que les permita asumir sus obligaciones para con los NNA, así como para que (i) se les permita superar la situación de riesgo.

3.3. Situaciones de desamparo

Al igual como sucede en la situación de riesgo, las situaciones de desamparo quedan respecto de su desarrollo en manos de la competencia exclusiva de la Generalidad, según lo establece el artículo 166.3. EAC.

El concepto de desamparo desarrollado por parte del Código Civil de Cataluña como por la LDOIA fija su atención en el sujeto desamparado, siendo éste un punto en común entre ambas normativas; así, el artículo 105.1. LDOIA entiende que los desamparados son *“los niños o los adolescentes que se encuentran en una situación de hecho en la que les faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad”* y que requiere *“para su protección efectiva (...) aplicar una medida que implique la separación del núcleo familiar”*.

La diferencia entre las normas señaladas respecto de la concepción del desamparado no afecta a la matriz del concepto, no obstante, es preciso señalar las diferencias desde el artículo 228-1 del Código Civil catalán: (1) la terminología no es NNA sino que utiliza el concepto *“menor”*, lo cual representa a juicio de autores como Ravetllat una ambigüedad respecto del destinatario de la norma³⁷³; (2) El Código Civil catalán agrega en el concepto algunas hipótesis que la LDOIA desarrolla separadamente, señalándose que son menores desamparados también cuando *“están sometidos a maltratos físicos o psíquicos o abusos sexuales”*.

Como se apreció, el artículo 228-1 señala algunas situaciones de desamparo, desde las cuales es posible extraer que son hechos de tal envergadura, que para resguardar debidamente los derechos vulnerados de los NNA, se hace necesaria justamente la separación del NNA de su núcleo familiar. Las situaciones de desamparo se circunscriben entonces a lo señalado en el artículo 38.1. LDOIA, el cual establece que el derecho a la vida familiar se verá coartado en *“los casos en que la separación es necesaria”*.

³⁷³ RAVETLLAT, Isaac. *“La infancia y la adolescencia en Cataluña: Retos y propuestas para avanzar en la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Estudio a partir de las observaciones efectuadas por el Comité de los Derechos del Niño”*. Revista de Intervención Psicosocioeducativa en la desadaptación social. Volumen 6. Dulac Ediciones. Barcelona, España. 2013. P.20.

3.3.1. Hipótesis de desamparo.

El artículo 228-1 del Código Civil de Cataluña esboza algunas situaciones de vulneración de derechos en sede de desamparo, siendo esta norma complementada completamente por el artículo 105.2 LDOIA. Este catálogo de situaciones bajo las cuales se limitaría el derecho a la vida familiar en beneficio de la protección integral es de carácter no taxativo, pues al igual que en el riesgo se establece una causal genérica de desamparo ante “*Cualquier situación de desatención o negligencia que atente contra la integridad física o psíquica del niño o el adolescente o la existencia objetiva de otros factores que imposibiliten su desarrollo integral*” según señala la letra L) del artículo 105.2 LDOIA.

Para efectos de la investigación, las hipótesis serán separadas según la característica principal del contexto en el que se desarrollan: desamparo por habilidades parentales inadecuadas, desamparo por violencia y en particular por violencia prenatal y el desamparo que deviene del riesgo.

3.3.1.1. Habilidades parentales inadecuadas

Las situaciones de desamparo producto de habilidades parentales inadecuadas se originan producto de acciones u omisiones de los adultos responsables donde se denota una falta de compromiso con la responsabilidad parental y que se encausan hacia hechos de carácter grave y latente. A la luz del artículo 105.2 LDOIA, es preciso categorizar en este contexto las siguientes hipótesis: (a) Abandono del NNA; (d) Ejercicio inadecuado de la guarda que comporta al NNA un peligro grave; (e) Trastornos psíquicos o drogodependencia de los adultos responsables que repercute gravemente en su desarrollo; (f) Suministro al NNA de drogas, estupefacientes, sustancia psicotrópica o tóxica, sea por los adultos responsables o por otras personas con conocimiento y tolerancia del adulto responsable; (h) La desatención física, psíquica o emocional de carácter grave o crónica.

3.3.1.2. Violencia

La violencia ejercida dentro del contexto familiar en contra de NNA desencadena una situación de desamparo y la legislación la comprende desde sus distintas expresiones. A saber, el artículo 105.2. LDOIA tipifica a la violencia coercitiva como hipótesis de desamparo señalando que (b) Los maltratos físicos o psíquicos, los abusos sexuales, la explotación u otras situaciones de la misma naturaleza, sean ejecutadas por los adultos responsables o bien con su conocimiento y tolerancia; igualmente trata la violencia económica como motor de desamparo cuando: (g) Hay inducción a la mendicidad, delincuencia, prostitución u otra forma de explotación económica por parte de los adultos responsables o su ejercicio es llevado a cabo con su conocimiento y

tolerancia. Finalmente, a raíz del enfoque de género que la Generalitat de Catalunya establece como eje de su plexo normativo, igual se genera desamparo cuando hay “*violencia machista o la existencia de circunstancias en el entorno sociofamiliar del niño o el adolescente, cuando perjudiquen gravemente su desarrollo*”.

3.3.1.3. Violencia prenatal

Especial atención merece la causal de la letra c) del artículo 105.2 de LDOIA relativo al maltrato prenatal como situación de desamparo. La mencionada norma entiende que el maltrato prenatal se origina a raíz de tres situaciones: (1) La falta consciente o inconsciente del cuidado del propio cuerpo; (2) la ingesta de drogas o sustancias psicotrópicas durante el proceso de gestación; (3) maltrato generado por una persona durante el proceso de gestación.

La hipótesis de desamparo por violencia prenatal desencadena como efecto que los SSE puedan solicitar una medida de protección de carácter cautelar según lo señala el artículo 105.2 de la LDOIA. En tal situación, procede la declaración preventiva del desamparo para evitarle dicha situación al neonato, pudiendo ser pedidas “*a la autoridad judicial las medidas necesarias en relación con la madre para hacer efectiva la futura protección del recién nacido*”.

Al ser la violencia prenatal categorizada como situación de desamparo, cabe preguntarse: ¿existe desamparo también del que está por nacer? La legislación permitiría responder afirmativamente la pregunta, lo cual representaría una privación ex ante del derecho a la vida en familia del que se encuentra en gestación debido a que el desamparo implica la separación de éste de su núcleo familiar; a su vez, podría resultar violento para la madre saber que el futuro niño/a será separado de ella al nacer dado el contexto en el cual se desarrolló su período de gravidez.

Quizás, el legislador opta por una solución radical en la materia al establecer a la violencia prenatal como desamparo, pudiendo haberse trabajado primeramente en sede de riesgo para poder frenar el hecho generador y si sus resultados no son esperados, recién ahí poder plantear la posibilidad de la separación del NNA de su madre al momento de nacer.

3.3.1.4. Situaciones que provienen del riesgo.

Como previamente se expuso en materia de riesgo, deviene en desamparo toda aquella situación de riesgo en la cual se intervino y no se logró conseguir como resultado una disminución o eliminación de la causa de vulneración de derechos.

Ante tal situación, se despliegan las siguientes hipótesis de desamparo del artículo 105.2 LDOIA: (j) Cuando los adultos responsables, en el contexto de riesgo participan: 1. Obstaculizando la investigación o comprobación de la situación de riesgo; 2. Falta de colaboración que ponga en peligro la seguridad del NNA; 3. Negativa a participar de la ejecución

de las medidas de atención socioeducativas, conllevando ello el agravamiento o cronificación de las situaciones originarias. En la misma línea, se plantea como hipótesis por parte de la letra k) del artículo 110.4. LDOIA aquellas situaciones que *“por su número, evolución, persistencia o agravamiento determinen la privación al niño o al adolescente de los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad”*.

3.3.2.Procedimiento ante situaciones de desamparo

3.3.2.1. Determinación de medidas cautelares

La DGAIA, los SSB y los SSE se encuentran constreñidos a prestar a su ayuda a cualquier NNA que lo requiera, por lo cual, si el servicio que el NNA necesita se debe a una situación de peligro u otra causa urgente, el organismo competente deberá declarar el desamparo preventivamente y bajo resolución fundada si la solución se logra mediante la separación del NNA de su núcleo familiar.

Por cuerda separada, el organismo que se encuentre a cargo de la intervención deberá incoar el respectivo procedimiento de desamparo, siguiendo su curso hasta obtener una resolución definitiva que ratifique, modifique o deje sin efecto la situación de carácter preventiva, según lo señala el artículo 110.5 LDOIA. En este procedimiento, se debe promover tanto la participación familiar como el derecho a ser oído del NNA.

Como medida de protección cautelar, el artículo 111.1 LDOIA es claro en señalar que su desarrollo será para analizar la problemática por un plazo máximo de 6 meses, ubicando transitoriamente durante dicho período al NNA en una familia de acogida de urgencia o en un centro de acogimiento e instando a buscar otras soluciones menos lesivas para dar efectiva protección.

3.3.2.2. Procedimiento de desamparo

Adjetivamente, las situaciones de desamparo se desarrollan en un procedimiento de carácter administrativo, de duración limitada y que debe respetar tanto los principios propios de función pública como también los de participación familiar, derecho a ser oído y autonomía progresiva de NNA, pudiendo desarrollarse un procedimiento simplificado o general.

El procedimiento de desamparo se inicia mediante la reacción de los SSE ante el conocimiento del desamparo, pudiendo generarse dos cursos de acción según el artículo 106.1 de la LDOIA: (1) Previo al acuerdo de inicio del desamparo, se abre un período de información para evaluar la situación originaria y si conviene su inicio; (2) Iniciar el procedimiento propiamente tal.

El inicio del procedimiento de desamparo debe ser notificado a los adultos responsables del NNA, con el fin de poder informarles su derecho a comparecer, aportar elementos de prueba o efectuar alegaciones en el procedimiento, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 106.2. LDOIA. Durante el curso del procedimiento, los SSE deberán emitir la resolución administrativa respectiva oyendo al NNA y siendo obligatoria en el procedimiento la comparecencia de los padres.

El informe emitido por los SSE implica la apertura de oficio o a petición de parte de la audiencia y vista del expediente administrativa en un plazo de 10 días. El artículo 106.4 LDOIA mandata que el procedimiento debe cuidar especialmente la información sensible que se ventile.

Finalmente, el procedimiento de desamparo puede terminar con la declaración del desamparo, o bien en el archivo del expediente si no se acredita fehacientemente la concurrencia del desamparo. El límite temporal que el artículo 106.6 LDOIA establece es de 1 año para el desarrollo completo del procedimiento, quedando caducado si no se emite la resolución administrativa respectiva. Si del curso del procedimiento no se acredita el desamparo, pero si se acredita riesgo, se deberán adoptar las medidas necesarias para poder frenar dicha situación.

Cabe destacar que el procedimiento antes expuesto deviene en simplificado, estableciéndose por parte del artículo 107 LDOIA que en el evento de existir anuencia de los padres y oyendo al NNA, se deberá dictar la resolución que declara el desamparo.

3.3.3.Efectos de la declaración de desamparo.

La declaración de desamparo implica que la DGAIA asuma de forma inmediata las funciones tutelares y que comprenden las facultades del capítulo II del Código Civil catalán. Esta función tutelar se ejercerá por parte de la DGAIA en las situaciones en que no se constituya la tutela mediante las reglas propias de dicha institución, en el evento del no haber sido adoptado el NNA, cuando no se haya emancipado o no haya llegado a la mayoría de edad. La asunción tutelar por la DGAIA implica además *“la suspensión de la potestad parental o de la tutela ordinaria y de los derechos derivados”* mientras no se deje sin efecto la resolución que motiva el desamparo, conforme lo señala el artículo 109.3 LDOIA.

Como efecto derivado, se faculta a la DGAIA a solicitar la privación de la potestad parental o la remoción de la tutela según establecen los artículos 228-3 del Código Civil de Cataluña y el artículo 109.3 LDOIA. Sin embargo, esta privación no impide que se ejerzan acciones para que los progenitores o los adultos responsables se hagan responsables de los alimentos y los costos asociados de los servicios que se han utilizado.

3.3.4.Situaciones posteriores a la resolución de desamparo.

3.3.4.1. Cambio de circunstancias

Las relaciones familiares son dinámicas y en efecto, éstas son permeables a diferentes cambios que se puedan ir produciendo con el transcurso del tiempo. La situación de desamparo no es la excepción y es por esto que el legislador plantea el qué pasaría si existen dichos cambios.

De acuerdo con los artículos 228-5 del Código Civil catalán como en el artículo 115 LDOIA exponen que ante un cambio de circunstancias de la situación de desamparo, podrán los adultos responsables que no han sido privados de los cuidados parentales o tutelares solicitar ante el organismo competente en materia de protección, en el plazo de 1 año a contar de la notificación de la resolución administrativa que se deje sin efecto el desamparo. El límite a esta solicitud será, además del plazo, que los sujetos activos no podrán ser aquellos adultos responsables privados de la responsabilidad parental, que no se haya constituido medida de acogimiento preadoptivo y siempre evaluándose el interés superior del NNA.

Procedimentalmente, los organismos competentes deben resolver la solicitud de cambio de circunstancias en un plazo de 3 meses, sino se entiende desestimada por silencio. Además, la resolución que resuelve esta solicitud podrá ser elevada judicialmente en un plazo de 2 meses desde su notificación. Por último, la oposición a las medidas de protección precluye en el plazo de 1 año a contar de la notificación de la resolución que determina el desamparo.

3.3.4.2. Judicialización a través de los recursos

La declaración de desamparo, sin perjuicio de su eficacia inmediata, es impugnable judicialmente en sede civil a contar de los 3 meses desde la notificación de la resolución. Dicha solicitud no requiere que administrativa se arbitre una reclamación previa.

Además, el artículo 113.2. LDOIA determina que si es el adolescente quien solicita la impugnación por disconformidad en lo tocante a la resolución, se le deberá nombrar por parte de la DGAIA un defensor judicial para que le asista en la instancia judicial.

3.3.5. Medidas de protección ante el desamparo

El legislador catalán ha ofrecido como solución a las situaciones de desamparo un catálogo de medidas de protección en el artículo 120 LDOIA. La adopción de estas medidas, según señala el apartado 1 del artículo mencionado deben ser “*adoptadas por resolución motivada, siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño o el adolescente*”, las cuales a juicio de la investigación pueden ser agrupadas en dos parámetros: por una parte, aquellas que implican separación del núcleo familiar sin generar una rotura de los vínculos con la familia de origen: (1) acogimiento familiar simple; (2) acogimiento familiar permanente; (3) acogimiento familiar en unidad convivencial de acción educativa; (4) Acogimiento institucional; y por otro

lado, aquellas que se focalizan en la separación total del núcleo familiar: (1) El acogimiento preadoptivo; (2) Medidas de transición a la vida adulta y autonomía personal.

Cabe señalar que existe preferencia de aplicación aquellas medidas que son de acogimiento familiar sobre las medidas de internación en centros, según detalla el artículo 120.2 LDOIA.

3.3.5.1. Acogimiento familiar

El acogimiento familiar es la primera opción preferente a aplicar ante situaciones de desamparo, teniendo como finalidad que la persona o familia de acogida brinde al NNA todo lo necesario para hacer posible el desarrollo integral de su personalidad, conforme reza el artículo 125.1 de la LDOIA.

Conforme a los artículos 228-9.2 del Código Civil de Cataluña y 125.2. LDOIA, la medida de acogimiento familiar le otorga a la persona o familia acogedora la guarda y el ejercicio de las funciones tutelares personales. Esta guarda se corresponde con el deber de la familia de brindar, dentro de su seno, la compañía, alimentación, protección y formación integral del NNA, siendo dicho deber supervisado y apoyado administrativamente por intermedio del ICAA.

El texto de la LDOIA indica que el acogimiento familiar puede ser de carácter simple o permanente; no obstante, el artículo 126.1 LDOIA regula respecto del simple que éste será de carácter transitorio para que se *“pueda suplir, temporalmente, el núcleo familiar del niño o el adolescente”*, mientras que el de carácter permanente será, según el apartado segundo de la norma aludida, de carácter definitivo y *“no se considera más favorable para el interés del niño o adolescente la aplicación del acogimiento preadoptivo o cuando éste no sea posible”*.

En cuanto a la extensión temporal, el artículo 126.2 LDOIA mandata que en materia de acogimiento simple será un reglamento el que resolverá el asunto³⁷⁴, sin embargo, este reglamento a la fecha no existe. Por tal razón, decidimos seguir el planteamiento realizado por Ravetllat quien señala que en la especie se deben aplicar los criterios erigidos por la DGAIA, institución que diferencia entre los acogimientos de urgencia, de corta duración o larga duración, siendo los plazos de aquellos de 6 meses, 1 año o 2 años respectivamente³⁷⁵.

³⁷⁴ **LEY DE LOS DERECHOS Y LAS OPORTUNIDADES EN LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA.** Artículo 126. Clases (de acogimiento familiar). 2. El acogimiento familiar simple debe que acordarse si se prevé que el desamparo será transitorio, y puede tener diferentes modalidades; la tipología y la duración de las modalidades de acogimiento familiar simple deben establecerse reglamentariamente. (Subrayado agregado)

³⁷⁵ RAVETLLAT, Isaac. *“La protección de las personas menores de edad en la legislación civil catalana. Especial incidencia en el estudio de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia”*. INDRET (Revista para el análisis del Derecho). Edición 2/2014. Barcelona, España. 2014. P.33.

En cuanto al potencial núcleo de acogimiento, éste puede ser una persona individual, la familia extensa, o bien en familia ajena.

Según el artículo 127.2 LDOIA, la familia extensa es “*aquella en la que existe una relación de parentesco por consanguinidad o afinidad entre el niño o el adolescente y la persona acogedora, o uno de los miembros de la familia acogedora*”; además, la legislación catalana considera familia extensa desde un punto de vista afectivo al considerar como sustrato de ésta a la que nace entre “*los convivientes con el niño o adolescente en los últimos dos años*”. Ahora bien, más allá de su conceptualización, la LDOIA en su artículo 127.4 establece como requisitos del acogimiento en familia extensa los siguientes: (1) existencia manifiesta de interés por el bienestar del NNA acogido; (2) existencia de vínculos afectivos entre el NNA y la familia extensa; (3) capacidad de proteger al NNA de las condiciones que motivaron el desamparo; (4) existencia de aptitud educadora adecuada; (5) No oposición por parte de alguno de los miembros que cohabitarían con el NNA susceptible a acoger.

Luego, como segunda opción existe la familia ajena como acogedora, que es posible conceptualizar *a contrario sensu* de la familia extensa, es decir, aquella que “*se acuerda con persona o personas con las que no existe un vínculo de parentesco alguno o ninguna de las relaciones descritas en el artículo 127.2 de la LDOIA*”³⁷⁶, pudiendo también ser en la modalidad de acogimiento simple o permanente.

El acogimiento familiar puede terminar, sea por las causales genéricas del artículo 124 LDOIA aplicables a toda medida de protección ante el desamparo, vale decir: “*a) Adopción; b) Alcance de la mayoría de edad, emancipación o habilitación de edad; c) Resolución judicial civil firme; d) Constitución de la tutela; e) Acuerdo del órgano competente que declara que han desaparecido las circunstancias que habían dado lugar a la adopción de la medida; f) Muerte o declaración de defunción del niño*”, a lo cual se suman las causales específicas del artículo 130 LDOIA que son: (1) voluntad del adolescente; (2) muerte, incapacidad o voluntad de la persona acogedora. Ante tal situación, es deber del organismo competente determinar otra medida de protección que vele y beneficie al NNA desamparado.

3.3.5.2. Acogimiento en unidad convivencial de acción educativa.

En el marco de las medidas de protección ante el desamparo, se establece la modalidad del acogimiento en unidad convivencial de acción educativa para NNA que “*por razón de edad, situación familiar o por circunstancias especiales, permanecen en los centros de protección sin*

³⁷⁶ Op. Cit. RAVETLLAT, Isaac. “*La protección de las personas menores (...)*”. P. 33.

*ninguna expectativa de vivir en familia puedan crecer y desarrollarse al cuidado de personas especializadas que les proporcionarán un entorno familiar y desinstitucionalizado*³⁷⁷.

Según el artículo 131.2. LDOIA, esta medida de acogimiento tiene como eje ubicar a aquellos NNA “*con diversidad funcional, grupos de hermanos y otros en dificultades especiales o con necesidades especiales*”, en una entidad profesionalizada que permita la reparación del desamparo de origen, la rehabilitación de sus derechos y el desarrollo íntegro de su personalidad. Por este motivo, el artículo 131.1. LDOIA establece requisitos específicos para aquellos que deseen desarrollar esta modalidad alternativa de cuidado, consistente en buscar “*personas previamente seleccionadas y calificadas por razón de su titulación, formación y experiencia en el ámbito de la infancia y la adolescencia*”.

3.3.5.3. Acogimiento en un centro público o concertado

Finalmente, el acogimiento en centros procederá según el artículo 132.1. LDOIA, como *última ratio*, en el evento de que el desamparo sea transitorio y no se ha podido o no se recomienda para el caso en concreto una medida de acogimiento familiar, o bien, en aquellos casos en que no se ha podido constituir el acogimiento preadoptivo.

En esencia, el acogimiento en centros consiste en la institucionalización del NNA con el fin de proteger y resguardar los derechos de los NNA, los cuales deberán brindar un ambiente óptimo para alcanzar el fin deseado. En la materia, el artículo 132.3. LDOIA se encarga de caracterizar a los centros, mencionando que éstos deben ser abiertos e integrados con la comunidad, debiendo al mismo tiempo “*organizarse siempre en unidades que permitan un trato afectivo y una vida cotidiana personalizada*”.

Resulta relevante indicar que el artículo 132.6 LDOIA establece que los NNA que pasan a ser acogidos en un centro tendrán como adulto responsable al director/a del mismo como adulto responsable, dado que estos “*ejercen por delegación las facultades y las obligaciones inherentes a la guarda*”. Adicionalmente, la legislación se encarga de garantizarle un catálogo de derechos específicos a aquellos NNA que se encuentran en un centro a través del artículo 134 LDOIA, a saber: (1) en relación con los guardadores, tienen los deberes y derechos que se generan en la relación de tutela civil; (2) derecho a la intimidad personal, lo cual incluye la propiedad de sus bienes; (3) derecho a participación e información en el procedimiento que motivó su institucionalización; (4) derecho a ser oído según su autonomía progresiva; (5) derecho a participar en todo el desarrollo de las actividades del centro; (6) derecho a reclamo respecto de las

³⁷⁷ **LEY DE LOS DERECHOS Y LAS OPORTUNIDADES EN LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. Preámbulo.** BOE Número 156. Sección I. (28 de junio de 2010). Página 56.379.

condiciones del centro; y finalmente, se garantiza su derecho a la vida familiar, resguardando (7) su derecho a mantener relaciones con sus familiares y recibir visitas en el centro.

Dentro de la modalidad de cuidado alternativo en centro se configura también un tipo de institucionalización especial denominado “acogimiento en centros o unidades de educación intensiva”, regulado en el artículo 133 LDOIA.

Estos centros son desarrollados especialmente para adolescentes que presenten alternaciones de conducta puedan tener una respuesta educativa y asistencial, según señala el artículo 133.2. LDOIA. La anterior respuesta educativa se deberá desarrollar en un ambiente escolar en que se permita el desarrollo educativo conforme al sistema educativo catalán, para lograr de dicha manera *“la eficacia de los programas educativos, prelaborales o de tratamiento psicológico o terapéutico”*.

CAPÍTULO V

ESTADO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR EN CHILE

La realidad chilena en torno al derecho a la vida familiar se encuentra en un estado transicional, ya que si bien en la actualidad tristemente perdura la mirada asistencialista y de situación irregular de los NNA, existe un camino trazado en vías de poder cumplir de manera certera las obligaciones adquiridas por el Estado al adherir a la CDN.

Por esta razón, creemos necesario realizar en primer lugar el análisis de la situación jurídica actual que rige a la materia. Al respecto, debemos visualizar cuál es la familia protegida en el país para poder ahondar posteriormente en el derecho a una vida familiar, el cual, al no estar expresamente consagrado en la normativa doméstica, debe ser construida a través de los instrumentos internacionales que Chile ha integrado en su ordenamiento jurídico.

Al mismo tiempo y dado que el derecho a una vida familiar es una garantía progresiva, se requiere examinar cuáles son las hipótesis de afectación de este derecho y el contexto institucional que se activa ante dicha situación.

Un segundo apartado del presente capítulo dice relación con el futuro Sistema de Garantías que actualmente se encuentra en tramitación legislativa. Analizar este nuevo sistema debe partir desde la comprensión de la nueva arquitectura sustantiva y adjetiva que intenta desarrollar el país, debido a que en la actualidad tiene el lamentable antecedente de ser el único país de Latinoamérica que no cuenta con una ley, y menos con un sistema, de protección integral de NNA³⁷⁸.

Dentro de este análisis se debe considerar tanto el proyecto de ley de Garantías y Protección Integral de NNA, el cual avanza en reconocer de manera expresa y taxativa el derecho a una vida familiar, haciéndolo una garantía matriz del sistema y que permite examinar la progresividad en que éste puede ser afectado. En tal sentido, se analizarán tanto la garantía en cuestión como su legítima afectación y las medidas que se pueden adoptar para resguardar y evitar que el NNA sea separado de su familia de origen. Además, el examen requiere comprender cuáles son y cómo debiesen funcionar las nuevas instituciones que formarán parte de este sistema.

Finalmente, dado que Chile se encuentra en un momento histórico de cambio constitucional, estimamos necesario opinar respecto de cómo debiese ser entendida tanto la garantía en comento como la situación de derechos de NNA en el marco de una futura Constitución construida, por primera vez en su historia, por la ciudadanía.

³⁷⁸ UNICEF CHILE. “UNICEF pide aprobar Proyecto de Ley que crea el Sistema de Garantías para la protección integral de niños, niñas y adolescentes”. [en línea] (link acortado) <<https://acortar.link/TEla5>> [consulta: febrero 2021].

PARTE I

ESTADO ACTUAL DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR EN CHILE

1. Familia jurídicamente protegida en Chile

Entender cuál es la familia que actualmente se protege por parte del Estado chileno es central a la hora de hablar del derecho a una vida familiar, pues siguiendo a Lathrop, esta garantía consiste en “[el d]erecho de toda persona, mayor o menor de edad, a desarrollar y perseverar relaciones con su familia”³⁷⁹.

La delimitación del concepto *familia* ha sido históricamente compleja porque ésta depende del punto de vista que intenta explicar su fenomenología³⁸⁰. Etimológicamente, por ejemplo, proviene de “*famulus, que a su vez deriva del osco ‘famel’ que significa siervo, y más remotamente del sánscrito vama, hogar o habitación, significando por consiguiente, el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa*”³⁸¹; concepción claramente anacrónica y que no hace sentido de lo que actualmente se podría considerar familia.

En el derecho doméstico chileno existen algunos atisbos sobre qué se entiende por familia. A saber, desde una óptica supra legal, la Constitución Política de la República (en adelante: CPR) chilena indica en su artículo 1° inciso segundo que “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad*”, complementándose por parte del inciso quinto que “*es deber del Estado (...) dar protección a la población y a la familia, (y) propender al fortalecimiento de ésta*”. Nuevamente encontramos un vacío conceptual puesto que los lineamientos constitucionales no abordan cuál es el alcance de la referencia, siendo la interpretación de la norma un campo fecundo para el desarrollo de discusiones doctrinarias³⁸².

Continuando con el nivel legal chileno, es posible reconocer manifestaciones del concepto *familia* en diversas normas como el Código Civil en materia del derecho de uso y habitación³⁸³, la Ley de Matrimonio Civil de 2004³⁸⁴³⁸⁵ o la Ley de violencia intrafamiliar³⁸⁶. Sin

³⁷⁹ *Op. Cit.* LATHROP. “*Derecho a la vida familiar (...)*” P.232.

³⁸⁰ DEL PICÓ RUBIO, Jorge. “*Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno*”. Revista Ius et Praxis. Año 17 N°1. Talca, Chile. 2017. P. 35.

³⁸¹ RAMOS PAZOS, René. “*Derecho de Familia*”. 7ma edición. Editorial Jurídica. Santiago, Chile. 2010. P. 9.

³⁸² La discusión doctrinaria se centra fundamentalmente sobre qué se entiende por familia y el ámbito de protección garantizado por la CPR. Al respecto, los principales argumentos se expresan en: *Ibidem.* RAMOS PAZOS. “*Derecho de Familia*”. P. 11.

³⁸³ **CÓDIGO CIVIL DE CHILE. Artículo 815:** “El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador.

En las necesidades personales del usuario o del habitador se comprenden las de su familia.

embargo, la ausencia de un concepto explícito y legal de la familia también ha sido objeto de controversias hermenéuticas, básicamente porque ha resultado problemática su comprensión y consecuentemente se han originado interpretaciones disímiles³⁸⁷ en la doctrina nacional.

Ante esta carencia conceptual, el legislador chileno optó por definir familia a través de la Ley 21.150 que crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia³⁸⁸, introduciendo en su artículo 2° numeral primero que familia es el “núcleo fundamental de la sociedad, compuesto por personas unidas por vínculos afectivos, de parentesco o de pareja, en que existen relaciones de apoyo mutuo, que generalmente comparten un mismo hogar y tienen lazos de protección, cuidado y sustento entre ellos”, siendo un concepto privativo a las materias propias de la cartera en cuestión, conforme lo señala el inciso primero del artículo mencionado.

Esta limitación es un gran problema pues ¿qué pasará en aquellos casos que no dicen relación con este Ministerio? Desde la investigación se sostendrá que sí podría ser utilizado, fundamentalmente por las funciones que el Poder Ejecutivo delega en el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, como lo son la protección de las familias chilenas, la relación del Ejecutivo con éstas, la protección integral de los NNA³⁸⁹ y el futuro rol articulador que le cabrá en el Sistema de Garantías. En la misma línea, la judicatura de familia ha integrado y utilizado este concepto, argumentando que éste manifiesta el carácter dinámico de la institución³⁹⁰.

La familia comprende al cónyuge y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o el habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.

Comprende asimismo el número de sirvientes necesarios para la familia.

Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos”

³⁸⁴ **LEY DE MATRIMONIO CIVIL (Ley N° 19.947). Artículo 1°:** “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia”.

³⁸⁵ La Ley de Matrimonio Civil solamente reitera, en relación a la familia, lo reseñado constitucionalmente en el artículo 1° de la Constitución Política de la República.

³⁸⁶ **LEY DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR (Ley N° 20.066). Artículo 5°:** “Violencia intrafamiliar. Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.

También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar”.

³⁸⁷ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. “Regímenes Patrimoniales”. Editorial Jurídica. Santiago, Chile. 2010. P.281.

³⁸⁸ Es importante señalar que a través de la Ley 21.150, el objetivo del legislador es introducir modificaciones que afectan particularmente a la Ley 20.530 que actualmente lleva como título: “Ley número 20.530. Crea el ministerio de desarrollo social y familia y modifica cuerpos legales que indica”.

³⁸⁹ **LEY QUE CREA EL MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA (Ley N° 20.530) . Artículo 1° inciso tercero.** “el Ministerio de Desarrollo Social y Familia velará por los derechos de los niños con el fin de promover y proteger su ejercicio de acuerdo con el Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez y en conformidad con la Constitución Política de la República y las leyes”.

³⁹⁰ **SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA DE SANTIAGO.** C-10028-2019. 08-06-2020. Considerando 9°

A partir de esta definición de familia, podemos notar un primer elemento que denominaremos *faz objetiva* de la familia y que dice relación netamente con la composición de ésta. Al respecto, el legislador adopta correctamente una interpretación amplia³⁹¹ de la misma, afirmando que ésta se integra por “*personas unidas por vínculos afectivos, de parentesco o de pareja*” y que, se ciñe al concepto de familia compleja acuñado por Espejo, consistente en “*configuraciones familiares que surgen de acuerdos formales (como el matrimonio o los acuerdos civiles) o informales (como las uniones consensuales); familia monoparentales; familias extensas y; nuevos arreglos familiares que se crean después del divorcio, nulidad, viudez o socios de distribución*”³⁹². Lo importante de esta faz objetiva es que el Estado debe reconocer no solo aquellas familias surgidas de vínculos formales regulados en su legislación, sino que también son familia otra *pluralidad de formas en que esta entidad puede organizarse*³⁹³, debiendo extender su protección a todas ellas.

A raíz de las múltiples configuraciones que puede tener una familia, adquiere relevancia el segundo elemento o *faz subjetiva*, donde creemos está lo central para entender cuándo estamos en presencia de un núcleo familiar. Esta faz dice relación con los vínculos afectivos y de pertenencia que tienen sus miembros hacia dicha unidad, generándose un espacio “*regido por la igualdad y el mutuo respeto entre sus miembros*”³⁹⁴. En definitiva y siguiendo al artículo 2º numeral primero de la Ley 20.530, lo que caracteriza a una familia será lo vincular, manifestándose en: (1) la existencia de relaciones de apoyo mutuo; (2) el compartir, generalmente, un mismo hogar; y (3) la existencia de lazos de protección, cuidado y sustento entre sus integrantes.

Cabe destacar que este concepto se ajusta a los lineamientos que organismos internacionales han determinado en la materia. Se destaca que el Estado chileno adopte un reconocimiento amplio de la faz objetiva familiar, lo cual está en sintonía con lo manifestado por el Comité de Derechos Humanos, pues partiendo de la base del respeto de la autonomía de los Estado partes³⁹⁵, reconoce que éstos deben otorgar protección a todas las familias con independencia de su formación. Asimismo, el concepto de familia del artículo 2º numeral primero de la Ley 20.530 es congruente con la jurisprudencia de la CIDH, habida cuenta que se sostiene

³⁹¹ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE.** Causa Rol N° 41.135-19. 21 de octubre de 2020. Considerando séptimo.

³⁹² *Op. Cit.* ESPEJO, Nicolás. “*El derecho a la vida familiar (...)*”. P. 201.

³⁹³ ARANCIBIA OBRADOR, María José y CORNEJO AGUILERA, Pablo. “El derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”. Revista Ius et Praxis. Año 20 N°1. Talca, Chile. 2014. P. 287.

³⁹⁴ *Ibidem.* P.287.

³⁹⁵ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N°16, Derecho a la Intimidad (Artículo 17). 32º período de sesiones. 1988. Párrafo 5.

que las legislaciones deben atender a los avances culturales y sociales, siendo un deber del Estado propiciar y colaborar en dichos avances, pues de lo contrario, se correría el grave riesgo de legitimar y consolidar discriminaciones que afectan los derechos humanos³⁹⁶.

Por todo lo anterior, sostendremos que la familia jurídicamente protegida es la que se consagra en el artículo 2° numeral primero de la Ley 20.530, primando los vínculos afectivos que unen a sus integrantes con independencia de la naturaleza de dichos vínculos. Adoptar este concepto facilita y encamina a la investigación respecto del cómo se debe desarrollar el derecho a una vida familiar y cuál es la familia a la cual tiene derecho un NNA, debiendo ejercerse por parte del Estado todas las acciones que correspondan para proteger y fortalecer a todas las familias chilenas, sin excepción.

2. Derecho a la vida familiar en el actual ordenamiento jurídico chileno

Previo a la entrada en vigencia de la Ley 21.302, el ordenamiento jurídico chileno no contenía norma alguna que hiciera mención expresa al derecho a una vida familiar de los NNA. Por este motivo, se debe echar mano al plexo normativo chileno en aras de construir la garantía, con el fin de determinar la titularidad de NNA a vivir en una familia, el rol que le cabe a los adultos responsables y el Estado, y la *última ratio* que debiese ser la legitimación afectación al derecho en cuestión.

El punto de partida de esta construcción será nuevamente el concepto delineado por Lathrop, quien define el derecho a una vida familiar como el derecho a desarrollar y perseverar relaciones con la familia³⁹⁷. Conforme a la autora, este derecho es para personas tanto mayores de edad como menores de edad, por lo cual, enfatizaremos netamente en el derecho que tienen NNA en ambos estadios, es decir, el desarrollar y también el perseverar dichas relaciones.

Normativamente, ya se analizó cuál es la familia que en el ordenamiento jurídico chileno se protege, siendo ésta la contenida en el artículo 2° numeral primero de la Ley del Ministerio de Desarrollo Social y Familia. En razón de que esta familia ampliamente comprendida es el núcleo fundamental de la sociedad chilena, vale mencionar dos ideas centrales en la materia: por un lado, el artículo 1° inciso final CPR indica que el Estado debe dar protección a la familia y velar por su fortalecimiento; por otro lado, la reciente jurisprudencia de los Tribunales especializados, en línea

³⁹⁶ *Op Cit.* CIDH. ATALA RIFFO. Párrafo 120.

³⁹⁷ *Op. Cit.* LATHROP. “Derecho a la vida familiar, responsabilidad parental y derechos del niño, niña o adolescente”. P.232.

con el concepto que la investigación adhiere, señala que la acción estatal debe dirigirse “*sin discriminación, a todas las formas de familias que existan*”³⁹⁸.

Asimismo, es menester mencionar que artículo 5° inciso segundo CPR garantiza a las personas la protección “*de los derechos esenciales (que) emanan de la naturaleza humana*”, razón por la cual “*los órganos del Estado (deben) respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”. Pues bien, uno de los tratados internacionales que goza de dicho estatus es la CDN³⁹⁹, norma de carácter constitucional⁴⁰⁰ que compromete a Chile a la protección integral de sus NNA.

A partir de la definición de Lathrop, el primer elemento del derecho en comento es el desarrollar relaciones con la familia. La importancia de las relaciones entre los miembros de un determinado núcleo familiar se debe precisamente a que la familia es el “*medio natural de crecimiento y bienestar para todos sus miembros*”, conforme indica el preámbulo de la CDN; asimismo, el preámbulo de este tratado internacional entiende que el NNA “*debe crecer en el seno de una familia*”, pues en ésta se permitirá alcanzar “*el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad*”. Entonces se puede advertir que para efectos de la CDN, si un NNA debe crecer en una familia, existe por tanto una obligación para las familias de otorgar un espacio adecuado para propender al máximo potencial de ellos.

Se debe añadir a la discusión el artículo 27.1 de la CDN, pues garantiza a todos los NNA el derecho a un nivel de vida adecuado. Ante esto, creemos necesario afirmar que los NNA autónomamente no podrían alcanzar la completa satisfacción de este derecho, por lo cual, será la familia un agente importante para alcanzar este nivel. Esta idea ha sido confirmada por la jurisprudencia nacional al aseverar que en relación con el derecho a una vida familiar es la familia del NNA la que “*está llamada naturalmente a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas (siendo) un contexto ideal de desarrollo*”⁴⁰¹. Esta mirada jurisprudencial nos permite

³⁹⁸ **SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA DE SANTIAGO.** Causa Rol C-10028-2019. 08 de junio de 2020. Considerando noveno.

³⁹⁹ La Convención sobre los Derechos del Niño es promulgada en Chile a través del Decreto 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, con fecha de publicación de 27 de septiembre de 1990.

⁴⁰⁰ En la materia, y siguiendo el análisis de NASH, la investigación optará por adherir a la tesis de la jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico chileno de los tratados internacionales de derechos humanos. Adoptar esta tesis precisa entender que los derechos constitucionales derivados de los tratados internacionales son “*en todo su acervo: catálogo de derechos con su acervo jurisprudencial, obligaciones generales, normas de resolución de conflictos (suspensión de derechos y restricciones legítimas), de forma tal que se haga efectivo el pleno goce y ejercicio de los mismos*”. NASH, Claudio. “*Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*”. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, Chile. 2012. P.22.

⁴⁰¹ **CORTE DE APELACIONES DE ARICA.** Causa Rol N°106 – 2012. 28 de noviembre de 2012. Considerando tercero.

entender que, en definitiva, el desarrollo de las relaciones familiares en el marco del derecho a una vida familiar garantizará el interés superior del NNA, dado que será la familia deberá otorgar un espacio adecuado en el que se puedan satisfacer íntegramente sus derechos.

Sentada la idea de que la familia será quien deberá velar por el desarrollo de un NNA, cabe la preguntarse: ¿quién, dentro de la familia, se encuentra obligado a otorgar este espacio adecuado de satisfacción de derechos? Encaminan la respuesta dos artículos de rango constitucional como lo son los artículos 18.1. CDN y el artículo 19 numeral décimo inciso segundo CPR, los cuales dan luces de la responsabilidad de los adultos responsables.

El artículo 18.1 CDN afirma que los padres – y creemos también, los adultos responsables – son quienes están a cargo de la crianza y desarrollo del NNA; por su parte, la mirada paternalista de la CPR se limita a señalar que *“Los padres tienen el derecho preferente y el deber a educar a sus hijos”*, siendo los NNA solo objetos de protección que deben obediencia a sus padres. Pues bien, ambas normas comparten el establecer que son los adultos responsables de una familia quienes están obligados a velar por la satisfacción integral de derechos de un NNA; además, en el orden legal, puede ser complementada esta afirmación mediante el artículo 222 del Código Civil en materia de cuidado personal, ya que expone que *“La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible”*.

Un segundo elemento derivado del concepto acuñado por Lathrop dice relación con la preservación de las relaciones familiares, siendo preservar el *“proteger, resguardar anticipadamente a alguien o algo, de algún daño o peligro”*⁴⁰². Desde ya es posible advertir que este aspecto del derecho a una vida familiar se vincula a las relaciones externas que se desarrollan con un determinado núcleo familiar, siendo aquella entre Estado-familia una de las principales.

El ordenamiento jurídico chileno establece respecto a la relación Estado-familia, una dimensión negativa relativa a la no interferencia de éste en la autonomía familiar. De tal manera, sostenemos que esta relación puede extraerse mediante el artículo 19 numeral cuarto CPR al señalar el derecho fundamental al *“respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”*; en cuanto a la CDN, su artículo 16.1 señala que *“Ningún niño será objeto de interferencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia (...)”*, siendo la ley quien proteja a ellos ante un ataque a dichas esferas.

Por su parte, el *“preservar”* las relaciones familiares también posee una dimensión positiva correspondiente al deber de protección que el Estado procurar a todas las familias, derivado del artículo 1° inciso final de la CPR. La importancia de la actuación del aparato estatal

⁴⁰² REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA [en línea] <http://rae.es> [consulta: enero 2021].

respecto al derecho a la vida familiar se justifica precisamente en que “*La vida familiar constituye el máximo referente de protección y apoyo incondicional hacia los hijos, independiente de los problemas que puedan suscitarse en forma directa o indirecta*”⁴⁰³.

Los problemas a los que se refiere la Corte de Apelaciones de Antofagasta activan el despliegue institucional del Estado, interfiriendo la autonomía familiar con el fin de proteger y fortalecer dicho núcleo. Esta idea se refleja en el artículo 4° CDN, al enfatizar que los Estados deben adoptar todas las medidas que le sean propias para garantizar la efectivización de los derechos del NNA, lo cual se traduce en “*proporcionar apoyo a los padres para que cumplan sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño*”⁴⁰⁴, ya sea mediante políticas públicas, o bien, mediante medidas de protección que vayan en dicha dirección.

3. Afectación del derecho a la vida familiar en Chile en el ordenamiento jurídico vigente.

El continuar el análisis del derecho a una vida familiar desde su elemento de “*perseveración*” requiere examinar, al mismo tiempo, cuáles son las afectaciones que legítimamente puede sufrir la garantía a partir de la intervención no arbitraria del Estado.

En tal sentido, para ahondar en los aspectos relativos a la vulneración del derecho a una vida familiar, se debe desarrollar la hipótesis teórica de su vulneración, la institucionalidad que se activa ante la vulneración de los derechos de los NNA y finalmente, cuáles son las medidas que progresivamente van agotando el derecho a una vida familiar – en especial, la familia de origen – en aras de proteger el interés superior del NNA.

3.1. Hipótesis teórica del derecho a una vida familiar.

La legítima afectación del derecho a una vida familiar en Chile procederá siempre y cuando, en función del interés superior del NNA, no exista una mejor solución a adoptar por parte de los jueces de familia y es la separación del núcleo la vía posible para la reparación y rehabilitación de sus derechos.

Al no existir una garantía explícita respecto a la vida familiar, la construcción de la hipótesis de separación debe considerar primeramente al artículo 9.1. CDN. Esta norma señala que “*Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos*”, pudiendo extraerse dos aspectos a considerar como hipótesis: (1) el Estado

⁴⁰³ CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA. Causa Rol N° 105-2010. 6 de julio de 2010. Considerando décimo.

⁴⁰⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE. Causa Rol N° 30.509-2020. 06 de octubre de 2020. Sentencia de reemplazo.

debe disponer y desplegar distintas clases de medidas que vayan en la dirección de fortalecer el núcleo familiar, permitiendo la participación familiar en la toma de decisiones que afecten esta garantía; (2) además, se puede interpretar que la CDN entiende que existen padres que no desean o no quieren asumir la responsabilidad parental, pudiendo voluntariamente desprenderse de su vínculo con sus hijos; esto obliga al Estado a disponer de medidas tales como cuidados alternativos o un adecuado procedimiento de adopción para amparar a los NNA afectados por esta decisión de sus padres.

Adentrándose en la separación del NNA de su familia, el ordenamiento jurídico chileno dispone de diferentes normas que reconocen que la afectación del derecho a la vida familiar será una medida de última opción. Así, el artículo 74 de la Ley de Tribunales de Familia (en adelante: LTF) categóricamente señala que la separación se justificará “*Solo cuando sea estrictamente necesario para salvaguardar los derechos del NNA*”, agregando que dicha separación debe visualizarse siempre en el evento de “*que no exista otra (medida) más adecuada*”. Completa la hipótesis de separación nuevamente el artículo 9.1. CDN, el cual establece explícitamente que la procedencia de la “*separación es necesaria en el interés superior del niño*”, debiendo en tal caso los jueces⁴⁰⁵ ser cautelosos y respetuosos en su análisis casuístico del total contenido de este principio.

En la especie, la Corte de Apelaciones de Antofagasta ha reflexionado en torno al interés superior como cláusula de separación, considerando que éste siempre debe “*tener en cuenta las características propias de los niños y la necesidad de propiciar su sano desarrollo, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades*”⁴⁰⁶, por lo cual, se debe examinar cuidadosamente las habilidades parentales de los adultos responsables y las consecuencias que se generan en su actuar. Este examen obligatoriamente debe ser sustentado en cuestiones fácticas, evaluándose los daños reales y efectivamente causados y probados, respetando la pluralidad de formas de familias y prohibiéndose “*las meras especulaciones, presunciones y estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características de los padres o (sus) preferencias culturales*”⁴⁰⁷ como motivación de la decisión.

Con todo, la textura abierta del interés superior demanda examinar casuísticamente la situación de derechos del NNA, razón por la cual, la Corte Suprema ha determinado que este

⁴⁰⁵ Vale mencionar que el artículo 8° LTF numeral séptimo prescribe la competencia exclusiva de los Tribunales de Familia en “*Todos los asuntos en que aparezcan gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores*”.

⁴⁰⁶ **CORTE DE APELACIONES DE ARICA.** Causa Rol N° 106-2012. 28 de noviembre de 2012. Considerando cuarto.

⁴⁰⁷ *Ibidem.* Considerando cuarto

principio se vincula íntimamente a los criterios establecidos en el artículo 225-2 del Código Civil chileno⁴⁰⁸ en materia de cuidado personal⁴⁰⁹. Es posible detectar el espíritu del interés superior en esta norma no solo porque establece expresamente que se debe considerar en los casos de cuidado personal “j) *Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo*”, sino que en todos sus literales considera factores asociados al bienestar del hijo relativos a su bienestar, su centro de vida, sus opiniones, las relaciones afectivas y vinculares y las habilidades parentales del adulto responsable.

Como principio, el interés superior del NNA impone a los Estados el desarrollar y brindar la debida asistencia a las familias, velando por su protección y procurando que las soluciones para reparar los derechos afectados del NNA sean desenvueltas dentro del núcleo familiar. Es así que la Corte Suprema ha reiterado esta posición, señalando que “*Antes de recurrir a la separación, el Estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar al niño*”⁴¹⁰. En este sentido, se deben diseñar y ejecutar políticas públicas que tiendan a ayudar a los núcleos familiares, sea a través de programas que les permitan ampliar y mejorar las habilidades parentales, o bien, a través de prestaciones sociales directas de carácter económica, habida cuenta que la separación jamás podrá verse motivada por carencias económicas, sino más bien constituyen un indicativo de que algo anda mal en dicho núcleo⁴¹¹.

Debido a que el interés superior del NNA es la cláusula que motiva la separación del NNA, se ha señalado por parte de la jurisprudencia chilena que la idoneidad de la afectación del derecho a la vida familiar será en todos aquellos casos en que la asistencia estatal resulta insuficiente e ineficaz para la mantención de la unidad familiar. En consecuencia, la Corte

⁴⁰⁸ **CÓDIGO CIVIL CHILENO. Artículo 225-2.** En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:

- a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.
- b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.
- c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.
- d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.
- e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.
- f) La opinión expresada por el hijo.
- g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.
- h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.
- i) El domicilio de los padres.
- j) *Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.*

⁴⁰⁹ **CORTE SUPREMA DE CHILE.** Causa Rol N°30.509 – 2020. 6 de octubre de 2020. Sentencia de reemplazo.

⁴¹⁰ **CORTE SUPREMA.** Causa Rol N°41.135-2019. 21 de octubre de 2020. Considerando séptimo.

⁴¹¹ *Ibidem.* Considerando séptimo.

Suprema chilena ha fallado señalando que la separación procederá con el fin de “*evitar el riesgo o descuido o abandono del niño o un riesgo para su seguridad*”⁴¹², habida consideración de que la preservación familiar sea un factor adicional para la perpetuación de las vulneraciones de derechos.

La referencia realizada por la Corte Suprema respecto a los riesgos, descuidos y situaciones de abandono conduce a preguntarse sobre cuáles serían dichas situaciones y si, eventualmente, éstas son reguladas en el ordenamiento jurídico chileno. Esto nos conduce a hablar en primer lugar del artículo 9.1 CDN, norma que en materia del derecho a la vida familiar desarrolla ejemplos que respaldarían la separación como solución a la vulneración, tales como el maltrato o los descuidos de los adultos responsables.

En segundo lugar, la referencia al abandono en la normativa doméstica chilena se sitúa en materia de cuidado personal a través de la referencia cruzada entre los artículos 226 del Código Civil chileno y 42 de la Ley de Menores. El artículo 226 se aplica por parte de los jueces en todas aquellas ocasiones en que se decide radicar el cuidado personal en un tercero, siendo la premisa de la misma la inhabilidad moral o física de los padres; por su parte, el artículo 42 de la Ley de Menores desglosa determinadas hipótesis en que existen dichos factores de vulneración: (1) Incapacidad mental; (2) Alcoholismo crónico; (3) No velar por el cuidado personal, educación y crianza; (4) Entrega al NNA a la vagancia o la mendicidad; (5) Condena por secuestro o abandono de menores; (5) Cuando maltraten o den malos ejemplos al NNA; (6) Cuando la permanencia del NNA en su hogar constituyere un peligro para su moralidad; y finalmente, como causal genérica el peligro moral o material⁴¹³ que se vea afectado el NNA.

Finalmente, se debe hacer mención que la limitación progresiva del derecho a la vida familiar siempre deberá tomar en cuenta tanto los vínculos de origen como los de carácter afectivo. Esto es apoyado desde el artículo 74 LTF que determina un orden de prelación a la hora de ubicar al NNA en otra familia cuando es separado de la origen; la norma en cuestión mandata a los jueces a considerar en a los parientes consanguíneos como primera opción, ya que lo que se busca es “*la protección de la unidad familiar nuclear, y en su defecto, la familia consanguínea como vínculo filial natural*”⁴¹⁴. Ahora bien, consideramos afín al concepto de familia sustentado

⁴¹² *Op. Cit.* **CORTE SUPREMA**. Causa Rol N°41.135-2019. Considerando séptimo.

⁴¹³ A nuestro juicio, las causales de inhabilidad relativa a la incapacidad mental de los padres, así como la apertura a la inhabilidad por falta de condiciones materiales resultarían contrarias al principio de igualdad y no discriminación de las personas, habida consideración que se motivaría la separación del NNA de su familia de origen por cuestiones que deberían ser asistidas por el Estado y no ser un gatillante para promover la afectación del desarrollo del NNA del derecho a su vida familiar.

⁴¹⁴ **CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE**. Causa Rol N°11-2011.

en la presentación investigación el segundo eslabón del artículo 74 LTF, es decir, ubicar al NNA junto “*a otras personas que tengan una relación de confianza con el menor*”; si bien estimamos que la norma no se dirige a extender el concepto de familia a cualquier tipo de relación afectiva, creemos que el espíritu sí atiende a la progresiva limitación del derecho a la vida familiar, pues lo que se busca es precisamente que el NNA siga su desarrollo en el marco familiar – independiente de su vinculación de parentesco – para así poder alcanzar la máxima satisfacción de derechos, incluidos el aspecto espiritual, emocional y afectivo.

3.2. Institucionalidad vigente ante la vulneración de derechos

La institucionalidad chilena actualmente vigente en materia de protección de derechos de NNA se encuentra en un estado de transición, conviviendo bajo el actual modelo instituciones propias del sistema tutelar o de situación irregular y otras que se ligan íntegramente con el futuro Sistema de Garantías y Protección Integral de NNA.

En este apartado, el análisis se centrará en aquellos organismos que han sido parte del sistema de protección de NNA a la fecha; desde la perspectiva de la situación irregular, se debe hablar del Servicio Nacional de Menores, los Tribunales de Justicia y las Oficinas de Protección de Derechos, mientras que desde la perspectiva del Sistema de Garantías y Protección Integral, se analizarán el Ministerio de Desarrollo Social, la Subsecretaría de la Niñez y la Defensoría de la Niñez.

Cabe señalar que los comentarios relacionados con el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia serán realizados en la parte II del presente capítulo, pues a pesar de encontrarse actualmente vigente la ley que crea la entidad, su funcionalidad, objetivos y perspectiva se ciñen a la lógica del Sistema de Garantías.

3.2.1. Ministerio de Desarrollo Social y Familia.

Las obligaciones del Estado respecto a la protección y fortalecimiento de los núcleos familiares han requerido de una cartera especializada del Poder Ejecutivo, naciendo así el Ministerio de Desarrollo Social y Familia (en adelante: MDSF). Este Ministerio tiene la misión de diseñar, aplicar e implementar las políticas públicas y gubernamentales relativas a la erradicación de la pobreza, la protección social de los grupos vulnerables y también, aquellas relativas a la protección integral de NNA.

En lo tocante a la infancia-adolescencia, el MDSF tiene una responsabilidad gravitante dentro de la arquitectura institucional, puesto que el artículo 1° inciso tercero de la Ley 20.530 lo mandata a velar “*por los derechos de los niños con el fin de promover y proteger su ejercicio de*

acuerdo con el Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez y en conformidad con la Constitución Política de la República y las leyes”.

La delegación del Ejecutivo hacia una cartera especializada que procure la protección integral de los NNA permite colegir que, en teoría, el MDSF se dedique en los asuntos de su competencia bajo un criterio técnico más especializado y dedicado, en post de garantizar una burocracia que cumpla con el interés superior y que busque a través de la equidad, la integración social y la participación familiar un mayor respeto por los derechos de todo NNA. Por el contrario, desde el artículo previamente señalado se pueden detectar dos problemas a considerar: por un lado, el MDSF nace como parte del Sistema de Garantías que en la actualidad no ha visto la luz y que puede generar que sus atribuciones puedan resultar en letra muerta; mientras que otro problema dice relación con el carácter eminentemente político que adquiere al ser una cartera de naturaleza ministerial, siendo un flanco de potencial tensión entre el desarrollo de las políticas públicas y la ejecución gubernamental, básicamente por ser contrarias las directrices adoptadas por el Estado al ideario ideológico, político y social del gobierno de turno.

En cuanto a las funciones de esta cartera, vale mencionar aquellas que exclusivamente refieren a materias de infancia-adolescencia y que se encuentran contenidas en el artículo 3° bis de la Ley 20.530. Entre otras, son funciones del MDSF: (1) Asesorar al Presidente de la República en materias de protección integral de NNA; (2) Proponer, ejecutar y fiscalizar la Política de Niñez y su Plan de Acción; (3) Gestionar y supervigilar los sistemas intersectoriales de protección integral, así como los programas y prestaciones sociales que apoyen a NNA y familias; (4) La difusión de la protección integral de NNA; e (5) Informar el estado de la niñez y adolescencia en el país.

3.2.2.Subsecretaría de la Niñez

Institucionalmente, el MDSF se encuentra estructurado a través de sub-carteras⁴¹⁵ relativas a las materias propias de su competencia; en infancia-adolescencia, es la Subsecretaría de la Niñez el órgano derivado que debe velar por colaborar⁴¹⁶ en las diferentes tareas que le cabe al Ministerio en relación con la protección integral de NNA.

⁴¹⁵ **LEY 20.530. Artículo 4°.** La organización del Ministerio de Desarrollo Social y Familia será la siguiente:

- a) El Ministro de Desarrollo Social y Familia.
- b) La Subsecretaría de Evaluación Social.
- c) La Subsecretaría de Servicios Sociales.
- d) La Subsecretaría de la Niñez.
- e) Las Secretarías Regionales Ministeriales de Desarrollo Social y Familia.

⁴¹⁶ **LEY 20.530. Artículo 6° bis.** La Subsecretaría de la Niñez estará a cargo del Subsecretario de la Niñez, quien será su jefe superior. En particular, le corresponderá colaborar con el Ministerio en el ejercicio de las funciones contenidas en las letras a) y ñ) especialmente en lo relacionado con el Subsistema de Protección Integral a la Infancia “Chile

En cuanto a las funciones de la Subsecretaría, la regulación otorgada por el artículo 6° bis de la Ley 20.530 es de carácter escueta, siendo netamente un mandato de colaboración en las materias relativas a NNA. En concreto, este órgano debe colaborar en las funciones mandatadas en el artículo 3° bis de la Ley 20.530, sumado a tareas específicas tales como: (1) El elaborar y proponer las diversas políticas públicas en materia de infancia-adolescencia, que digan relación con las personas en situación de riesgo o vulnerabilidad social; (2) Encargarse de la evaluación y sistematización de la información relativa a la realidad social del país, enfatizando en la realidad de los NNA; o (3) El fortalecimiento de todas las familias del país.

A su vez, la Subsecretaría se estructura en diferentes Divisiones⁴¹⁷ que coadyuvan en la misión de velar por la protección integral de derechos. Precisamente, una de ellas es la División de Promoción y Prevención, cuya responsabilidad es la gestión, administración y ejecución de los programas sociales relativos a la promoción, prevención y protección de NNA.

Las funciones de esta división se encuentran contenidas en el artículo 29 del Decreto 15 de 2013, las cuales consisten en: (a) Definición técnica que permita insumos para proyectos legislativos de protección integral de NNA; (b) La ejecución y/o coordinación de las prestaciones sociales y servicios especializados en la protección de los derechos de NNA y sus familias; (c) Impulsar la difusión tanto de la protección integral como la prevención de las vulneraciones de derechos de NNA; (d) Promover la participación de los NNA en la sociedad, sopesando el derecho preferente de educación de los padres y la autonomía progresiva de los NNA; y (e) Disponer de los insumos para fijar los estándares señalados en el artículo 3° ter de la Ley 20.530⁴¹⁸.

3.2.3. Tribunales de Familia

Conforme al artículo 1° LTF, los Juzgados de Familia son los quienes están a cargo de conocer, juzgar y ejecutar los asuntos especialmente señalados en el artículo 8° de la misma ley. Dentro del propio artículo 8° LTF, su numeral séptimo les atribuye la competencia exclusiva de

Crece Contigo”, y en las letras e), t), u), w) y x), todas del artículo 3°, sólo en las materias vinculadas a la niñez. Le corresponderá, además, colaborar con el Ministerio en el ejercicio de las funciones establecidas en el artículo 3° bis.

⁴¹⁷ **DECRETO QUE APRUEBA REGLAMENTO DEL ARTÍCULO 4° DE LA LEY N° 20.530 (Decreto N°15 de 2013). Artículo 28.** La Subsecretaría de la Niñez es el órgano de colaboración del Ministro en el ejercicio de las funciones a que se refiere el artículo 6° bis de la ley N° 20.530, y estará a cargo del Subsecretario o la Subsecretaria de la Niñez, quien será su jefe o jefa superior y le corresponderá asesorar directamente al(la) Ministro(a) en la coordinación intersectorial de los temas relacionados con la Niñez. De esta Subsecretaría dependerán las Divisiones de Promoción y Prevención, de Planificación y Estudios, y de Administración y Finanzas.

⁴¹⁸ **LEY 20.530. Artículo 3° ter inciso primero.** Un reglamento dictado por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia y suscrito, además, por los Ministros de Hacienda y de Justicia y de Derechos Humanos fijará estándares para los organismos colaboradores y los programas de las líneas de acción contempladas en el numeral 3) del artículo 4° de la Ley 20.032, sea que dichos programas se ejecuten por los mencionados organismos colaboradores o directamente por órganos del Estado. Para tales efectos, la Subsecretaría de la Niñez será la encargada de proponer los mencionados estándares.

encargarse de “*Todos los asuntos en que aparezcan NNA gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos*”, por lo cual, su rol es de la máxima importancia dentro del actual sistema chileno de protección de infancia-adolescencia pues tienen la responsabilidad de “*adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la ley de menores*”⁴¹⁹.

En este caso, los Juzgados de Familia se encuentran sujetos a una serie de principios procedimentales detallados en el Título III párrafo primero de la LTF, siendo uno de los protagonistas el interés superior del NNA consagrado el artículo 16 LTF. Dado su carácter adjetivo como sustantivo, el interés superior ha permitido evidenciar las múltiples falencias que la judicatura ha presentado como única entidad a cargo de las medidas de protección judiciales.

Desde el punto de vista procesal, el interés superior del NNA impone que procedimentalmente sean protegidos todos los derechos del NNA y además, velar por su participación en el mismo así como su derecho a ser oído. En la materia, se ha comprobado que muchas veces los Juzgados de Familia se ven sobrepasados desde el punto de vista humano, no conociendo con la celeridad debida las vulneraciones de derechos y adoptando medidas tales como la reprogramación de audiencia por falta de jueces, lo cual, a juicio de los Tribunales Superiores de Justicia son motivos injustificados y arbitrarios⁴²⁰ que no se condicen con este principio; en tal caso, se ha señalado que el camino a seguir por parte de los Juzgados de Familia debe ser siempre el *priorizar entre las audiencias programadas, dando preferencia a la revisión de las medidas de protección (...) atendida la materia de la causa, esto es la grave vulneración de los derechos del niño*⁴²¹.

Otro matiz relativo a lo procesal del interés superior dice relación con el cómo se garantiza el derecho a ser oído durante los procedimientos de medidas de protección. A través de sus artículos 69⁴²² y 79⁴²³, la LTF obliga a la judicatura a respetar el derecho a ser oído de los NNA en los procedimientos de vulneración de derechos; sin embargo, se ha constatado que en la

⁴¹⁹ Las medidas contenidas en el artículo 30 de la Ley de Menores son:

- 1) la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación a los menores de edad, a sus padres o las personas que lo tengan bajo su cuidado, para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse e impartir las instrucciones pertinentes, y
- 2) disponer el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar sustituto o en un establecimiento residencial”, según relata el artículo 30 de la LM.

⁴²⁰ **CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ.** Causa Rol N°35-2019. 25 de junio de 2019. Considerando décimo.

⁴²¹ **CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ.** Causa Rol N° 35-2019. 25 de junio de 2019. Considerando undécimo.

⁴²² **LEY QUE CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA (Ley N° 19.968). Artículo 69 LTF.** Comparecencia del NNA. En este procedimiento, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los NNA, considerando su edad y madurez.

⁴²³ **LEY 19.968. Artículo 79.** Derecho de audiencia con el juez. Los NNA respecto de los cuales se encuentre vigente una medida de protección judicial, tendrán derecho a que el juez los reciba personalmente, cuando lo soliciten por sí mismos o a través de las personas señaladas en el artículo siguiente.

práctica no hay un respeto estricto a este derecho y por tanto, la judicatura que se ve obligada a cumplir con el interés superior no lo hace. A modo de ejemplo, vale señalar las constataciones realizadas por parte del Comité de Derechos del Niño en su visita a Chile, el cual de manera concluyente y preocupante señala por ejemplo que solo un 32,1% de los NNA encuestados y que se encuentran bajo estos procesos puede hablar con el magistrado, situación que se agrava cuando el NNA está institucionalizado, donde solo el 4,1% fue autorizado para ejercer el derecho a audiencia directa con el juez⁴²⁴.

Sumado a lo anterior, el interés superior del NNA es una *condictio sine qua non* que toda sentencia de medidas de protección debe ponderar y considerar primordialmente. En los casos de vulneraciones de derechos, los jueces de familia, al poder afectar legítimamente el derecho a una vida familiar, se ven conminados a adoptar las medidas de protección de internación como *última ratio*⁴²⁵ sí y solo sí el interés superior lo recomienda. En lo relativo a este tópico, se identifican tres problemas que llevan a transformar la excepción como regla general: primero, la falta de profesionalización de los jueces de familia en materias de infancia-adolescencia⁴²⁶, quienes muchas veces no se detienen en lo concreto del caso y deciden netamente basados en las consideraciones de los Consejeros Técnicos; luego, se identifica el problema de no dar un espacio suficiente a la participación familiar y del NNA en los procedimientos, generando un desconocimiento de la situación real de derechos y que termina orientando los fallos hacia la adopción de medidas de separación del NNA versus aquellas de protección y fortalecimiento de los núcleos⁴²⁷; finalmente y relacionado con el punto anterior, muchas veces existe por parte de los litigantes el uso indebido y a modo de subterfugio de los procedimientos protectores, con el fin de obtener otras pretensiones tales⁴²⁸ como la preparación de demandas en sede de familia, o incluso, a adoptar medidas de protección tales como la separación del NNA de su familia de origen sin ser lo suficientemente idónea y excepcional para la situación que se alega.

En materia de ejecución, el interés superior impone obligaciones a la judicatura relativas a revisar el desarrollo de las medidas y el asistir a los centros donde están los NNA institucionalizados⁴²⁹; respecto de ambos deberes, se detectan sendos problemas que tienen como

⁴²⁴ *Op Cit.* COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Párrafo 37.

⁴²⁵ CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ. N°35-2019. 25 de junio de 2019. Considerando noveno

⁴²⁶ *Op. Cit.* COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Párrafo 37.

⁴²⁷ *Ibidem.* COMITÉ. PÁRRAFO 60.

⁴²⁸ *Op. Cit.* LATHROP. “El derecho a la vida familiar (...)”. P.402.

⁴²⁹ **LEY 19.968. Artículo 78 inciso primero.** Los jueces de familia deberán visitar personalmente los establecimientos residenciales, existentes en su territorio jurisdiccional, en que se cumplan medidas de protección. El director del establecimiento deberá facilitar al juez el acceso a todas sus dependencias y la revisión de los antecedentes individuales de cada NNA atendido en él. Asimismo, deberá facilitar las condiciones que garanticen la independencia y libertad de ellos para prestar libremente su opinión.

común denominador la falta de profesionalización. En materia de desarrollo de las medidas, los jueces no revisan con la exhaustividad y periodicidad debida los cursos de acción, teniendo como efecto una situación alarmante donde el Estado afecta ilegítimamente el derecho a una vida familiar de NNA, a raíz de la permanencia institucional mediante medidas de protección expiradas⁴³⁰. En cuanto a las visitas de centros, se ha detectado que los jueces focalizan su atención en las condiciones materiales del centro sin detenerse en la situación de derechos de los NNA bajo esta modalidad⁴³¹; asimismo, se ha indicado en el informe del Comité de los Derechos del Niño que 20,4% de los NNA consultados afirman no haber sido oídos por los jueces durante las visitas que estos realizan⁴³².

Se puede concluir que el rol de los Juzgados de Familia en materia de protección se encuentra en una constante tensión entre lo decidido y lo que en la práctica sucede con sus fallos, identificándose problemas durante todo el íter procedimental y que contrarían el interés superior de los NNA. Cabe tener presente que Chile mantendrá, a pesar de la recomendación del Comité de Derechos del Niño⁴³³, el rol de la judicatura en el futuro Sistema de Garantías aunque con una participación limitada a aquellas materias relativas al derecho a una vida familiar y su legítima afectación. Podría pensarse que es un camino equivocado, sin embargo, creemos que no debe *a priori* ser mirado con malos ojos pues si el nuevo diseño institucional logra dar respuesta a la protección integral de NNA, la judicatura quedaría exclusivamente relegada solo a aquellos casos más complejos, lo que propendería consecuentemente a una mayor exhaustividad, dedicación y profesionalización de los asuntos.

3.2.4. Servicio Nacional de Menores y sus Colaboradores Acreditados.

El Servicio Nacional de Menores (en adelante: SENAME) es creado mediante el Decreto Ley 2465 (en adelante: DL2465), encargándose tanto de la protección y promoción de los derechos del NNA vulnerados, así como también de aquellos adolescentes infractores de ley, según señala el artículo 1° de la norma antes mencionada.

A partir del artículo 1° DL2465, se permite desprender que la lógica funcional del SENAME es una manifestación del principio de Estado subsidiario tan propio de la CPR de 1980. Bajo esta perspectiva, la institución debe desarrollar el diseño y mantención de los programas de atención de NNA, así como la supervigilancia técnica y financiera de aquellos encargados en

⁴³⁰ *Op Cit.* COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Párrafo 37.

⁴³¹ *Ibidem.* Comité. Párrafo 37.

⁴³² *Ibidem.* Párrafo 66.

⁴³³ *Ibidem.* Párrafo 128.

ejercer las tareas del SENAME y que le han sido delegadas por parte del Estado a través de los procedimientos y normativas relativos a la institución.

La delegación de lo público hacia los privados se encuentra asiduamente regulada tanto en el DL2465 como en la Ley 20.032, naciendo desde ambas una institución propia de este sistema como son los “*Colaboradores acreditados*”. En concreto, el artículo 4° numeral segundo de la Ley 20.032 los define como: (1) *Personas jurídicas sin fines de lucro* (2) *que desarrollan las actividades propias de la protección integral de derechos de NNA;* (3) *a través de un modelo de subvenciones estatales* y los cuales se someten a criterios adoptados por parte del SENAME para adquirir la calidad de acreditado⁴³⁴ y poder ejercer en definitiva la delegada función de velar por la protección integral.

En cuanto a las tareas específicas del SENAME, éstas se consagran en el DL2465 y cabe señalar que es posible distinguirlas entre aquellas de carácter normativo-institucionales, las relativas a la intervención de casos y a aquellas de promoción, fiscalización y supervigilancia de los colaboradores acreditados en la protección integral de NNA.

En primer lugar, el artículo 3° del DL2465 establece como funciones normativo-institucionales aquellas que dicen relación con la aplicación y ejecución de las directrices legales y gubernamentales en materia de asistencia y protección de NNA, debiendo materializar los sistemas asistenciales sea vía pública – SENAME – o vía privada a través de los colaboradores acreditados.

Respecto de los colaboradores, el SENAME se ve en la obligación de impartir directrices para la mejora constante de los servicios y programas que realicen prestadores directos de la institución o subvencionados por ésta, teniendo la facultad de proponer cancelar personalidades jurídicas de aquellas que no sigan sus lineamientos; impartir instrucciones sobre los organismos coadyuvantes al Servicio⁴³⁵ e incluso, debido al principio de subsidiariedad que rige la institución,

⁴³⁴ **DECRETO que APRUEBA REGLAMENTO DE LA LEY N.º 20.032, QUE ESTABLECE UN SISTEMA DE ATENCION A LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA A TRAVES DE LA RED DE COLABORADORES ACREDITADOS DEL SERVICIO NACIONAL DE MENORES, Y SU REGIMEN DE SUBVENCION. (Decreto N°841 de 2005). Artículo 1°.** El SENAME, mediante resolución de su Director o Directora Nacional podrá reconocer como colaborador acreditado a:

- 1) Personas jurídicas sin fines de lucro que dentro de sus objetivos contemplen el desarrollo de acciones acordes con el rol público de atención y cuidado de la niñez, y demás fines y objetivos de la ley; y,
- 2) Personas naturales que tengan idoneidad, y título profesional para el solo efecto del desarrollo de la línea de acción de diagnóstico.

Las instituciones públicas que desarrollen directamente las mismas actividades señaladas en el N° 1 del presente artículo, no requerirán de dicho reconocimiento, sin perjuicio de lo cual deberán cumplir los requisitos establecidos en la ley 19.862.

⁴³⁵ Conforme al artículo 3° numeral noveno del DL2465, una entidad coadyuvante es una “persona natural o jurídica que administre centros residenciales que tengan bajo su cuidado a NNA de los que trata la presente ley y que no se encuentre recogida por la Ley N°20.032. Estas entidades han sido fuertemente cuestionadas dentro del esquema

se encuentra obligada no solo a subvencionar y supervigilar a los colaboradores, sino que también debe propender, según el numeral séptimo del DL2465, a “*Estimular la creación y funcionamiento de entidades y establecimientos privados que presten atención y asistencia a los menores de que se trata esta ley*”.

En lo tocante a las labores de intervención, el SENAME es el agente directo a través del cual los Tribunales de Familia verán – en principio – ejecutadas las medidas de protección judiciales de NNA. El numeral tercero del artículo 3° DL2465 es claro en señalar que el Servicio debe “*Atender, en forma preferente (...) a los menores enviados por los Tribunales de Menores*” para que éstos sean asistidos sea en instituciones SENAME, sea en organismos colaboradores. Además, fruto de esta labor de intervención, el SENAME está facultado para crear centros residenciales respecto de los cuales nuevamente se asoma el rol subsidiario del Estado en materia de infancia-adolescencia, al poder solo “*En casos calificados, y con autorización del Ministerio de Justicia, podrá crear y administrar directamente*” líneas de acción, haciendo gala del adagio “*donde no está el mercado, ingresa el Estado*” pues el propio artículo 3° numeral sexto afirma que los casos calificados son aquellos en que los colaboradores no pueden o no quieren hacerse cargo de determinadas líneas de acción.

La fuerte incidencia de los privados en el esquema SENAME generó la necesidad de desarrollar la Ley 20.032 para dar cierto orden a las materias de subvención dada su opacidad. A través de la Ley 20.032, se intenta un cambio de perspectiva que pusiese énfasis en el respeto efectivo de los derechos humanos de los NNA, estableciéndose para tales efectos una carta de principios⁴³⁶ bajo los cuales tanto los organismos SENAME como los privados deben desarrollar las diferentes líneas de acción.

Sin embargo, la ley en cuestión no profundiza en las líneas de acción de SENAME señaladas en el artículo 3° de la Ley 20.032 (a saber: [1] Oficinas de Protección de Derechos del NNA; [2] Centros Residenciales; [3] Diferentes programas de intervención; y [4] Las líneas de diagnósticos), sino que su foco está en ofrecer reglas claras a los agentes privados para hacerlos partícipes de estos programas. A modo de ejemplo, se establece un valor parámetro denominado

proteccional chileno, pues pese a ejercer un papel en la protección y promoción de derechos del NNA, éstas no se encuentran sometidas efectivamente al control del SENAME. *Op. Cit.* COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Párrafo 18.

⁴³⁶ El artículo 2° de la Ley 20.032 detalla los principios a los cuales se encuentra sujeto tanto el SENAME como los organismos colaboradores, los cuales son: (1) Respeto, promoción, reparación y protección de derechos humanos de NNA; (2) La promoción de la integración familiar, escolar y comunitaria de ellos; (3) Establecer alianzas con organismos públicos y privados para el diseño y ejecución de políticas públicas de infancia-adolescencia; (4) Transparencia; (5) Probidad; (6) Responsabilidad del Estado; (7) Trato digno y no discriminación; (9) Participación e información a las partes.

“Unidad de Subvención SENAME”⁴³⁷ que determinará los montos de cada subvención; además de una serie de incentivos perversos⁴³⁸ tales como metas relativas a la cantidad de NNA atendidos y no a la calidad del desarrollo de cada línea de acción e incluso, premiar a través bonos de desempeño⁴³⁹ a aquellos privados que cumplen con las tareas propias de la protección integral de NNA.

Con el avance del tiempo, se constató que el SENAME es una institución inadecuada para hacerse cargo de un tema tan relevante como los derechos de NNA vulnerados; su perspectiva subsidiaria y economicista lo ha hecho blanco de constantes y merecidas críticas tanto a nivel local e internacional, los cuales han escalado al punto de hacer responsable al Estado chileno de violación institucional de carácter grave y sistemática de los derechos humanos de NNA que estén bajo alguna línea de acción SENAME.

Respecto de la violencia institucional, vale hacer eco del concluyente y desgarrador informe de la Comisión de Derechos del Niño en su visita a Chile. Se debe contextualizar que el desarrollo del SENAME depende en gran medida de las sentencias de los Juzgados de Familia en materia de medidas de protección, de los cuales se comentó previamente que han hecho regla general la excepción, es decir, el priorizar la separación del NNA de su familia. Desde el análisis de la ejecución de las medidas judiciales, se ha detectado que se desarrollan vulneraciones de los derechos de NNA en las dependencias de los organismos dependientes del SENAME como lo son las condiciones materiales paupérrimas e inadecuadas para la vida de NNA; condiciones que se desarrollan en hacinamiento, sin distinción de las distintas realidades de NNA; condiciones técnicas y profesionales deficientes por parte de los profesionales del SENAME; e incluso, la muerte de NNA en las distintas dependencias.

⁴³⁷ **LEY QUE ESTABLECE SISTEMA DE ATENCION A LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA A TRAVES DE LA RED DE COLABORADORES DEL SENAME, Y SU REGIMEN DE SUBVENCION (Ley 20.032). Artículo 32.** La Unidad de Subvención del SENAME tendrá un valor de \$10.000.

No obstante, el valor nominal de la USS se reajustará en el mes de enero de cada año, en el porcentaje de variación que haya experimentado el Índice de Precios al Consumidor durante el año precedente.

Al año 2021, el valor de la Unidad de Subvención del SENAME es \$17.240. SENAME [en línea] <https://www.sename.cl/web/index.php/unidades-de-subvencion-sename/> [consulta: enero 2021].

⁴³⁸ El Comité de Derechos del Niño, acredita en los párrafos 49 y 50 de su informe sobre la realidad chilena que, respectivamente: “49. *El auxilio económico a los OCAS se da por acciones y no por resultados. La ayuda es en función del número de NNA atendidos, de forma que, el egreso de cada NNA equivale a menos ayuda económica, lo que resulta en un incentivo perverso para retener al NNA y no realizar el trabajo de reintegración familiar*”. “50. *Los CREAD, aunque estén mejor financiados por su carácter público, es reconocido que carecen de financiación suficiente, lo que origina una falta de recursos técnicos humanos y materiales para prestar los servicios mínimos necesarios para la rehabilitación y calidad de vida de los NNA*”.

⁴³⁹ **DECRETO N°841 de 2005. Artículo 49.** El SENAME destinará hasta el 2% de los recursos con que cuente anualmente en su presupuesto de la línea de programas, a premiar a los colaboradores acreditados que ejecuten dicha línea de acción con un bono de desempeño, por la calidad de la atención otorgada y los resultados alcanzados en el respectivo proyecto. Quedan expresamente excluidos de este beneficio los programas a que se refiere el artículo 16 de la ley N° 20.032.

Este cruel entramado que se desarrolla entre la hipertrofia judicial de las medidas de separación de NNA, aunado al modelo en crisis del SENAME llevó al Comité de Derechos del Niño a afirmar que el Estado chileno ejercía violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos de estos grupos, los más vulnerables. Las violaciones resultan graves⁴⁴⁰, fundamentalmente porque los NNA permanecen institucionalizados largo tiempo en condiciones miserables, lo que en particular se traduce en: (1) revictimización de los NNA que están bajo esta modalidad; (2) desprotección y negligencia hacia los NNA, sin obtener una reparación efectiva de los derechos vulnerados; y (3) la inexistencia de medidas efectivas para poner fin a la vulneración de derechos⁴⁴¹.

Por todo lo anterior, el modelo de gestión SENAME ha sido fuertemente cuestionado, ya que su funcionamiento ha estado alejado de alcanzar la protección integral de NNA y por el contrario, ha sido una agencia que ejerce manifiesta violencia institucional. Esta institución debiese tener la máxima prioridad dentro del aparato estatal, dada la gran cantidad de NNA vulnerados que atiende – solo en el período enero-septiembre de 2020 fueron atendidos 165.162 NNA⁴⁴² – y que solo ven en la acción del Estado una posible solución para la reparación de su situación de derechos.

3.2.5. Defensoría de la Niñez

La Defensoría de la Niñez es creada a través de la Ley 21.067 siendo, según sus artículos 1° y 2°, una corporación autónoma de derecho público encargada de velar por la difusión, promoción y protección de los derechos de los NNA y que debe procurar bajo los principios del interés superior de los NNA, el derecho a ser oído, la igualdad y no discriminación arbitraria, la autonomía progresiva y el derecho y deber preferentes de los padres a educar a sus hijos.

Estos principios motivan las funciones detalladas en el artículo 4° de la ley antes mencionada, dentro de los cuales cabe destacar el rol de ombudsman que ejerce frente al Estado en materia de protección integral de NNA y que se consagra en su letra i) al señalar que debe: *“Observar y hacer seguimiento a la actuación de los órganos del Estado, a personas jurídicas que tengan por objeto la promoción o protección de derechos de los niños y a organizaciones que puedan afectar con sus acciones tales derechos”*.

En su relación con los demás órganos públicos, la Defensoría de la Niñez debe actuar en sentidos tan diversos como: (1) ser facilitadora e intermediaria entre NNA y órganos del Estado,

⁴⁴⁰ *Op. Cit.* COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Párrafo 114.

⁴⁴¹ *Ibidem.* Párrafo 116.

⁴⁴² Cifras oficiales de SENAME período enero-diciembre 2020. [en línea] <<https://www.sename.cl/informe-trimestral-2020/trimestre-1-2020-ENERO-SEPT/proteccion.html>> [consulta: enero 2021].

si éste afecta los derechos de NNA a través de sus acciones u omisiones; (2) recibir peticiones, derivarlas a los órganos respectivos y realizar su seguimiento; o (3) El velar porque los derechos de los NNA sean considerados por quienes formulan, establecen y evalúan las políticas públicas.

La protección también es un eje motor de la Defensoría, razón por la cual se le faculta mediante el artículo 4° de la Ley 21.067 a ejercer acciones penales ante crímenes o simples delitos, asegurar a organismos, familias y a NNA a entender cuáles son y cómo se deben entender los derechos de todo NNA, y finalmente, ante el conocimiento de situaciones de vulneraciones de derechos, la Defensoría debe denunciarlas y aportar los antecedentes necesarios para poder proteger a los NNA afectados.

3.2.6. Oficinas de Protección de Derechos.

Las Oficinas de Protección de Derechos (en adelante: OPD) son instancias ambulatorias de carácter local consagradas en el artículo 4° numeral tercero sub-numeral primero de la Ley 20.032, diseñadas para desarrollar acciones que se orienten hacia la protección integral del NNA y que trabajan en el reconocimiento y respeto de los derechos de NNA.

Esta línea de acción es responsable de la protección integral de NNA cuando el objetivo de intervención puede ser alcanzado a través de sus programas, además de ser la institución residual de tratamiento cuando no hay posibilidad de ingreso o traslado a otro programa. Relacionado con el derecho a una vida familiar, el artículo 15 letra c) de la Ley 20.032 mandata a las OPD a desarrollar programas de habilidades y competencias parentales, todo ello con el fin de evitar una posible separación de la familia de origen con su NNA.

3.3. Medidas de protección ante la vulneración de derechos

3.3.1. Procedimiento especial de medidas de protección

Bajo el esquema de situación irregular en materia de infancia-adolescencia, la determinación de medidas de protección son de exclusiva responsabilidad de los Tribunales de Familia, conforme lo señala el artículo 8° numeral séptimo LTF. Para tales efectos, se establece en el artículo Título IV párrafo primero de la LTF un procedimiento de carácter especial que justamente permita adoptar las medidas jurisdiccionales que, en principio, permitan restablecer los derechos de NNA gravemente vulnerados.

Según el artículo 70 LTF, el procedimiento de medidas de protección – también llamado procedimiento de vulneración de derechos – se inicia de oficio, o bien, desformalizadamente vía oral u escrita ante los Tribunales de Familia por aquellos legitimados activos que detalla la norma: los NNA; sus adultos responsables; profesores o director del establecimiento educacional

del NNA; profesionales de la salud que lo atiendan; el SENAME y finalmente, por cualquier persona que tenga interés en ello. Referente a este último punto, llama la atención que la legitimación activa en este caso sea limitada solo a aquellas personas que menciona la LTF, siendo que en este tipo de situaciones que motivan el actuar jurisdiccional debiese establecerse una acción de carácter popular sin necesidad de demostrar el interés de remediar la situación, pues justamente lo que se busca es garantizar que los NNA no sufran vulneraciones en sus esferas más íntimas.

Iniciado el procedimiento por las vías anteriormente señaladas, el Tribunal de Familia tiene la obligación de fijar la celebración de la audiencia preparatoria en un plazo de 5 días desde que ingresa la causa, debiendo al mismo tiempo citar a todos los intervinientes del proceso. En cuanto a la finalidad de esta audiencia, el artículo 72 LTF es claro en señalar que en ella el juez deberá indagar la situación que motiva su intervención, debiendo informar a los intervinientes sobre cuáles son los motivos de su comparecencia e informar cómo estos han afectado al NNA. Esta etapa del procedimiento puede poner término al mismo, o bien, el juez puede citar a una audiencia de juicio donde se rinda la pueda ofrecida en la primera audiencia.

Durante todo el íter procedimental, el juez debe tener una actitud que sea acorde al principio de colaboración⁴⁴³ propio de los procedimientos de familia, debiendo - en teoría - buscar soluciones participativas y consensuales con las partes involucradas. Si ello no es posible, el juez arribará a su convicción -sea en el término de la audiencia preparatoria, sea después de la audiencia de juicio -siguiendo a la sana crítica y procederá a dictar la sentencia de medidas de protección, la que deberá cumplir con los requisitos del artículo 75 LTF, explicando “*la necesidad y conveniencia de la medida adoptada, indicará los objetivos que se pretenden cumplir con ella y determinará el tiempo de su duración*”.

En fase de cumplimiento, el artículo 77 LTF indica qué sucede cuando las medidas jurisdiccionales no son cumplidas o no son posibles de ejecutar. Estas situaciones obligan al organismo a cargo de la ejecución - SENAME y colaboradores - de la medida a que comuniquen éstas, debiendo además proponer cuáles serían las potenciales alternativas de intervención; la respuesta final la tendrá el Juzgado de Familia respectivo, el cual podrá adoptar otra medida que conduzca a cumplir los objetivos trazados, pudiendo incluso imponer apremios para su cumplimiento forzado.

⁴⁴³ **LEY 19.968. Artículo 14.** Colaboración. Durante el procedimiento y en la resolución del conflicto, se buscarán alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando las soluciones acordadas por ellas.

Finalmente, entendiendo que las relaciones familiares son dinámicas y están en constante evolución, se insta la posibilidad de cesar, modificar o suspender las medidas de protección. Esto es expuesto por el artículo 80 LTF, el cual establece que “*En cualquier momento en que las circunstancias lo justifiquen*” se puede determinar de oficio, o bien, a petición del NNA, sus adultos responsables o el responsable del programa de intervención que las medidas sean modificadas, suspendidas o cedidas; en tal evento, el juez podrá citar a una audiencia de revisión para recabar mayor información para determinar la procedencia de la solicitud. Finalmente, las medidas de protección pueden ser cesadas si el NNA alcanza la mayoría de edad, es adoptado o transcurra el plazo de su decreto.

3.3.2. Potestad cautelar del juez

Una de las reglas generales a todo procedimiento de la judicatura familiar es la potestad cautelar que tienen los jueces en los términos definidos en el artículo 22 LTF. Esta norma los faculta a determinar sendas medidas de protección, bajo la siguiente hipótesis: (1) Puede ser determinada de oficio o a petición de parte; (2) Puede ser establecida en cualquier etapa del procedimiento especial, incluso antes de su desarrollo; (3) Debe sujetarse a los requisitos de toda medida cautelar, esto es: justificarse en la verosimilitud del derecho a proteger y el *periculum in mora* que potencialmente generará el desarrollo del procedimiento.

Si bien el artículo 22 LTF establece una regla general de las medidas cautelares, el artículo 71 LTF norma específicamente cuáles son las características propias de las cautelares en sede de protección. En la materia, el inciso tercero del artículo 71 LTF señala que estas medidas deben ser determinadas mediante resolución judicial, las cuales deben justificar su adopción bajo antecedentes calificados como suficientes y que deben ser fundamentados en la resolución respectiva.

Siguiendo su naturaleza cautelar, el artículo 71 LTF indica que las medidas cautelares especiales pueden ser determinadas antes o durante el procedimiento bajo determinación de oficio o por petición de la autoridad pública e incluso, por cualquier persona. Se detecta al respecto existe una legitimación activa aún más amplia que los determinados en el artículo 70 inciso primero LTF, lo cual se justificaría desde la necesidad urgente de su aplicación; pero también, esto ha generado una desvirtuación de su carácter cautelar autónomo, transformándose en un subterfugio y una vía tramposa para preparar otras demandas como el cuidado personal o la adopción⁴⁴⁴, que escapan de la legítima finalidad bajo la cual se establecieron estas medidas.

⁴⁴⁴ *Op. Cit.* LATHROP. “*El derecho a la vida familiar del niño privado (...)*”. P. 402.

A propósito de la legítima finalidad de estas medidas, el artículo 71 LTF es enfático en mencionar que éstas tendrán como motivación “*cuando ello sea necesario para proteger los derechos del niño*”, contando el juez con un catálogo taxativo de medidas que podrá adoptar por máximo 90 días, pudiendo dividirse éstas entre aquellas que mantienen el derecho a una vida familiar, aquellas que separan al NNA de su núcleo y aquellas que son netamente prohibiciones.

Aquellas que mantienen el derecho a una vida familiar son la entrega inmediata del NNA a sus adultos responsables y el ordenar la concurrencia a programas a los involucrados que tengan como finalidad el fortalecer el núcleo familiar y remediar las situaciones que motivaron la intervención judicial. Si la gravedad de la situación es de tal entidad que hace necesario afectar legítimamente el derecho a una vida familiar, el juez podrá determinar: (1) la suspensión a mantener relaciones regulares con el NNA; (2) Confiar al NNA al cuidado de una persona y/o familia de urgencia, privilegiándose aquellas que tengan lazos con el NNA; o (3) Disponer la internación del NNA en un centro de salud físico o psiquiátrico, si es indispensable para resguardar su vida y salud. Finalmente, el juez puede prohibir o limitar, por ejemplo, la presencia del ofensor del hogar común o de los lugares que frecuenta el NNA habitualmente, como también ordenar la prohibición de que el NNA salga del país.

3.3.3. ¿Cuáles son las medidas de protección posibles de determinar?

Finalizado el procedimiento de vulneración de derechos, el juez determinará según su convicción y criterio cuál es la medida de protección apropiada para poder superar la situación que motivó su actuar. De acuerdo con el artículo 8° numeral séptimo LTF, las medidas de protección jurisdiccionales serán dictaminadas si el NNA ha sido gravemente amenazado o vulnerado en sus derechos; complementa esta norma el artículo 30 de la Ley de Menores (en adelante: LM) que establece las potenciales medidas a aplicar y la simultaneidad de éstas.

El artículo 30 LM ha sido objeto de cuestionamientos por la doctrina especializada pues su nomenclatura resulta poco clara para los efectos de saber con exactitud cuáles son las medidas a aplicar. En específico, la oración “*en particular, el juez podrá*” que el artículo 30 LM expresa es de carácter laxa y excesivamente abierta, dejando al arbitrio del juez⁴⁴⁵ el ordenar el cumplimiento de otras medidas como podrían ser, por ejemplo, aquellas detalladas en el artículo 71 LTF relativas a las medidas de protección cautelares.

Ahora bien, más allá de la libre facultad de determinación del juez en adoptar diversas medidas de protección, el artículo 30 LM afirma concretamente que las medidas de protección

⁴⁴⁵ *Op. Cit.* LATHROP. “*El derecho a la vida familiar del niño privado (...)*”. P. 402.

posibles de aplicar serán de dos tipos, optando la investigación por dividir las entre: aquellas que no afectan el derecho a una vida familiar (*Disponer la concurrencia a programas de apoyo, reparación u orientación*) y aquellas que afectan el derecho a una vida familiar, como lo es el “*Disponer el ingreso del menor en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar sustituto o en un establecimiento residencial*” y que a continuación se procede a desarrollar.

3.3.3.1. Medidas que no afectan el derecho a la vida familiar

La importancia del artículo 30 LM es que en el numeral segundo de su inciso segundo se faculta al juez a determinar un curso de acción que no implica -necesariamente- separar al NNA de su familia, determinando como medida de protección a desarrollar la “*concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación*” al NNA y/o sus adultos responsables que permitan atacar tanto los factores de riesgo como las vulneraciones propiamente tales.

Particularmente, esta norma presenta dos problemas ligados a la libertad con la que cuentan los jueces en la materia: por un lado, la excesiva amplitud que cuenta el sentenciador para determinar los cursos de acción a seguir y por otro lado, el problema de no haber exactitud de cuáles son, en concreto, los programas o acciones que se dispone. En relación con este último problema, se debe recurrir a la Ley 20.032 sobre Colaboradores Acreditados del SENAME para entender cuáles eventualmente podrían ser las medidas potenciales que se ajustan a esta idea.

La referencia a los “*programas*” por parte del artículo 30 LM permite la redirección hacia el artículo 4° numeral tercero de la Ley 20.032 que se encarga de regular conceptos ligados a la protección integral, pero desde la óptica del régimen de subvención de los Colaboradores SENAME. Esta última norma, sin entrar a definir concretamente en qué consisten, se limita a señalar que los programas son “*un conjunto de actividades, susceptibles de ser agrupadas según criterios técnicos*”, mencionando que existen: (1) Programa de Protección de Derechos; (2) Programas de Reinserción de Adolescentes infractores de ley; (3) Programas de Prevención; (4) Programas de Promoción; (5) Programas de Familia de Acogida; y (6) Programas de Emergencia.

Ahora bien, dado que el artículo 30 LM refiere a las acciones de apoyo, reparación u orientación, es menester analizar brevemente cada programa que se asocia con estas líneas de acción, refiriéndonos en tal sentido a los programas de protección de derechos, de prevención y de promoción, en los términos de la Ley 20.032.

De acuerdo con el artículo 4° numeral 3.2. de la Ley 20.032, los programas de protección de derechos son aquellos dirigidos a otorgar atención ambulatoria para la protección, reparación y restitución de los derechos del NNA, siendo éstos de protección general, especializada y de

fortalecimiento familiar (estos últimos serán abordados en lo relativo a la separación del NNA). El artículo 4° numeral 3.2.a de la Ley 20.032 señala que los programas de *protección general* son aquellos que por su entidad no requieren intervención especializada y que, conforme al artículo 29 letra d) Reglamento de la Ley anterior, pueden ser bajo las siguientes modalidades: (1) Adopción⁴⁴⁶; (2) Representación jurídica de NNA víctimas de delitos; (3) Protección ambulatoria de NNA con algún grado de discapacidad; y (5) Intervención breve. Por su parte, los programas de protección especializada serán determinados para todas aquellas situaciones donde existe una vulneración grave de derechos del NNA atendido.

En materia de prevención, la línea de acción justamente busca actuar ex ante en los contextos de desarrollo del NNA para evitar futuras vulneraciones a sus derechos. En cuanto a las líneas de acción de promoción de derechos, el artículo 16 de la Ley 20.032 señala que los objetivos de estos programas serán en materia de medidas de protección, el trabajar con NNA y personas que traten con ellos en materias relativas al respeto y ejercicio de sus derechos.

3.3.3.2. Medidas que afectan el derecho a una vida familiar

Como señalamos previamente, los jueces de familia se encuentran facultados a separar al NNA de su familia en función del interés superior del mismo, siempre y cuando su sentencia se ajuste a los criterios establecidos por el artículo 74 LTF: (1) La necesidad de aplicar alguna medida de protección que afecte el derecho a la vida familiar; (2) Ser la *última ratio*, o sea, ya se han agotado las instancias intrafamiliares para solucionar la situación y no existe otra opción.

El artículo 74 LTF debe ser interpretado y unido al artículo 30 LM, pues esta norma señala expresamente cuáles son las opciones a adoptar libremente por parte del juez si decide proceder a la separación y afectar el derecho a la vida familiar. Acerca de estas medidas, el artículo 30 LM determina que las alternativas a seguir serían ubicar al NNA en un: (1) Centro de Tránsito o Distribución; (2) Hogar Substituto; (3) Establecimiento residencial o institucionalización.

Junto con lo anterior, se deben añadir como medidas de protección posibles de determinar a los programas de fortalecimiento familiar consagrados en la Ley 20.032. En particular, el artículo 4.3.a.3. de la Ley 20.032 detalla que en las situaciones de separación se podrían eventualmente mandar – en paralelo a la medida de separación propiamente tal – a la asistencia a programas destinados a los adultos responsables del cuidado para que puedan “*asumir*

⁴⁴⁶ Dentro de la línea de acción de los programas de adopción, el artículo 29 del Decreto 841 de 2005 señala que los subprogramas derivados de ésta serán los contenidos en la actual Ley de Adopción (N° 19.620), siendo éstos los subprogramas de acompañamiento adoptivo, apoyo y orientación a la familia de origen, recepción y cuidado del niño, y los de evaluación técnica de solicitantes y preparación para la adopción.

responsablemente el cuidado personal del NNA que se encuentre en un centro residencial para ejercer directamente su cuidado, propiciando su pronto egreso y reinserción familiar”.

Entre los distintos cursos de acción consagrados en el artículo 30 LM, es posible encontrar sendos aspectos en común que deben ser considerados durante el desarrollo. Así, por ejemplo, el artículo 57 LM radica el cuidado personal, la facultad de corrección y de la educación de los NNA sujetos a una medida de institucionalización en el jefe del establecimiento residencial donde se institucionalizará el NNA⁴⁴⁷. Asimismo, cada una de estas medidas debiese ser respetuosa con los vínculos afectivos del NNA con su familia de origen, fomentando y garantizando la bidireccionalidad de las relaciones familiares, siempre que ésta no sea contraria al interés superior de quien está sujeto a la medida de protección.

A continuación, se procederá a desarrollar las medidas de protección que separan a los NNA de sus familias de origen, debiendo hablar en primer lugar la medida de ubicación en otra familia denominada *hogar sustituto*, el cual debe velar por mantener en la familia extensa y progresivamente decantar hacia aquellas familias de acogida ajenas a la realidad familiar. Por último, se debe hablar necesariamente de la institucionalización de NNA en establecimientos residenciales, la cual lamentablemente se ha transformado en una línea que acapara gran parte de los casos, vulnerando así institucionalmente el derecho a la vida familiar de los NNA.

3.3.3.2.1. Ubicación en otra familia

El artículo 30 LM posibilita al juez a determinar la ubicación en un hogar sustituto como medida de protección; no obstante, el ordenamiento jurídico chileno no contiene una regulación orgánica que estructure las modalidades alternativas de cuidado, existiendo por el contrario gran dispersión normativa doméstica⁴⁴⁸ y falta de adhesión a instrumentos internacionales en la materia como las DMAC.

Desde ya se puede advertir que, al no estar reguladas las modalidades alternativas de cuidado, el ordenamiento jurídico chileno no respeta el derecho a la vida familiar en su completitud. Al respecto, solo cabe señalar que en el derecho chileno doméstico solo se encuentran mencionadas a través de la Ley 20.032, ley que las desarrolla solo desde el aspecto económico.

Solo como complemento en esta materia, la Corte Suprema chilena ha reconocido indirectamente – sin integrar jurídicamente – el rol de las DMAC a través del análisis de la

⁴⁴⁷ **CÓDIGO CIVIL DE CHILE. Artículo 234.**

⁴⁴⁸ *Op. Cit.* LATHROP. “*El derecho a la vida familiar (...)*”. P.403.

Observación N°14 del Comité de Derechos del Niño, rescatando que esta Directriz mandata a decidir solo en casos de necesidad una modalidad alternativa de cuidado y que éstas deben ser desarrolladas en condiciones de dignidad respetando el interés superior de NNA⁴⁴⁹. Esto nos permite afirmar que la regulación ofrecida por parte del ordenamiento chileno de las modalidades alternativas es prácticamente nula, motivo por el cual, aseveramos que la determinación de éstas queda netamente al arbitrio del juez, el cual según su convicción tendrá la libertad de escoger alguna de las modalidades que de facto se han impuesto en el sistema.

El tratamiento legal de las modalidades alternativas se detalla en el artículo 3° de la Ley 20.032, el cual solo las define como una de las líneas de acción subvencionables por el SENAME y que debe ser complementado por el artículo 29 letra e) del Decreto 841 de 2015. Resulta importante rescatar que ambas normas distinguen entre tres programas de familias de acogida, pudiendo éstas ser: *programas de acogida simple* señalando simplemente que es una familia alternativa para que el NNA resida; *programas de acogidas para NNA con discapacidad*; y *programas de acogida especializada (denominados FAE)*, consistente en ubicar al NNA en un hogar sustituto cuando haya vulneraciones graves de derechos y éstas tengan un gran impacto en la vida del NNA.

Además de la distinción desde la arista económica, se debe agregar la distinción respecto de cuáles han sido las modalidades de ubicación y que de facto los jueces han determinado. Así, se puede distinguir en primer lugar un modalidad denominada Tipo A correspondiente a la familia extensa vinculada consanguíneamente con el NNA; una familia denominada Tipo B, la cual es la familia externa del NNA, sin existir vínculos sanguíneos, sino que solos lazos de afectividad con quienes lo acogerán; y finalmente, se ha denominado como modalidad Tipo C relativa a la familia externa sin vínculos afectivos, pero que ha sido examinada y aprobada por los programas de familias de acogidas especializada del SENAME⁴⁵⁰.

En la práctica, se ha podido detectar que durante el período enero-septiembre de 2020 solo el 57,04% corresponden a intervenciones bajo modalidades alternativas de cuidado bajo una familia de acogida, siendo un 42,96% de los NNA institucionalizados; además, del total de NNA sujetos a modalidades alternativas de cuidado, solo un 6,81% se encuentran bajo una familia de acogida de directa dependencia del SENAME, versus un 93,19% de NNA bajo una familia de

⁴⁴⁹ **CORTE SUPREMA DE CHILE**. Causa Rol N° 41.135 – 19. 21 de octubre de 2020. Considerando séptimo.

⁴⁵⁰ LIRA, María Jesús y SQUELLA, Arturo (coordinadores). “*Familias de Acogida como medio de cuidado alternativo en el marco de la nueva institucionalidad del Servicio Nacional de Protección Especializada*”. Universidad San Sebastián. Santiago, Chile. 2019. P.20.

acogida dependiente de los programas privados subvencionados⁴⁵¹. Estas cifras son el fiel reflejo de la falla estructural del actual sistema de protección, visto que el Estado se encarga de la niñez y adolescencia mayormente a través de subvenciones, mientras que la atención directa es residual; además, queda de manifiesto que si bien las familias de acogida concentran más de la mitad de las intervenciones, la tasa de institucionalización es bastante alta, demostrando que la garantía de vivir en familia no es una máxima que en Chile se respete íntegramente.

3.3.3.2.2. Institucionalización

La medida de protección residual del actual sistema chileno es la institucionalización o internación del NNA en un establecimiento residencial. Regulada principalmente en el artículo 30 inciso tercero LM, la internación es el curso de acción cuando no existe familia que quiera o pueda acoger al NNA y existe la necesidad de separar al NNA de separarlo de su núcleo familiar para realizar la efectiva rehabilitación de sus derechos.

La procedencia de la internación como *última ratio* se encontraría sujeta a requisitos de carácter estricto y que bajo la interpretación normativa de la Corte Suprema chilena sería aplicable siempre y cuando “a) *Los padres están inhabilitados (...) y no existe familia extensa que los sustituya; b) Los derechos de los menores se vean gravemente vulnerados o amenazados; c) Aparezcan como insuficientes medidas menos gravosas*”⁴⁵².

La concurrencia de los requisitos de la internación debiese ser respetuosa con la historia del NNA, especialmente con los de índole afectivo, debido a que la carencia de contacto y la prolongación de la separación generan daños irreversibles en ellos⁴⁵³. En este punto, creemos que la confluencia de los requisitos va en esa dirección, debido que el artículo 30 inciso final LM enfatiza que la institucionalización es “*esencialmente temporal (y) no se decretará por un plazo superior a un año*”, agregando que esta medida podrá ser revisada por los jueces en un plazo de 6 meses, pudiendo renovarse en dicha audiencia de revisión bajo las mismas condiciones si subsiste la causal de origen y pudiendo ser substituida o terminada antes del vencimiento de la misma.

⁴⁵¹ Las cifras reseñadas corresponden a la suma de los NNA sujetos bajo una medida de separación familiar, la cual asciende a 15.796 NNA atendidos. La cifra antes mencionada se disgrega entre NNA atendidos, siendo: 8398 en familias de acogida de colaboradores; 613 en familias de acogida directamente dependientes del SENAME; 5.659 en residencias de organismos colaboradores; 847 en Centros CREAD y 279 atendidos en residencias familiares del SENAME.

Informe SENAME período enero – diciembre de 2020. [en línea] < <https://www.sename.cl/informe-trimestral-2020/trimestre-1-2020-ENERO-SEPT/proteccion.html> > [consulta: febrero 2021]

⁴⁵² CORTE SUPREMA DE CHILE. Causa Rol N°3784–2009. 10 de septiembre de 2009. Considerando noveno.

⁴⁵³ CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT. Causa Rol N°41-2010. 20 de mayo de 2010. Considerando quinto.

Sin embargo, lo legal dista mucho de lo que en la realidad sucede, generándose una situación gravísima de transformar la excepción en regla general que ha desencadenado un esquema de violencia institucional hacia NNA. La internación se ha transformado en un círculo vicioso donde no se garantiza el interés superior del NNA, por el contrario, se potencia la revictimización, las situaciones de afectación de derechos y la falta de efectividad en la rehabilitación. Factores asociados a este punto se dan, por ejemplo, en la falta de agotamiento de otras medidas que debiese disponer el Estado antes de institucionalizar a los NNA⁴⁵⁴; institucionalizar la pobreza⁴⁵⁵; la combinación de perfiles en los centros de NNA vulnerados en sus derechos y aquellos que son infractores de ley⁴⁵⁶; la escasa o prácticamente nula participación familiar en la toma de decisiones⁴⁵⁷ o el reiterado reingreso de NNA al sistema residencial⁴⁵⁸.

En cuanto al desarrollo de las medidas de protección, la Ley 20.032 indica cuáles son los tipos de establecimientos residencial, ahondando solo en los aspectos económicos de las subvenciones, tan propio de la lógica de esta legislación. El tratamiento surge a partir de las líneas de subvención que comprende el artículo 4° numeral tercero de la Ley 20.032, norma que distingue entre aquellos centros de diagnóstico y las residencias propiamente tales, los cuales tienen como gran diferencia el período de tiempo que acogerían a los NNA.

Los centros de diagnóstico son creados para otorgar asistencia urgente a los NNA durante el período que se determina una medida de protección de separación⁴⁵⁹, siendo una determinación exclusiva de los jueces de familia. Ahora bien, el artículo 18 de la Ley 20.032 mandata a estos centros de diagnóstico a ser cautelosos con la progresividad del derecho a la vida familiar del NNA, debiendo propender a la restauración del mismo en las siguientes situaciones: (1) excepcionalmente, el NNA puede ingresar por razones de fuerza mayor sin la necesidad de una resolución judicial, debiendo los responsables del centro ejercer todas las medidas que se requieran para la reunificación familiar; y (2) si la reunificación familiar no es posible, los responsables del centro deben informar de la situación al juez respectivo para que determine la medida de protección correspondiente.

⁴⁵⁴ *Op. Cit.* COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Párrafo 71.

⁴⁵⁵ *Ibidem.* Párrafo 23

⁴⁵⁶ *Ibidem.* Párrafo 55.

⁴⁵⁷ *Op. Cit.* COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Párrafo 60.

⁴⁵⁸ *Ibidem.* Párrafo 54.

⁴⁵⁹ El artículo 28 del Decreto N°841 de 2005 distingue entre centros de diagnóstico para lactantes o preescolares y centros para mayores.

Por su lado, si el juez estima que la separación sea de carácter más permanente, su ubicación debe ser en una residencia⁴⁶⁰. Según el artículo 4° numeral primero de la Ley 20.032, las residencias son aquellas donde el NNA internado está de forma estable, debiendo el servicio respectivo brindarle la satisfacción de todas sus necesidades. Además, las residencias están mandatadas según el artículo 19 de la ley en comento a acoger excepcionalmente y en casos de urgencia a aquellos NNA que no puedan ser atendidos en los centros de diagnóstico, debiendo informar la situación a la autoridad judicial para que determine el curso de acción a seguir.

Nuevamente encontramos que la práctica dista mucho de lo efectivamente consagrado en la precaria legislación nacional. Contrario a lo dispuesto en el artículo 19 CDN, la asistencia del Estado de los NNA ha sido más bien un espacio de reproducción de violencia institucional de los NNA que debiesen ser protegidos, resguardados y reparados en sus derechos. La evidencia muestra que en Chile, los dispositivos institucionales han sido carentes de los recursos económicos para desarrollar debidamente su gestión, siendo más bien una acción filantrópica por parte de los organismos colaboradores y no una real asistencia del Estado en la materia⁴⁶¹. A ello se suman las pésimas condiciones materiales, que se traducen deficiencias de infraestructura, seguridad, e incluso, falta de servicios higiénicos adecuados, lo cual es un claro incumplimiento del rol de protección del Estado y que conduce a la reproducción y mantención de las situaciones que motivaron el ingreso⁴⁶². A ello se suma la sobrepoblación de NNA en los centros⁴⁶³, que como ya se dijo, el no distinguir a la hora de prestar los servicios entre aquellos infractores de ley y los afectados por vulneraciones de derechos.

Por todo lo anterior, Chile necesita urgente que se apruebe un Sistema de Garantías y Protección Integral de NNA, pues el sistema actual está en una crisis profunda. Los nuevos tiempos requieren del máximo compromiso del Estado chileno con sus NNA, debiendo preocuparse de todos los aspectos de la protección de ellos, lo que implica instaurar con celeridad un marco normativo e institucional que dé respuestas concretas a las familias, que las ayude y que las ampare cuando estén en una situación compleja. Además, el cambio de mirada debe ir acompañado de una perspectiva que realmente ponga a los NNA en el centro de las políticas públicas, inyectando necesariamente los recursos materiales, económicos y humanos necesarios

⁴⁶⁰ En cuanto a las residencias, el artículo 28 letra b) del Decreto N°841 de 2005 las distingue entre: (a) Residencias de Protección para mayores; (b) Residencias de Protección para lactantes o preescolares; (c) Residencias para NNA con discapacidad; (d) Residencias Especializadas; y (e) Residencias de Vida Familiar.

⁴⁶¹ *Op. Cit.* COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Párrafo 48.

⁴⁶² *Ibidem.* Párrafo 32.

⁴⁶³ “Existe una sobrepoblación de niños en los centros. A finales de 2017, en 5 de los 11 CREAD había una sobrepoblación de 60%, 46%, 35%, 33% y 24% respectivamente”. *Ibidem.* Párrafo 33.

para garantizar que todos los NNA puedan crecer de forma adecuada e ideal y prioritariamente en el seno de una familia.

PARTE II

ANÁLISIS LEGE FERENDA DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR EN EL FUTURO SISTEMA CHILENO DE GARANTÍAS Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

1. Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia

El futuro Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia (en adelante: SGP) es la – a nuestro juicio, tardía – respuesta normativa, política e institucional de la cual se dotará el Estado chileno, a fin de poder dar cumplimiento a los mandamientos de la CDN, después de casi treinta años de su creación, y que intenta avanzar concretamente desde el enfoque de la situación irregular de NNA hacia la protección integral de los derechos de estos.

El SGP regirá la mirada bajo la cual Chile desarrollará la relación del Estado, los NNA y sus familias, estructurándose así bajo determinados principios rectores que edifican esta nueva estructura. Dichos principios son de vital importancia para el desarrollo futuro del sistema, destacándose la calidad de sujetos de especial protección que son los NNA, la debida protección integral y efectiva de sus derechos, el interés superior de NNA y la centralidad de la familia como parte del diseño normativo-institucional⁴⁶⁴.

Los principios anteriormente señalados son la pauta guía para alcanzar los objetivos planteados en el artículo 1° inciso segundo de la futura Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia⁴⁶⁵ (en adelante: FLG); esto es, el “*respetar, promover y proteger el desarrollo físico mental, espiritual, moral y cultural de los NNA, hasta el máximo de los recursos de que pueda disponer el Estado*”.

El nuevo SGP se caracterizará principalmente por ser un sistema híbrido debido a que en sede de vulneración de derechos, la intervención podrá ser administrativa o judicial según la intensidad de la afectación. Además, el SGP se caracterizará por ser un sistema de tratamiento universal de los NNA que estén en territorio chileno, actuando en todos los estadios de derechos (promoción, protección, reparación y rehabilitación de derechos) desde un enfoque multidisciplinario coordinado, y que, dada la geografía del país, debe ser estructurado

⁴⁶⁴ CORTE SUPREMA DE CHILE. Oficio N°195-2020. Informe Proyecto de Ley N°37-2020. 23 de septiembre de 2020. Consideración tercera.

⁴⁶⁵ La versión utilizada del proyecto de Ley de Garantías corresponde al enviado por la Presidenta de la Comisión de Infancia del Senado a la Corte Suprema para el examen establecido en el artículo 77 CPR. Este oficio dice relación con el Boletín 10315-18 relativo del proyecto de Ley de Garantías, el cual fue remitido con fecha 2 de noviembre de 2020.

A mayor abundamiento: Comisión de Infancia del Senado de Chile – Boletín N° 10.315-18 [en línea] <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=10315-18> [consulta: enero 2020].

entendiendo las realidades sociales, culturales, étnicas y contextual de cada NNA y familia que necesite de su actuación⁴⁶⁶.

A través de este nuevo y complejo sistema, el Estado de Chile intentará adecuar su legislación nacional para dejar de ser el único país de Latinoamérica carente de un sistema de protección integral de NNA. Este cambio, aún en tramitación, debiese acelerarse para poder satisfacer y cambiar la mirada que se tiene tanto nacional como internacionalmente de cómo Chile se relaciona con sus NNA y satisfacer sus garantías fundamentales; sin embargo, se ha visto lleno de contratiempos de tipo político y económico que han obstaculizado el cumplimiento de esta obligación por parte de este país.

2. Política Nacional de Niñez y su Plan de Acción.

El marco normativo-institucional que aportará el SGP a nuestro país traerá consigo una nueva forma de plantear los desafíos país que Chile tiene respecto de sus relaciones con sus NNA. Esto se ve reflejado en la denominada Política Nacional de Niñez y Adolescencia, que conforme al artículo 81 FLG, será el mecanismo mediante el cual se “*establecerá los objetivos generales, fines, directrices y lineamientos en materia de protección, garantía y promoción integral de los derechos de NNA*” y que se encuentren reconocidos en el ordenamiento jurídico chileno.

Al ser la forma institucional a través de la cual el Estado chileno entenderá las obligaciones con sus NNA, la Política Nacional de Niñez y Adolescencia se ha proyectado como un conjunto de políticas públicas de largo plazo, entendiéndose que sus metas serán trazadas para un tiempo de 9 años⁴⁶⁷. A través de este diseño de largo plazo, la Política viene a ser un eje articulador del SGP, debido a que según el artículo 82 inciso segundo FLG, ésta dotará de las características propias de un sistema de protección integral de la infancia-adolescencia al sistema, siendo éstas: (a) La universalidad; (b) La coordinación; (c) La integralidad; (d) El tratamiento sistémico de casos; y (e) La intersectorialidad⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ COMISIÓN NACIONAL DE LA INFANCIA. “*Política Nacional de Niñez y Adolescencia. Sistema Integral de Garantías de Derechos de la niñez y adolescencia 2015-2025*”. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Santiago, Chile. 2015. P.73.

⁴⁶⁷ Señala el inciso segundo del artículo 84 de la FLG que “*La Política Nacional de la Niñez y Adolescencia tendrá una duración de nueve años, y será revisada y evaluada, al menos, cada tres años*”, es decir, es una visión de largo plazo que puede mutar según las necesidades que socialmente vayan surgiendo en materia de NNA. A ello se suma que esta Política será evaluada anualmente por parte de la Subsecretaría de la Niñez, de acuerdo lo preceptúa el artículo 85 de la FLG.

⁴⁶⁸ **FUTURA LEY DE GARANTÍAS Y DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Artículo 82 inciso segundo:** “La Política Nacional de la Niñez y Adolescencia y su Plan de Acción asegurarán que el Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia sea de carácter:

a) Universal, garantizando el ejercicio de sus derechos a todos los niños, niñas y adolescentes dentro del territorio de la República.

La articulación que ejercerá la Política será, de acuerdo con el artículo 81 FLG, el *“propender a la creación de las condiciones político-institucionales que garanticen el ejercicio efectivo de los derechos de la niñez y la adolescencia”*. Esto quiere decir que la Política es la pauta que orienta la interacción de los agentes estatales en materia de infancia-adolescencia, debiendo respetarse dichos lineamientos a través de un trabajo colaborativo, coordinado y sistémico entre ellos. La norma en análisis nos permite extrapolar que en la práctica, la Política será al mismo tiempo la guía de orientación a la hora de ejecutar los derechos de carácter prestacional que se desprenden desde el SGP, obligando a los organismos del Estado a la búsqueda de *“fortalecer la calidad de los programas, de los servicios y las prestaciones políticas sociales generales y especializadas, y a potenciar la participación y la colaboración con la sociedad civil en sus objetivos”*.

La mencionada articulación político-institucional que ejercerá la Política Nacional de la Niñez y Adolescencia en el SGP requiere del establecimiento de una hoja de ruta que aterrice los objetivos a obtener a través de la propia Política. Ante esto, el artículo 83 FLG explica cómo se materializará la ésta bajo el denominado Plan de Acción, respecto del cual se han establecido contenidos mínimos que fijen su línea de acción y que específicamente son: *a) Los derechos y garantías de la niñez y la adolescencia que se abordarán; b) Los programas y líneas programáticas que lo integran; c) Las acciones y medidas específicas a ejecutar; d) Los plazos de ejecución; e) Los órganos y cargos responsables; f) Las metas para sus acciones y medidas; e) Los indicadores necesarios para su evaluación”*.

A propósito del Plan de Acción, la propia FLG también se encarga de encomendarle determinadas tareas a desarrollar mediante acciones específicas, como por ejemplo, en materia de derecho a la vida familiar. En la especie, el artículo 27 inciso quinto FLG es claro en señalar que el Plan de Acción deberá contener lineamientos respecto de las familias de acogida colaboradoras del sistema, necesitándose para tales efectos un plan intersectorial que concilie las tareas propias de la familia de acogida del NNA y la vida familiar de éstos, tanto con el NNA como con su familia de origen. Entender las acciones en materia de acogida desde un punto de vista sistémico

-
- b) Coordinado, cumpliendo con la unidad de acción, la eficiencia debida y evitando la interferencia de funciones.
 - c) Integral, abordando las necesidades de los niños, niñas y adolescentes en las diferentes etapas de su desarrollo progresivo hasta el cumplimiento de la mayoría de edad.
 - d) Sistémico, considerando la protección de los derechos en un marco conjunto e interrelacionado que incluya a los niños, niñas y adolescentes, a sus padres y/o madres, a las familias, la comunidad, la sociedad civil y a los órganos del Estado, con vistas a una mayor eficacia en la acción.
 - e) Intersectorial, relacionando en sus contenidos las diferentes dimensiones de las prestaciones públicas que se desarrollan en distintos sectores, y generando la capacidad de incidir en las políticas de las entidades del sector público que presten servicios vinculados a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

permite establecer un estándar de condiciones deseables para desarrollar esta línea de acción, de manera tal que durante el desarrollo de la misma el NNA pueda mantener relaciones con su familia de origen y que, en el fondo, son una manifestación del deber estatal de “*velar por la protección y consideración de la familia del NNA, cualquiera sea su composición*”, como lo señala el artículo 27 inciso primero FLG.

Creemos que el tránsito urgente hacia la protección integral de derechos de NNA requiere de un esquema estratégico de carácter sólido, por lo cual, el desarrollo de una gran Política Nacional de Niñez y Adolescencia parece ser un camino aceptable. Ahora bien, dado que este es un elemento político, es indispensable que ésta sea diseñada y estructurada con una lógica de largo plazo y que pueda mutarse según el devenir de la sociedad chilena y no por los gobiernos de turno; será una tarea de largo aliento que necesitará de un actuar ordenado y sintonizado con la aspiración de dar un tratamiento adecuado y efectivo a la relación del Estado con sus NNA.

3. Derecho a una vida familiar a la luz del futuro Sistema de Garantías y Protección Integral.

El artículo 27 FLG comienza señalando que “*Todo NNA tiene derecho a vivir en familia*”, cuestión que naturalmente implicará un avance en su regulación, pues reconocerá e incorporará de manera expresa en el ordenamiento jurídico el derecho a una vida familiar del NNA, siguiendo así los parámetros principalmente establecidos en la propia CDN.

Cabe preguntarse en primer lugar: ¿cuál es la familia en la que el NNA tiene derecho a vivir? El artículo 27 inciso primero FLG identifica que será la familia de origen, de forma preferente, quien debe propiciar un ambiente óptimo al NNA hasta “*completar así su adecuado desarrollo*”. La expresión “*familia de origen*” no es sinónimo de familia nuclear biológica, sino que bajo el SGP, ésta se identifica con los lazos de carácter afectivo surgidos en un núcleo determinado y el respectivo sentimiento de pertenencia al mismo. Dentro de la propia normativa del SGP es posible encontrar sustento a esta idea: a modo de ejemplo, el artículo 2° de la Ley del MDSF define a familia como núcleo “*compuesto por personas unidas por vínculos afectivos, de parentesco o de pareja*”; o el caso del artículo 27 inciso primero FLG que mandata al Estado, sin excepción, a fortalecer los núcleos y “*velar por la protección y consideración de la familia del NNA, cualquiera sea su composición*”.

El reflexionar sobre las familias y el derecho del NNA a vivir en ella más allá de cualquier consideración estructural, permite poner el foco en poder garantizar que la familia sea el “*medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros*”, como bien lo señala el artículo 2° inciso segundo FLG. De tal manera, el garantizar al NNA en un ambiente apropiado

para su desarrollo deviene en dos cuestiones de importantes: por un lado, y siguiendo al artículo 15 inciso segundo FLG, se permitiría asegurar que el NNA viva en las “*condiciones adecuadas*” para ver satisfechas sus necesidades; mientras que, por otro lado, se garantizaría que la familia sea un agente relevante protegido dentro del SGP, de manera que pueda efectivamente ser “*el núcleo fundamental de la sociedad y la primera encargada de brindar protección a los NNA*” que el artículo 9° FLG le confiere.

Respecto de las relaciones entre el Estado y las familias, se reafirma la concepción amplia y afectiva de la familia que en Chile guiará al SGP; muestra de ello es la Política de Niñez y Adolescencia de 2015-2025, en la que se entiende que “*La familia constituye el espacio privilegiado para el desarrollo del NNA en el entendido de que ella le otorga protección, afecto, estimulación y cuidado, independientemente de su composición y estructura*”⁴⁶⁹. Lo anterior implica que desde lo político-institucional, el Estado se articule completamente en miras de lograr que todas y cada una de las familias pueda, según el artículo 2° FLG, “*recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir sus responsabilidades*”.

Tanto la protección como la asistencia a las familias son manifestaciones del rol protector que el Estado debe brindarles a todas ellas, y que, consecuencialmente permite garantizar un espacio para su desarrollo integral a NNA. En esa línea, si se unen las garantías del derecho a vivir en condiciones adecuadas – garantizado en el artículo 15 inciso segundo FLG – y el derecho a una vida familiar, nos permite razonar que los NNA son titulares del “*derecho a una vida familiar en condiciones adecuadas*” y respecto del cual el Estado no puede permanecer incólume. El rol protector del Estado será ayudar a las familias a ser un espacio privilegiado para el desarrollo del NNA, por lo cual, es de toda lógica que la FLG reconozca en su artículo 15 inciso segundo que el Estado debe adoptar “*todas las medidas administrativas, legislativas y judiciales*” que permitan condiciones óptimas a éstas. De tal modo, el SGP desafía al Estado a diseñar, planificar y también materializar diferentes líneas de acción y políticas públicas que vayan en dicha dirección, lo que generalmente se manifiesta en diversas prestaciones sociales que vendrán a colaborar con las familias para que sean los garantes de todos los derechos de NNA.

Otro aspecto que la futura regulación del derecho a una vida familiar no olvida es su carácter de derecho bidireccional, entendiendo que el derecho se verá satisfecho si el NNA puede desarrollar los vínculos con la familia de origen si no es contrario a su interés superior.

A partir de esta característica, el artículo 27 inciso segundo FLG compele al Estado a ser un agente activo en la protección del derecho a vivir en familia cuando el “*NNA no pudiere*

⁴⁶⁹ *Op. Cit.* COMISIÓN NACIONAL DE LA INFANCIA. “*Política Nacional de Niñez y Adolescencia. (...)*”. P.66.

habitar con sus padres". En ese orden de ideas, el Estado deberá desarrollar sus políticas públicas entendiendo la progresividad del derecho en cuestión, garantizando principalmente que las familias de origen tengan las condiciones adecuadas para desarrollar sus vínculos y si esto no es posible o no es efectivo, limitar mínima y progresivamente el derecho en situaciones específicas en que proceda el desmembramiento familiar.

En función de lo anterior, el Estado tiene la tarea de garantizar las relaciones familiares entre NNA y sus adultos responsables en situaciones de desmembramiento familiar: (1) El artículo 27 inciso segundo FLG se sitúa en la hipótesis de separación de aquellos NNA que se encuentran privados de libertad por factores externos a sus relaciones intrafamiliares; (2) La misma norma entiende que si hay rotura de la vida familiar por debilitamiento de los vínculos internos y se establece una medida de protección judicial para su reparación, ello no es obstáculo para la preservación de sus relaciones familiares con su núcleo de origen, debiendo el Estado garantizar esta garantía si no es contra el interés superior del NNA; (3) Al mismo tiempo, el artículo 27 inciso segundo FLG mandatará al Estado a velar por la reunificación familiar en aquellas situaciones de "*catástrofes, emergencias o conflictos*" que dinamiten la familia, realidad que no es ajena a la historia del país y que generan el impedimento de desarrollar adecuadamente la vida familiar.

Por su parte, el artículo 27 inciso séptimo FLG entiende que producto del derecho a una vida familiar, el Estado debe garantizar el desarrollo de las relaciones interpersonales de todos aquellos NNA hijos de padres adolescentes, a lo cual se agrega el mandato de resguardar la vida familiar de carácter horizontal y bidireccional de hermanos que han sido separados de su núcleo de origen.

Ahora bien, si la familia no representa el espacio privilegiado para el desarrollo de un NNA y se verifica que en dicho núcleo existen afectaciones a otros derechos, se prevé por parte de la FLG que se suspenda el derecho a una vida familiar como vía de reparación del interés superior de ese NNA. Sin embargo, del espíritu de la propia FLG se puede desprender que la legítima afectación del derecho de los NNA a una vida familiar solo puede proceder como *última ratio* dentro de los cursos de acción del Estado, debiendo éste diseñar y ejecutar diferentes mecanismos administrativos para salvaguardar la garantía antes de judicializar la situación.

Llegado el punto en que los organismos administrativos del SGP determinen que mantener el derecho a vivir en familia produce la vulneración de otros derechos, el procedimiento administrativo se transforma en un procedimiento judicial, recayendo en manos de los Tribunales

de Familia⁴⁷⁰ la decisión de separar o no un NNA según el mérito de los antecedentes de la causa. Ante tal escenario, la validez de la medida de protección judicial que suspenda el derecho a una vida familiar debe ajustarse a los requisitos establecidos en el artículo 27 inciso tercero FLG, los cuales son: (1) emanar de una orden judicial; (2) la medida sea fundamentada en la necesidad y pertinencia de su aplicación; y (3) que se sujete a las causales de amenaza o vulneración grave de derechos categorizadas en el artículo 70 de la FLG.

La proyectada regulación del derecho a una vida familiar finaliza con los deberes del Estado hacia aquellos NNA víctimas de retenciones y/o traslados ilícitos. El inciso final del artículo 27 FLG formula que las situaciones ameritan la activación del aparato estatal, el que deberá desplegar todas las medidas que estén a su alcance para prevenirlas y combatirlas, asistiendo a aquellas familias afectadas por este desmembramiento en la búsqueda de su reunificación.

Ahora bien, se detecta que la FLG ofrecería una protección de carácter parcial, pues solo se sitúa en los casos de NNA que salen desde Chile, pero ¿qué sucede con aquellos NNA que son separados en el país de sus familias de origen y que son extranjeras? Esta pregunta ha sido analizada por la Corte Suprema chilena, quien siguiendo los preceptos del ordenamiento jurídico internacional enuncia que la FLG sí debería hacerse cargo de dicha hipótesis⁴⁷¹, fundamentalmente porque sería contrasentido arbitrario distinguir la protección de NNA chilenos y extranjeros, pues el Estado debe hacerse cargo de todos sus NNA brindándoles los mecanismos que estén a su alcance para reunirlos con sus familias de origen.

4. Afectación al derecho a una vida familiar en el contexto del SGP

A propósito de la afectación del derecho a una vida familiar en el contexto del SGP, es necesario reiterar que la legítima vulneración de este derecho se verá justificada cuando algún otro derecho de un NNA se vea insatisfecho dentro de su núcleo familiar y la mejor solución que se vislumbra desde el interés superior sea la separación de éste de su familia.

⁴⁷⁰ **FUTURA LEY DE GARANTÍAS Y DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Artículo 70.** Si se tratare de amenazas o vulneraciones graves a los derechos a los que se refiere el artículo 59, la Oficina Local de la Niñez, deberá solicitar al tribunal de familia competente la adopción de medidas de protección judicial. La limitación o suspensión del derecho a mantener relaciones directas y regulares con sus padres y/o madres, familiares o cuidadores, la suspensión de su derecho a vivir con su familia, la determinación de cuidados alternativos, el término de la patria potestad y la adopción, serán siempre medidas de competencia de los tribunales de familia. Lo anterior, sin perjuicio de que el caso siga siendo gestionado por la Oficina Local de la Niñez competente y que ésta adopte respecto del mismo NNA y/o su familia todas las medidas de protección administrativas que sean procedentes.

⁴⁷¹ *Op. Cit.* CORTE SUPREMA DE CHILE. Oficio N° 195-2020. Consideración sexta.

Lo anterior genera la necesidad de evaluar cuál es la regulación que tendrá el interés superior del NNA, particularmente desde lo regulado en la FLG y ver cómo éste ejerce su rol de contrapeso en la toma de decisiones judiciales que limiten el derecho a una vida familiar.

Asimismo, la suspensión del derecho en cuestión una medida de *última ratio* demanda entender el proceder institucional para llegar al escenario anteriormente descrito, razón por la cual, un segundo punto a tratar será cuáles son las nuevas instituciones introducidas por el SGP y se ligan al pronunciamiento y ejecución de las medidas de protección como lo son las Oficinas Locales de Niñez y el Servicio Especializado de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

El análisis anterior permitirá comprender de mejor manera la afectación del derecho a una vida familiar, el cual dice relación con las hipótesis de amenaza o vulneración de derechos que motivan el adoptar la separación del NNA de su familia. Por tal razón, el análisis demanda asimismo visualizar cómo el sistema progresivamente va suspendiendo el derecho en cuestión, siendo la actuación judicial el último eslabón que determinará si el NNA está mejor cuidado en su familia de origen o en otro núcleo familiar.

4.1. El interés superior del NNA y la estandarización de criterios.

Durante el curso de toda la investigación, se ha podido ver que el principio del interés superior del NNA cumple el gran rol de ser el contrapeso de todos los derechos de un NNA, cuestión que no es ajena al derecho a una vida familiar.

El SGP ha absorbido los contenidos aportados por la experiencia comparada en materia de interés superior ya que previo a conceptualizarse, el artículo 7° FLG opta por indicar la naturaleza jurídica del concepto, siendo éste “*un derecho, un principio y una norma del procedimiento*”. Asimismo, los artículos 3° y 7° inciso tercero FLG confirman que el interés superior tendrá un rol importante en la interpretación del ordenamiento jurídico de infancia-adolescencia, imponiéndole a los operadores el velar siempre por la protección y “*la aplicación más favorable a la vigencia efectiva (de un) derecho*”, bajo los parámetros establecidos por este concepto en el caso en concreto.

Respecto a la definición del interés superior del NNA, ésta se encuentra señalada en el artículo 7° inciso segundo FLG y corresponde a “*la máxima satisfacción posible de los principios, derechos y garantías reconocidos en virtud del artículo 1°*” de la misma norma, es decir, todos los derechos contenidos en el ordenamiento jurídico chileno y de los cuales son titulares NNA. Al mismo tiempo, el artículo 7° inciso segundo FLG complementa la supremacía

el interés superior, pues garantiza que éste siempre deberá ser considerado, respetado y preferido primordialmente frente a otros intereses legítimos y concurrentes que se encuentren chocando con éste⁴⁷², por lo cual mandata a su exhaustiva evaluación y ponderación por parte de “*autoridades legislativas, judiciales o administrativas, organizaciones de la sociedad civil, instituciones privadas, padres y/o madres, representantes legales o personas que los tengan legalmente a su cuidado*”.

Sumado a lo anterior, el SGP le imprime al interés superior una mirada de índole práctica y que es posible ver materializada en el artículo 7° inciso primero FLG, norma que detalla que el análisis de éste “*se basa en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta*”. Esta evaluación que se menciona representa una de las grandes revoluciones que se pretende implementar por parte del SGP, debido a que se estandariza por parte del legislador una serie de criterios que a juicio de este son parte esencial del interés superior y que deben ser tomados en consideración.

Al respecto, el artículo 7° inciso cuarto FLG detalla que su determinación debe estar sujeta a las garantías de “*objetividad, motivación y justificación de la decisión*”, debiendo necesariamente exponerse por parte de la autoridad competente la opinión del NNA, la ponderación del interés superior en función del caso en concreto y además, requiere respetar determinados elementos objetivos que se mandatan por parte del legislador. Este último punto es el *quid* de la revolución del interés superior, pues se estandarizan sendos parámetros que en todo evento deben ser evaluados y cuya omisión acarrearía que la decisión tomada por la autoridad competente no se encuentre ajustada a derecho.

Se debe mencionar que el artículo 7° inciso quinto FLG establece parámetros taxativos, pero no de carácter cerrado, ya que deja la posibilidad en su letra j) a evaluar toda aquella circunstancia que concretamente se vincule con el caso en cuestión, citando como ejemplo “*los efectos probables que la decisión pueda causar en su desarrollo futuro*”. Junto con ello, los demás requisitos son de carácter obligatorio en toda evaluación del interés superior, en el entendido de que son aspectos que son parte del bienestar de todo NNA, siendo estos:

- a. *Los derechos actuales o futuros del NNA que deban ser respetados, promovidos o protegidos por la decisión de la autoridad.*

⁴⁷² **FUTURA LEY DE GARANTÍAS Y DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.** **Artículo 7° inciso sexto.** De concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior de NNA, deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés superior, respeten también los otros intereses. En caso de que no puedan armonizarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del NNA sobre los demás.

- b. *El carácter indivisible e interdependiente de los derechos de NNA.*
- c. *La opinión que el NNA exprese, cuando ello sea posible conforme a su edad, grado de desarrollo, madurez y/o estado afectivo si no pudiere o no quisiere manifestarla.*
- d. *La opinión de los padres y/o madres, representantes legales o de quien lo tuviere legalmente a su cuidado, salvo que sea improcedente.*
- e. *El bienestar físico, mental, espiritual, moral, cultural y social del NNA.*
- f. *La identidad del NNA y las necesidades que de ella se derivan, sean estas físicas, emocionales, sociales, culturales o de origen étnico;*
- g. *La autonomía progresiva del NNA y su grado de desarrollo.*
- h. *Cualquier situación de especial desventaja en la que se encuentren el NNA que haga necesaria una protección una protección reforzada para el goce y ejercicio efectivos de sus derechos;*
- i. *La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten, para promover la efectiva integración y desarrollo del NNA, considerando su entorno de vida.*

4.2. Instituciones del SGP y su despliegue

El cambio de paradigma que propone el SGP representa un nuevo trato del Estado con sus NNA, lo cual demanda que éste tome todas las medidas necesarias para poder dar pleno cumplimiento a los objetivos que se trazan desde esta nueva óptica. Una de esas medidas necesarias es generar las condiciones para que instituciones integrantes vigentes tales del SGP como “*Tribunales de Justicia, el Congreso Nacional, los órganos de la administración, la Defensoría de la Niñez*” puedan efectivamente garantizar todos los estadios de protección del NNA dentro de la órbita de sus competencias.

A la vez, el SGP demanda también la creación de una nueva institucionalidad que se desarrolle bajo los mandatos de la protección integral. De este aspecto se ha hecho cargo en gran medida el Título IV de la FLG y en particular su artículo 77⁴⁷³, el cual señala gran parte de las instituciones que se vinculan a la protección integral de NNA. Dentro de este marco institucional, merece especial atención las Oficinas Locales de Niñez y el Servicio Nacional de Protección a la Niñez y Adolescencia, debido a que el ejercicio de sus funciones se vincula fuertemente con el derecho a una vida familiar como se detallará a continuación.

⁴⁷³ Conforme al artículo 77 de la FLG, las instituciones que integran el SGP son, entre otras: (1) Ministerio de Desarrollo Social y Familia; (2) Comité Interministerial de Desarrollo Social, Familia y Niñez; (3) Subsecretaría de la Niñez; (4) Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia; (5) Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil; (6) Oficinas Locales de Niñez; (h) Consejo de la Sociedad Civil de la Niñez; (8) Consejo Consultivo Nacional de niños, niñas y adolescentes.

4.2.1. Oficinas Locales de Niñez

Una de las nuevas instituciones que surgirán desde el SGP serán las Oficinas Locales de la Niñez (en adelante: OFL), las cuales serán una pieza de la máxima importancia del nuevo sistema pues serán las encargadas a nivel territorial de la protección administrativa de derechos de NNA, según lo regulado en el artículo 67 FLG.

Un detalle que llama la atención de éstas es que su nombre omite a los adolescentes, cuestión que a la luz de la protección integral y el nuevo SGP resulta cuestionable, dando a entender que éstas solo tendrían su focalización en niños y niñas. Ahora bien, la omisión nominativa no debiese afectar en absoluto la finalidad para las cuales son creadas las OFL, ya que dentro del SGP deberán trabajar multidisciplinaria en alcanzar la promoción, prevención y protección – sea universal o especializada – de NNA a través de un trabajo multidisciplinario y coordinado con las demás instituciones del sistema.

Las OFL han sido proyectadas como el reemplazo de las OPD⁴⁷⁴, sin embargo, es fácil diferir de ello debido a que las OFL gozarán de una regulación completamente diferente, con objetivos diferentes. La cuestión previa puede clarificarse mediante las funciones que el artículo 68 FLG, que para efectos de la investigación agruparemos entre aquellas de promoción, prevención y protección propiamente tal.

En relación con las funciones de promoción, las OFL deben (1) brindar orientación a los NNA y sus familias en el ejercicio de sus derechos y/o (2) fortalecer e impulsar la participación de los NNA en las materias relacionadas a su protección integral. En materia de prevención, la gran función que le cabe a las OFL es “*detectar oportunamente riesgos de vulneraciones de derecho de un NNA*”, evaluando en tal sentido el contexto del NNA, su familia y entorno. Finalmente, las OFL en materia de protección son las que tienen a su cargo el iniciar, gestionar y monitorear los procesos de medidas de protección administrativa, sean estos de carácter universal o especializado; siendo así competentes para conocer las situaciones de amenaza o vulneración de derechos no graves.

4.2.2. Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia

4.2.2.1. Aspectos Generales

⁴⁷⁴ **LEY QUE CREA EL SERVICIO DE PROTECCIÓN ESPECIALIZADA. Artículo 8° transitorio inciso primero.** Mientras no exista un Sistema de Protección Administrativa, cualquiera sea su denominación legal, las referencias al órgano de protección administrativa y/u Oficina Local de la Niñez se entenderán realizadas a las Oficinas de Protección de Derechos del Niño, Niña o Adolescente, las que se mantendrán vigentes y continuarán rigiéndose por las normas aplicables a la época anterior a la entrada en vigencia de las modificaciones introducidas a la Ley N°20.032.

El cambio de paradigma que el país experimentará mediante el nuevo SGP exige que Chile adecúe su institucionalidad vigente, cuestión que a su vez es necesaria para eliminar los fantasmas que deja a su haber el cuestionado SENAME en materia de protección de la infancia-adolescencia. A raíz de lo anterior, se ha decidido escindir las funciones del SENAME en dos nuevas instituciones administrativas relativas a NNA: el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil y el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia (en adelante: SENAPE).

En ese orden de ideas, el día 05 de enero de 2021 entra en vigencia la Ley 21.302 que precisamente crea el SENAPE y cuya misión principal es “*garantizar la protección especializada de NNA gravemente amenazados o vulnerados en sus derechos*”, conforme regula el artículo 2° de la ley en cuestión.

Este órgano administrativo es un servicio público de carácter descentralizado, siendo el sucesor y continuador de la función del SENAME⁴⁷⁵, aunque sometido esta vez a la supervigilancia del MDSF y no al Ministerio de Justicia. Lo anterior es de la mayor importancia pues se radican en esta cartera las competencias necesarias para realizar el control del funcionamiento del servicio, gracias a que el MDSF es la máxima autoridad representante del Poder Ejecutivo dentro del esquema del SGP.

Al estar a cargo exclusivamente de la protección especializada ante amenazas o vulneraciones graves de derechos, el trabajo del SENAPE exigirá que su actuar se encuentre coordinado con los Tribunales de Justicia – quienes tienen la competencia exclusiva en materia de afectaciones graves de derechos –, las OFL y también con la red de colaboradores acreditados por la misma institución. Dichos vínculos institucionales deben ser coordinados para poder dar efectivo cumplimiento al objetivo de creación del SENAPE y que en la práctica será materializada a través de las diferentes líneas de acción que detalla el artículo 2° de la Ley 21.302, relativas al: (1) el diagnóstico especializado; (2) la restitución de los derechos; (3) la reparación del daño producido; y (4) la prevención de nuevas vulneraciones.

En cuanto a las funciones que debe cumplir el SENAPE, el artículo 6° de la Ley 21.302 establece un extenso catálogo, dentro de los cuales vale mencionar: (1) El diseño, ejecución y control de los programas de protección especializada de derechos, la prevención de la revictimización y la reparación de vulneraciones de derechos; (2) Seguir el desarrollo, adherencia

⁴⁷⁵ **LEY 21.302. Artículo 58.** De la sucesión legal. El SENAPE, en el ámbito de las funciones y atribuciones que le otorga la ley, será considerado, para todos los efectos, sucesor y continuador legal del SENAME, con todos sus derechos, obligaciones, funciones y atribuciones (...).

y cumplimiento de los planes de intervención en que éste intervenga; (3) Elaborar la normativa técnica y administrativa de cada programa de protección, bajo los estándares del SGP; (4) Tomar decisiones relativas a los organismos colaboradores del SGP, entre otras.

4.2.2.2. Relación entre el SEPENA y el derecho a una vida familiar

Atendido el espíritu que imprime el SGP a las distintas instituciones involucradas, vale la pena detenerse en el artículo 4° de la Ley 21.302 que establece cuáles son los principios rectores que el SENAPE debe respetar en el ejercicio de sus competencias. Estos principios son un reflejo de aquellos que rigen el propio SGP, dado que el SENAPE debe desarrollarse entendiendo: (1) La calidad de sujetos de derechos de especial protección; (2) El interés superior de NNA; (3) La autonomía progresiva; (4) La perspectiva de género; (5) El fortalecimiento del rol protector de la familia; y (6) El derecho de los NNA a una vida familiar, el cual merece especial detención.

El establecer al derecho a una vida familiar como uno de los principios rectores del SGP significa que el diseño institucional y funcional del SENAPE tenga en consideración este derecho a la hora de interactuar con los NNA y familias que necesiten de sus servicios. A modo de ejemplo, se puede ver que el método de abordaje de casos que deberá ejercer el Servicio sintoniza con el derecho a una vida familiar, ya que su intervención debe ser *“siempre orientado al ámbito familiar y sistémico, entendiendo al NNA en el contexto de su entorno, cualquiera sea el tipo de familia en que se desenvuelva”*, según señala el artículo 2° inciso final de la Ley 21.302.

Otro punto relativo al derecho a una vida familiar dice relación con la participación de la familia en los procesos de intervención que llevará adelante el SENAPE. El artículo 18 inciso bis inciso tercero de la Ley 21.302 ordena que los programas y líneas de acción ofrecidas por el SENAPE deben ser flexibles y comprensivos con los NNA y sus familias, debiendo establecerse en cada caso un curso de acción adaptado a las necesidades, contexto y condiciones del NNA y sus familias. La norma en cuestión además adiciona un aspecto tristemente naturalizado en el modelo de situación irregular y que dice relación con la sobre intervención familiar; desde la protección del derecho a una vida familiar, el SENAPE está obligado a tener *“especial diligencia en evitar la sobre intervención de los NNA y sus familias, en todo momento”*, cuestión de gran importancia, debido a que uno de los problemas que afectan a los NNA y sus familias en las soluciones de intervención es precisamente la dispersión de programas y enfoques que existen en el antiguo sistema y que muchas veces generaban efectos adversos en los usuarios, tales como el excesivo tiempo de intervención, la falta de coordinación entre organismos e incluso la falta de provisión de los servicios demandados.

Otro aspecto de la mayor importancia dentro del nuevo SGP y del cual se encargará el SENAPE dice relación con la oferta de modalidades alternativas de cuidado de NNA, las cuales precisamente van progresivamente minando el derecho a una vida familiar si las intervenciones no dan frutos. En la materia, el artículo 18 inciso sexto de la Ley 21.302 compele al Estado mediante el SENAPE a mantener una amplia oferta de programas de acogimiento familiar, a raíz de que las medidas de protección judicial deberán siempre prioritaria y preferentemente ser aquellas que otorguen un espacio familiar al NNA.

Bajo la misma lógica, el artículo 18 ter inciso segundo de la Ley 21.302 se sitúa en situaciones complejas y de urgencia, donde el Estado debe cumplir un rol protector y otorgar una familia que brinde los cuidados necesarios al NNA sujeto a una determinada medida de protección judicial. Así, el SENAPE deberá priorizar la prestación de medidas de acogimiento familiar en dos situaciones expresamente señaladas: (1) cuando el NNA vea en riesgo su vida o integridad, por una amenaza grave e inminente y no hay otra medida para evitar la vulneración; y (2) la obligación de ofrecer una familia de acogida a todos aquellos NNA de entre 0 a 3 años de edad.

Un último punto que liga el derecho a una vida familiar y el actuar del SENAPE se encuentra contenido en el artículo 4° inciso cuarto de la Ley 21.302, relativo a la protección, fortalecimiento y revinculación familiar. Al respecto, la norma en cuestión plantea que el SENAPE “*orientará su acción a la revinculación del NNA*” con su familia de origen, independiente de cómo ésta se configure. Debido a que el trabajo del SENAPE radica en aquellas medidas que separan al NNA de su familia, este organismo debe actuar entendiendo la bidireccionalidad del derecho a una vida familiar, es decir, procurar a través de su intervención el fortalecer a la familia de origen, apoyarla en superar los factores que motivaron la aplicación de la medida y si todo falló, aplicar y garantizar como *última ratio* el acogimiento del NNA en una familia que sí esté comprometida a darle un espacio privilegiado para su desarrollo.

4.2.2.3. Avances y desaciertos ¿Es realmente un cambio al modelo SENAME?

La confianza de la ciudadanía del SENAME es prácticamente nula, ya que durante su historia se ha visto envuelto en escandalosas y tristes situaciones que paradójicamente escapan del objetivo principal que debiese tener una institución de tales características, como lo es proteger a los NNA más vulnerables del país. Este motivo revela que el cambio del modelo SENAME no es una necesidad, sino una obligación de la cual el Estado chileno debió hacerse cargo hace bastantes años, ya que no es posible que Chile siga permitiendo que sus agencias revictimicen,

violenten y perpetúen las vulneraciones de derechos de NNA que precisamente buscan una respuesta a una situación que les afecta.

La obligación de crear una nueva institucionalidad resulta ser un avance importante, pues la mirada que aparentemente busca el SENAPE es girar hacia la protección integral y abandonar el modelo tutelar asistencial que otorga el SENAME, lo cual debiese ser valorado. Además, los principios bajo los cuales se estructuraría la nueva institución van en línea con la protección integral, tales como el interés superior del NNA, el derecho a ser oído o su autonomía progresiva; no obstante, el Estado debiese procurar que dichos principios u otros como la participación familiar sean realmente parte de las intervenciones y que, en la práctica, debiesen incluso ser fortalecidos.

A propósito de la participación familiar que debiese verse fortalecida, se debe rescatar que el nuevo modelo SENAPE intentaría avanzar para que dicha máxima sea respetada. Como señala Lathrop, es un aspecto positivo el que la familia sea el enfoque de esta nueva institucionalidad, debido a que así se otorgan opciones ad-hoc para reparar intrafamiliarmente las vulneraciones, de carácter progresivo y que no alterarían la autonomía familiar⁴⁷⁶. Es decir, fomentar la participación de los agentes involucrados en los procedimientos de vulneración de derechos, en un espacio administrativo que vele precisamente por la búsqueda de soluciones viene a ser una respuesta institucional del Estado de su deber constitucional de protección de las familias, lo cual es un punto sumamente positivo.

Cabe destacar que el modelo SENAPE se hace cargo de uno de los aspectos de relevancia del derecho a la vida familiar como lo son las modalidades alternativas de cuidado. Como anteriormente visualizamos, el énfasis otorgado a través de la legislación nacional solo era de carácter económico, sin ahondar en aspectos aún más importantes como lo son la prioridad de ubicación del NNA en una familia, las características y funciones que debiesen tener las modalidades de acogimiento, y la búsqueda de que la institucionalización efectivamente sea la *última ratio* del sistema y no la regla general como sucede hasta ahora. El tratamiento otorgado a las modalidades alternativas parece ser coherente con los instrumentos internacionales como la CDN o las DMAC, razón por la cual, este avance gravitante es al menos un paso que se direcciona en reconocer la vida en familia como la vía de solución de las posibles situaciones que activen el actuar del SENAPE.

⁴⁷⁶ ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS. “*Debate. Situación actual de los derechos de los niños, niñas y adolescentes*”. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Edición N° 14. Santiago, Chile. 2018. P.23.

Ahora bien, detectamos que la solución propuesta por el modelo SENAPE conserva aspectos del antiguo modelo que debiesen ser cambiados para efectivamente resguardar la protección integral de NNA.

Una primera situación dice relación con la potencial incongruencia del modelo a implantar, pues la falta de una Ley de Garantías que demarque claramente los derechos de los NNA desde una perspectiva de sujetos de derechos genera que los cambios implantados pudiesen terminar siendo una letra muerta. En este sentido, la urgencia de una Ley de Garantías se hace aún más apremiante, ya que un cambio de modelo solo en lo relativo a la separación de los NNA de sus familias no ataca el problema de fondo que es la falta de un esquema protector que le permita dar respuestas a quienes se encuentran afectados por vulneraciones graves de derechos, y dicha tarea es posible radicarla desde la nueva arquitectura que se pretende implantar en la FLG.

Además de la falta de una Ley de Garantías *ad-hoc*, una de las mayores críticas posibles de realizar al modelo SENAPE es que conserva factores que ya han sido cuestionados como lo es el rol de asistencialismo y subsidiariedad que el Estado tiene respecto a la situación de NNA vulnerados gravemente en sus derechos.

Lo anterior se manifiesta en las remisiones que realiza la Ley 21.302 a Ley 20.032, especialmente en materia de Colaboradores Acreditados; la mantención de esta figura supone que la óptica de financiamiento de las líneas de acción seguirá siendo de carácter subvencional, lo cual es uno de los grandes problemas del actual modelo. Esta mirada fracasada es posible encontrarla, por ejemplo, en el artículo 2° bis inciso tercero de la Ley 21.302, norma que señala que el SENAPE proveerá una oferta pública de prestaciones a ser adjudicadas conforme a la Ley 20.032, es decir, solo ingresará el Estado cuando un agente del mercado no esté interesado.

Si bien el sistema de subvenciones ha resultado ser un fracaso, esto no quiere decir que el Estado no participe con los privados de los cuidados de NNA; estimamos que la figura de privados podría diversificar la oferta de prestaciones y podría ser una posibilidad de protección siempre y cuando exista un financiamiento que ponga en el centro los derechos de NNA y no una mirada asistencialista. En esta materia, además de requerir una política pública económica que realmente se haga cargo de NNA vulnerados, se hace imperiosamente necesario establecer mecanismos de fiscalización que realmente controlen la gestión económica y material de los organismos partes del sistema, pero sobre todo, una fiscalización férrea respecto de las situaciones de derechos de los NNA vulnerados que están bajo el sistema. Al parecer, el artículo 39 de la Ley 21.302 mandata al SENAPE a ejercer una fiscalización fuerte respecto de los temas administrativos, financieros y técnicos de las instituciones que formarán parte de sus líneas de

acción; pese a ello, el rol que se le otorga tanto a la Subsecretaría de la Niñez como a la Defensoría de la Niñez debe ser de fiscalización que realmente no permita los esquemas de abuso que en la actualidad reinan en el actual sistema.

Por todo lo anterior, estimamos si bien es positivo este cambio, no es algo de lo cual debería existir orgullo por parte de quienes políticamente acordaron esta nueva institucionalidad. Esta necesidad urgente solo viene a continuar un lento proceso de adaptación para hacerse cargo de la realidad de derechos de NNA a cargo de un Estado que ha permitido la perpetuación de episodios de vulneraciones a raíz de su ausencia. Aunque esta tardía respuesta se implanta en el marco de la protección integral desde el fondo, estableciendo cambios importantes como la división entre NNA vulnerados e infractores de ley o la regulación normativa de las modalidades alternativas de cuidado las formas de este nuevo Servicio ponen en duda si efectivamente se harán cargo de las vulneraciones de derechos de los NNA bajo sus líneas de acción, ya que como mencionamos, el sistema de financiamiento se mantiene y era una de los aspectos más criticables del antiguo SENAME. Entonces, si bien creemos que hay un avance hacia la erradicación del SENAME, será el tiempo quien dirá si la nueva institucionalidad es un motor de cambio y no meramente una solución cosmética que continuará invisibilizando a los NNA más vulnerables del país.

4.3. Hipótesis de afectación del derecho a una vida familiar

La gran tarea del Estado es garantizar que los NNA puedan efectivamente ejercer en plenitud sus derechos⁴⁷⁷, lo cual exige que éste adopte todas las medidas necesarias para garantizar una protección integral de carácter universal⁴⁷⁸.

Dentro de estas medidas, encontramos aquellas que el Estado debe instaurar cuando el daño es inminente o ya está hecho que son las medidas de protección de derechos. Según el artículo 57 FLG, éstas corresponden a las “*acciones para preservar o restituir el ejercicio de derechos de NNA, cuando se hayan detectado amenazas o vulneraciones, ya sea limitando o*

⁴⁷⁷ **FUTURA LEY DE GARANTÍAS Y DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.**
Artículo 12. Es deber del Estado adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de cualquier otra índole, necesarias para dar efectividad a los derechos que le son reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en las leyes.

⁴⁷⁸ Conforme al artículo 57 inciso tercero de la FLG, la protección integral de carácter universal es la que efectúa el Estado en la promoción y defensa, seguimiento y acompañamiento y la protección propiamente tal de los derechos de NNA.

privando su ejercicio”, debiendo el Estado intervenir para evitar su repetición y lograr la respectiva preservación y restitución⁴⁷⁹ de dichas garantías afectadas.

En el marco jurídico de protección de derechos de NNA, el legislador ha decidido destacar particularmente a las medidas de protección especial, las cuales consisten en determinaciones administrativas o judiciales, de carácter especializado y que buscan la prestación de servicios sociales a NNA vulnerados y/o amenazados en sus derechos mediante acciones de reparación y restitución de sus derechos.

Éstas últimas son de gran relevancia, pues dependiendo de la gravedad del daño – inminente o cierto – de los derechos de un NNA, se procederá a un procedimiento diferente en el cual intervienen distintos agentes. Así, aquellas afectaciones de carácter leve o no grave serán siempre materias sujetas a un procedimiento administrativo de medidas de protección determinado por las OFL; mientras que si las vulneraciones o amenazas de derechos revisten de mayor intensidad, la responsabilidad de determinar la mejor solución recaerá en los Tribunales de Familia chilenos y los organismos que materializarán la decisión serán, además de las OFL, el SENAPE.

Ahora bien, las diferencias procedimentales se ven afectas a los principios propios del SGP, estableciendo como parámetro en común entre ambos el que estos sean desarrollados bajo un debido proceso racional y justo⁴⁸⁰, donde se vele por la reparación, restitución y efectivización de los derechos del NNA a través de un trabajo coordinado e intersectorial que en definitiva permita garantizar el interés superior de todo NNA.

4.3.1. Situación de amenaza y vulneración no grave de derechos.

4.3.1.1. Aspectos generales

⁴⁷⁹ **FUTURA LEY DE GARANTÍAS Y DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.**

Artículo 57. La protección comprende la preservación y la restitución de derechos, la cual es el conjunto de prestaciones diseñadas, implementadas y ejecutadas para poner fin a las amenazas de vulneración de derechos que afectan a un NNA y/o para restablecer el goce y ejercicio de los derechos fundamentales afectados como consecuencia de vulneraciones de sus derechos”; mientras que se define reparación como “el conjunto de acciones especializadas diseñadas, implementadas y ejecutadas con el fin de reparar, en el ámbito físico, emocional, psicológico, social y material, el daño causado a un determinado NNA, producto de las vulneraciones de derechos sufridas.

⁴⁸⁰ **FUTURA LEY DE GARANTÍAS Y DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.**

Artículo 50. Debido proceso, tutela judicial efectiva y especialización. Todo NNA tiene derecho a que en todos los procedimientos administrativos y judiciales se les respeten las garantías de un proceso racional y justo, y que se le aseguren, entre otros, el derecho de tutela judicial; el derecho a ser oído; el derecho a ser informado del procedimiento aplicable y de los derechos que le corresponde en el proceso; el derecho a una representación jurídica y/o judicial distinta de la de sus padres y/o madres, representantes legales, o de quienes los tengan legalmente bajo sus cuidado, en casos de intereses incompatibles; el derecho a una representación judicial especializada para la defensa de sus derechos; a presentar pruebas idóneas e independientes; a recurrir; así como los derechos y garantías que le confieren la Constitución Política de la República, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y las leyes.

A partir de la división previamente mencionadas, cabe hablar en primer lugar de las situaciones de afectación de derecho de menor entidad, distinguiéndose para tales efectos entre aquellas situaciones de amenaza de derechos y aquellas de vulneración no grave de derechos. En la materia, el artículo 58 FLG define amenaza de derechos como toda *“situación de riesgo de vulneración de derechos”*, mientras que se entiende como vulneración no grave a aquella *“limitación o perjuicio leve de su desarrollo y bienestar, por cualquier circunstancia personal, familiar o social”*.

Ambas hipótesis comparten dos cuestiones fundamentales: por un lado y siguiendo al artículo 58 FLG, se establece que las intervenciones y sus seguimientos serán de exclusiva responsabilidad de las OFL competentes, debiendo adoptar todas las *“medidas de protección que eliminen, reduzcan o compensen las dificultades o perjuicios que atraviesa el NNA, así como su familia”*; por otro lado, en relación precisamente a las familias, las OFL se verán conminadas a no afectar el principio-derecho a una vida familiar, debiendo adoptar aquellas medidas que *“para la protección efectiva (de derechos) no sea necesaria la separación familiar”*, según mandata el inciso final de la norma antes indicada.

A raíz del análisis de la FLG, hemos de aseverar que el legislador nacional adopta un modelo inspirado fuertemente en la regulación catalana, experiencia comparada que tiene actualmente un modelo proteccional que establece hipótesis que distinguen entre afectaciones de mayor y menor entidad. Además, la técnica legislativa es bastante similar a la de la región catalana, toda vez que el artículo 58 FLG ofrece un catálogo *numerus apertus* de situaciones que se encuadran como vulneraciones graves o amenazas de derechos de NNA, afirmando que éstas son *“entre otras”, “Cualquier otra circunstancia que pueda evolucionar y derivar en la vulneración de los derechos del NNA”*.

En esta materia, las OFL cumplirán una tarea fundamental que consiste en establecer y verificar durante el proceso de intervención cuál es la actual situación de derechos del NNA en su contexto familiar y social, pudiendo categorizar las causas de origen dentro de las hipótesis establecidas en el artículo 58 FLG. Para efectos de este trabajo, se pueden entender dichas hipótesis como (1) aquellas que derivan de una desatención de los adultos responsables; (2) aquellas relativas a aspectos socioeconómicos del grupo familiar; y (3) aquellas en que se visualiza una falta de habilidad parental.

Señalamos que existe amenaza o riesgo de derechos producto de una desatención de los adultos responsables, toda vez que se configuran estas causales como respuesta a una negligencia en los cuidados por parte de los adultos responsables y que tienen aparejada como consecuencia

el afectar los derechos de sus NNA. A raíz de lo anterior, el artículo 58 FLG establece como causales producto de la desatención cuando: (1) ésta importa un perjuicio leve para la salud física o emocional del NNA; o (2) cuando pese a haber voluntad para cuidar al NNA, existe dificultad en desarrollar la tarea, acarreando como consecuencia el que se pueda importar un perjuicio leve al NNA.

Una segunda hipótesis de amenaza o riesgo dice relación con “*Las carencias de cualquier tipo que puedan producir marginación, inadaptación o afectación de sus derechos*”, o sea, cuando la familia se encuentra en una situación de vulnerabilidad socioeconómica que pueda afectar el desarrollo de las relaciones familiares dentro del propio núcleo familiar. Esta hipótesis se completa cuando existe inactividad por parte de la familia afectada por buscar soluciones a sus problemas, no solicitando debidamente las prestaciones de derechos sociales que puedan ayudar a fortalecer su núcleo, siendo en tal caso el gatillante de esta situación el que “*no puedan ser compensadas por la familia ni hayan sido tratadas por los servicios administrativos a impulso de ésta*”.

Finalmente, observamos que existe riesgo por falta de habilidad parental como principal factor de vulneración cuando los adultos responsables no ejercen debidamente su rol de garante de derechos de NNA, afectando garantías tales como la educación (“*La falta de escolarización en edad obligatoria, el absentismo y el abandono escolar*”) o la salud del NNA (*La falta de controles periódicos de salud o de las inmunizaciones obligatorias*). Además, la falta de habilidad parental se verifica también cuando existen conflictos en las relaciones internas familiares, desencadenando como afectación no grave hechos tales como la mala relación entre progenitores (*Conflicto abierto y crónico entre los progenitores, separados o no, cuando anteponen sus necesidades a las del NNA*), o en aquellos casos en que los adultos responsables no pueden ejercer su autoridad debidamente y son potenciales agentes causantes de daño (*Imposibilidad o incapacidad [de los adultos responsables] de regular la conducta del NNA, provocando un peligro evidente de hacerse daño a sí mismo o de perjudicar a terceros*”).

4.3.1.2. Procedimiento administrativo ante amenaza o vulneración no grave de derechos.

Una vez que comience completamente a operar el SGP, las OFL tendrán el monopolio de los cursos de acción administrativos, activándose sea “*de oficio o por requerimiento oral o escrito*” cuando llegue a su conocimiento una situación que diga relación a una afectación de derechos. En este caso, el artículo 74 FLG menciona como legitimados activos a los “*NNA, su padre y/o madre, representante legal o quien lo tenga a su cuidado*”, pudiendo asimismo denunciar “*en general, por cualquier persona que tenga interés*”. En este punto, es evidente e

importante destacar la mirada que imprime la protección integral a la legitimación activa de denunciar, pues contrario a lo que sucede bajo el actual sistema, la acción se articula como una herramienta desformalizada⁴⁸¹ y de carácter *erga omnes*, atenta con las responsabilidades compartidas del Estado, la sociedad civil y la ciudadanía en general de velar por la satisfacción plena de los derechos de NNA.

Ante dicha denuncia o requerimiento, la OFL competente deberá analizar y responder fundadamente si *“hay mérito para la adopción de una medida de protección administrativa”*. Este análisis es trascendental en el curso de acción a seguir, pues según el artículo 74 numeral 4° FLG, las OFL podrán determinar continuar con el proceso de intervención si hay antecedentes que indiquen las vulneraciones y/o amenazas menos graves y en caso contrario, emitirá una resolución fundada en que declare su no procedencia cerrando el caso.

Determinado el mérito de la denuncia, las OFL se verán obligadas a realizar el diagnóstico contextual de la situación que les oriente a determinar la medida de protección correspondiente. La adopción de la medida de protección administrativa se verá sellada a través de un acuerdo entre los involucrados y el Estado bajo representación de la propia OFL competente. En tal sentido, el artículo 74 numeral sexto FLG señala que este acuerdo se traduce en un compromiso voluntario que contiene *“las acciones comprometidas, los actores involucrados en la prestación de servicios de protección, la debida supervisión del caso, la duración de la intervención y los objetivos que sea necesario alcanzar”*.

El avance desde un sistema netamente judicial hacia uno de carácter híbrido tiene en consideración un aspecto sumamente relevante para el desarrollo de un NNA como lo es el tiempo de intervención. Pues bien, las OFL son conminadas a actuar con celeridad, eficiencia y eficacia respecto de las medidas administrativas de protección, estableciéndose por parte del artículo 74 numeral octavo FLG que *“deberá adoptarse en el plazo máximo de 30 días de iniciado el procedimiento”*, a lo cual se suma otro plazo en materia de revisión, cese o modificación de las medidas que deben cumplir las OFL, debiendo realizarlas *“a lo menos cada tres meses, adoptándose las acciones necesarias para su modificación, mantención o cese”*, y finalmente, en aquellos casos de urgencia, el artículo 70 inciso final FLG señala que las medidas respectivas deben *“adoptarse en un plazo máximo de 24 horas siguientes al conocimiento del caso”*.

⁴⁸¹ **FUTURA LEY DE GARANTÍAS Y DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.** **Artículo 74.** Procedimiento de protección administrativa. Con el objeto de realizar las funciones señaladas en el artículo 68, el procedimiento administrativo de medidas de protección debe cumplir los siguientes requisitos: 2.- Al requerimiento no le será exigible mayor formalidad que la expresión de los antecedentes mínimos para la correcta individualización de los intervinientes. En caso de iniciarse por un requerimiento oral, el relato deberá constar en un acta.

4.3.1.3. Catálogo de medidas de protección y su determinación administrativa

Siguiendo con el procedimiento administrativo, merecen atención el artículo 71 FLG relativo a los requisitos de legalidad comunes a toda medida de protección, pues como bien dice el nombre, su ausencia u omisión hará ilegal la medida.⁴⁸².

Un primer requisito común es que las medidas de protección deben sujetarse necesaria y exclusivamente en aquellas causales contenidas en la FLG, dependiendo en tal caso del carácter administrativo o judicial de las mismas. Aún más, las medidas deben ser justificadas casuísticamente, obligando en tal sentido los incisos segundo y tercero del artículo 71 FLG a explicar su razonamiento en función de los estándares del interés superior del NNA bajo el SPG, así como en los casos en que la medida de protección afecte otros derechos del NNA.

Un segundo requisito común a toda medida de protección es que éstas deben decidirse a través de una resolución fundada por la autoridad competente, debiendo identificar claramente: (1) los hechos que originaron la intervención; (2) la situación de los derechos y cuáles han sido vulnerados; (3) los objetivos y metas que se buscan satisfacer a través de la intervención; (4) El tiempo de la medida y el plazo para su eventual revisión.

Un tercer aspecto en común a toda medida de protección se encuentra regulado en el artículo 61 FLG, norma que detalla aspectos de carácter adjetivo que se deben considerar en todo procedimiento. Estas reglas comunes son posibles de traducir en el respeto a: (1) la garantía del debido proceso, materializado procedimentalmente en su fundamentación, así como en la celeridad y especial cuidado durante todo el íter; (2) el respeto de los principios de necesidad y proporcionalidad a la hora de justificar la adopción de las medidas; (3) el respeto a la temporalidad limitada de éstas, debiendo establecerse tanto el tiempo de intervención como su correspondiente revisión periódica; (4) el respeto a todos los intereses, resguardando el derecho a ser oído del NNA como el de la participación familiar en la toma de decisiones; y finalmente, (5) el estar sujetas tanto a la revocación, sustitución o extensión de la medida conforme al mérito y avance de los objetivos primitivamente planteados como finalidad de la medida de protección.

Volviendo al procedimiento administrativo y habiéndose arribado por parte de las OLF a la necesidad de aplicar una medida de protección, se puede determinar de manera conjunta o separada cualquiera de las medidas dispuestas por el artículo 70 FLG. Así, el legislador de un catálogo de medidas que no separan al NNA de su núcleo familiar, pudiendo ser divididas éstas entre: (1) aquellas que buscan el fortalecimiento familiar como lo es el derivar al NNA y su familia a programas ambulatorios de protección social, apoyo a la crianza, fortalecimiento y

⁴⁸²FUTURA LEY DE GARANTÍAS Y DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. **Artículo 71 inciso final.** El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos torna en ilegal la medida.

revinculación familiar y prevención, tratamiento y rehabilitación de los derechos afectados; (2) aquellas relativas a prestaciones sociales que se despliegan para las familias, tales como: (a) Instruir a la educación del NNA; (b) derivar a la embarazada a programas de asistencia integral o (c) gestionar el ingreso a establecimiento de salud física o mental; y finalmente (3) cualquier medida fundada gestionable por las OFL y que se encuentren dentro de su competencia.

4.3.2. **Vulneración grave de derechos**

4.3.2.1. Aspectos generales

Contrario a la experiencia comparada⁴⁸³, el SGP ha sido diseñado de manera tal que sean las OFL y los Tribunales de Familia las instituciones a cargo de la determinación de las medidas de protección. En esa línea, el mandato que se realizará a la judicatura de familia será hacerse cargo de decidir las medidas de protección judicial ante situaciones de vulneraciones graves de derechos de NNA, correspondiendo según el artículo 59 FLG a “*la limitación o perjuicio severo (al NNA) de su desarrollo y bienestar, por cualquier circunstancia personal, familiar o social*”.

La detección y determinación de una vulneración grave de derechos será responsabilidad de las OFL, quienes acto seguido tienen la obligación de solicitar a los Tribunales de Familia la toma de conocimientos de la situación, con el fin de iniciar el procedimiento correspondiente y dictar una medida de protección judicial. Esta norma no sufre modificaciones con la introducción de la FLG, manteniéndose como medidas aquellas contenidas en el artículo 17 LTF.

Durante el desarrollo de los procedimientos judiciales de protección, igualmente se puede llevar a cabo la intervención administrativa; esto es mencionado reiteradamente en la FLG al señalar que “*La protección administrativa no es excluyente de la judicial*”. Por esta razón, los Tribunales de Familia pueden mandar a mantener o incluir al NNA y/o sus familias en las líneas de acción administrativas como a aquellas que se encargan de reparar vulneraciones graves. Respecto de este punto, deberán las instituciones desempeñar la máxima diligencia y coordinación entre ellas, con el fin de evitar problemas que debilitan las intervenciones, tales como la falta de participación familiar y la sobre intervención institucional sobre un NNA o familia determinada.

Producto de este trabajo paralelo, pero que exige la coordinación de los organismos parte del SGP, se ha señalado por parte del artículo 73 FLG que las OFL puede decidir la derivación de casos de carácter administrativo a sede judicial, pudiendo afirmarse que dichas situaciones son claramente asimilables a una vulneración grave de derechos. En específico, la protección administrativa degenera en judicial cuando: (1) la intervención realizada por las OFL se vea

⁴⁸³ *Op. Cit.* CORTE SUPREMA DE CHILE. Oficio N°195-2020. Consideración decimosegunda.

frustrada por el incumplimiento o no adherencia de los intervinientes a las medidas administrativas decididas y (2) si en el transcurso del procedimiento administrativo surgen nuevos antecedentes que den cuenta de una situación de vulneración grave de derechos.

4.3.2.2. Legítima afectación del derecho a una vida familiar

El estudio del futuro SGP permite afirmar que el derecho a una vida familiar, pudiendo considerarse como una de las garantías que más fuertemente protegidas se encuentran para NNA; esto es posible de señalar, por ejemplo, respecto de su afectación legítima que será de exclusiva competencia de los Tribunales de Familia en todos aquellos casos de vulneraciones graves de derechos.

Dentro del plexo normativo del SGP, es posible notar la influencia de este derecho dentro del modelo SGP. A modo de ejemplo, el artículo 70 FLG es tajante en señalar la exclusividad de la judicatura en conocer aquellos casos de la “*suspensión de su derecho a vivir con su familia*”. En el mismo sentido, las modificaciones a introducir por parte de la FLG⁴⁸⁴ en la LTF se manifiestan en el artículo 68 LTF, indicando que “*La intervención judicial siempre será necesaria cuando se trata de la adopción de medidas que importen separar al NNA de uno o ambos padres o de quienes lo tengan legalmente bajo su cuidado*”.

En la materia, el legislador ha sido enfático en reiterar que particularmente este derecho requiere de un estándar especial, lo cual a juicio de la investigación se justificaría en tres factores a considerar: (1) la familia es el espacio privilegiado para el desarrollo de un NNA; (2) el derecho a vivir en una familia permite propender a la efectivización de los derechos de un NNA; (3) la separación del NNA debe ser la *última ratio*, dado que se suspende el derecho para precisamente velar por otras garantías que no son efectivamente posibles de ejercer dentro de ese espacio privilegiado.

A partir del artículo 4° inciso cuarto de la Ley 21.302, se puede caracterizar a la medida de protección judicial de separación del NNA como una medida temporal, excepcional y revisable. Estos aspectos deben eventualmente ser parte de la decisión jurisdiccional, la cual, a su vez se ve sujeta a los requisitos establecidos en el artículo 27 inciso tercero FLG, los cuales consisten en que: (1) la medida debe ser determinada siempre a través de una orden judicial; (2) debe ser fundamentada la necesidad y pertinencia de su procedencia; (3) debe ceñirse estrictamente a las causales indicadas en el artículo 59 FLG.

Este último punto es clave pues permite identificar cuáles son los factores que hacen necesario que el NNA sea separado de su familia para la reparación de sus derechos. Por esta

⁴⁸⁴ La modificación propuesta se encuentra contenida en el artículo 90 numeral tercero de la FLG.

razón, el artículo 59 FLG nuevamente establece un catálogo de situaciones que en esencia son vulneraciones graves de derechos, siendo éste *numerus apertus* debido a que la nomenclatura utilizada es que existen además “*entre otras*”, diferentes clases de afectaciones que contextualmente podrían ser aplicadas.

Al igual que en sede de amenaza, las referencias a las causales de vulneración grave de derechos serán separadas en función del factor principal de afectación, identificándose así causales amparadas en: (1) la negligencia de los adultos responsables; (2) la violencia; y (3) el fomento de los adultos responsables a sus NNA a realizar actividades socialmente reprochables.

Motivadas por la negligencia, las hipótesis de vulneración grave que se sitúan en esta causal son aquellas donde los adultos responsables no se hacen cargo debidamente de sus NNA, dejándolos en una situación de desamparo que afecta la esencia de sus derechos y por tanto, su interés superior. En esta clase de situaciones encontramos: (a) el abandono del NNA por parte de sus adultos responsables, así como (b) la falta de atención de estos hacia sus NNA; además, en esta clase de situaciones encontramos aquellas en que existe negligencia en el cuidado cuando (f) los adultos responsables sufren adicciones que generan un daño al NNA. Finalmente, se verifica la negligencia a través de la falta de interés de los adultos responsables en restituir los derechos del NNA, situándose el artículo 59 FLG en aquellas situaciones en que (i) no hay adherencia a los programas y medidas adoptadas, generándose un daño al NNA.

La violencia en sí es un factor que afecta el interés superior del NNA, fundamentalmente porque se reproduce un esquema de vida familiar que no es óptimo para el desarrollo de las actividades propias del núcleo y que derivan en que se transforme en un ambiente no propicio para el ejercicio efectivo de los derechos del NNA. En la especie, las manifestaciones de violencia que el legislador ha considerado como causal de separación son aquellas que dicen relación con (h) la violencia de género y/o la violencia intrafamiliar, las cuales, si la FLG llega a ver la luz en los términos que se han expuesto en esta presentación, implicarán un avance importante en el reconocimiento de los derechos de las mujeres, así como la protección de la intimidad y las relaciones familiares.

En sede de violencia merece mención aparte la hipótesis de (j) maltrato prenatal⁴⁸⁵ que considera el esquema de la FLG. Esta causal es una adaptación local del modelo catalán, replicándose en el modelo chileno las críticas realizables a esta causal, habida cuenta que el maltrato prenatal es la suspensión del derecho a una vida familiar de forma preventiva, separando

⁴⁸⁵ Se hace presente por parte de la investigación que en materia de violencia prenatal, Chile sigue exactamente al modelo catalán, por lo cual las críticas señaladas precedentemente son análogas a esta realidad. Esto quiere decir que en Chile se intenta implementar una causal de separación del potencial niño o niña antes de su nacimiento, producto del contexto en el cual se está gestando.

al NNA antes de incluso nacer, para que en el evento de llegar a la vida, ésta sea desarrollada en un ambiente que no sea riesgoso desde sus primeros días.

Finalmente, la legislación entiende que hay afectaciones graves en los derechos del NNA cuando sus adultos responsables son agentes causantes de daño de sus derechos, producto de acciones que volitivamente deciden y que ponen en peligro la integridad de éste. Así, los Tribunales de Familia deberán vigilar atentamente como causal de separación del NNA de sus familias cuando ésta les encomiende realizar actividades socialmente reprochables tales como (e) la inducción a la mendicidad, a la comisión de delitos, al comercio sexual, el tráfico de drogas o cualquier situación de estas características. Al mismo tiempo, actitudes negligentes socialmente reprochables y que afectan derechos fundamentales del NNA por acción de sus adultos responsables también son causales de separación; en este contexto, el legislador entiende que el NNA debe ser separado cuando exista (g) suministro de sustancias dañinas para su vida y desarrollo.

4.3.3. **Líneas de acción ante vulneraciones graves de derechos**

Si el Juzgado de Familia alcanza la convicción de que en el caso bajo su conocimiento existen vulneraciones graves de derechos, puede determinar cualquiera de las medidas contenidas en la Ley 19.968, limitando progresivamente limitar el derecho a la vida familiar y decidiendo como última opción la separación del NNA de su familia.

Esta competencia exclusiva de la cual será titular la judicatura familiar se encuentra sujeta a cuestiones adjetivas como sustantivas que siempre deberá respetar. En materia adjetiva, los Tribunales de Familia se ven obligados a seguir sus procedimientos bajo los principios contenidos en todo el plexo normativo, tales como los principios del interés superior del NNA o el principio de fortalecimiento y participación familiar; en tanto, sustantivamente y siguiendo al artículo 27 inciso tercero FLG se verá en la obligación de adoptar prioritariamente “*modalidades basadas en familia*”, considerándose como solución final el buscar “*una solución definitiva de cuidado en familia adoptiva*”.

El SGP hace eco de la progresividad de los derechos de un NNA, siendo esta perspectiva una de las características principales del mismo. Así, el artículo 17 FLG entiende que este carácter progresivo conlleva entender “*la gradualidad que implica su plena consecución, como en la mejora sostenida de su disfrute*”; este aspecto es claramente visualizable en la regulación futura del derecho a una vida familiar y las medidas de protección que afectan la esencia de este derecho que es justamente quebrar la unidad familiar.

La progresividad del derecho a una vida familiar es materializada en las líneas de acción que se proponen desde la Ley 21.302, evidenciándose por ejemplo en el artículo 4° inciso cuarto de la norma en comento, prescribiendo que *“El Servicio (SENAPE) orientará siempre su acción a la revinculación del NNA con su familia, sea nuclear o extensa”*. Lo anterior será siempre posible si el interés superior del NNA así lo recomienda, pudiendo el NNA mantener los vínculos con su familia de origen cuando estén sujetos a una medida que los separe de ella.

En el mismo sentido, la progresividad del derecho a una vida familiar impone que la separación del NNA sea la medida a aplicar cuando ya no haya otra vía posible. En esta labor, los Tribunales de Familia deben siempre velar por la reunificación familiar, cuestión que el artículo 27 inciso tercero FLG se encarga de complementar al decir que el NNA deberá ser *“incorporado a una modalidad temporal de cuidado alternativo que se ajuste a su propio interés superior, prefiriéndose las modalidades basadas en familia”*. Es decir, el resguardo del interés superior requiere que el SGP mantenga una oferta de amplia cobertura de estas líneas de acción, pues se entiende que una familia es el mejor espacio para que un NNA se desarrolle.

En función de la progresividad del derecho a una vida familiar y la gradual pérdida de la garantía bajo la consideración del interés superior del NNA, el SGP entiende que los Tribunales de Familia en todo evento deberán respetar la temporalidad de la medida, la bidireccionalidad del derecho en cuestión y que el cumplimiento de la medida tenga respeto por el centro de vida del NNA.

El camino de la separación del NNA se ve sujeto al cumplimiento de las medidas de protección judicial a desarrollar por parte del SENAPE, el que paralelamente puede trabajar con las OFL si existen medidas de carácter administrativo. Ante dicha situación, nuevamente la progresividad de los derechos del NNA vuelve a jugar un papel importante, pues el artículo 17 FLG señala que *“El Estado asegurará su efectividad y pleno goce mediante acciones y programas de corto, mediano y largo plazo, los que siempre deberán mejorar el disfrute de los derechos, prohibiéndose su regresividad”*.

Este tipo de acciones y programas son las denominadas líneas de acción, las cuales se encuentran contenidas en los artículos 18 y siguientes de la Ley 21.302 consistentes en: (1) Diagnóstico clínico especializado y seguimiento de casos y pericia; (2) Intervenciones ambulatorias de reparación; (3) Fortalecimiento y vinculación; (4) Cuidado alternativo; (5) Adopción. Al respecto, el artículo 26 de la ley en comento señala que estos programas deben ser especializados y adecuados al contexto de cada NNA, debiendo elaborarse una estrategia que

evite el mal de la sobre intervención y que en este caso, pueden ser líneas simultáneas de intervención familiar.

4.3.3.1. Líneas de diagnóstico clínico especializado

La primera línea de acción a seguir por parte del SENAPE es el diagnóstico clínico especializado y el consecuente seguimiento del caso, consistiendo según el artículo 22 inciso segundo de su ley en la “*constatación fehaciente de vulneraciones de derecho y daño asociado a ellas en NNA desde los tribunales o las OFL, en casos en los que existe sospecha de vulneración de derechos*”.

En este caso, el trabajo a realizar por esta línea de acción comprenderá, en el evento de constatarse fehacientemente la vulneración y sus daños, un plan de tratamiento e intervención que busque precisamente la reparación de los hechos de origen. En este caso, el artículo 22 inciso tercero de la Ley 21.302 señala que el plan de acción implica el diseño y ejecución de lo requerido “*en corto, mediano y largo plazo para la restitución de sus derechos y la reparación de las vulneraciones*”, siendo esta línea de acción dependiente – lamentablemente – de la oferta programática existente, lo cual permite extrapolar la deficiencia futura del plan, pues la lógica de mercado⁴⁸⁶ implantada en las ofertas muchas veces deja problemas sin una oferta.

En este caso, el SENAPE debería velar, según el artículo 27 inciso sexto de la Ley 21.302 por el monitoreo constante, la revisión de su desarrollo y el velar que “*las intervenciones sean oportunas, suficientes y revisadas con la periodicidad debida por el órgano de protección competente*”.

Además, esta línea de acción se ve suplementada por la línea de acción pericial, la que consiste según el artículo 22 inciso octavo de la Ley 21.302 en el “*examen y análisis de ciertos hechos y/o personas por parte de expertos en una ciencia*”. La finalidad de esta sublínea de intervención es básicamente otorgar antecedentes más recabados y especializados de la situación que motiva el plan de acción de diagnóstico.

4.3.3.2. Líneas de acción de fortalecimiento y vinculación

Una medida que busca precisamente el cuidar el *quid* del derecho a una vida familiar, dice relación con el fortalecimiento y vinculación familiar que deben propender los organismos del SGP.

⁴⁸⁶ **LEY 21.302. Artículo 22 inciso séptimo.** El aporte financiero de este programa considerará, como servicio prestado, el desarrollo completo y oportuno del proceso de diagnóstico, y seguimiento eficiente del caso en los términos y plazos establecidos hasta su total cumplimiento.

De tal manera, el artículo 23 inciso primero de la Ley 21.302 establece que el objetivo de las líneas de acción de fortalecimiento y vinculación es *“la formación de la familia de origen y/o extensa, según corresponda, en habilidades parentales y crianza”*. En este caso, la línea de acción buscará actuar a través de distintas estrategias que permitan: (1) la disminución de los riesgos que motivaron la intervención; (2) el fortalecimiento de los factores protectores en la familia y (3) otorgar prestaciones sociales a las familias para que otorguen un adecuado espacio de desarrollo a los NNA.

En este caso, el artículo 23 inciso cuarto de la Ley 21.302 manifiesta que en este caso, la revinculación familiar es una línea de acción progresiva, respetuosa del interés superior del NNA y que en la práctica tiene que considerar la autonomía progresiva del NNA, su contexto socio-comunitario, para de tal manera poder trabajar en poder *“afianzar la capacidad de los padres, o de familiares que puedan asumir el cuidado personal de un NNA”*, en especial, de aquellos que se encuentran bajo una modalidad alternativa de cuidado. En tal caso, el legislador entiende que el derecho a una vida familiar es de carácter progresivo, debido a que la línea de acción siempre buscará rehabilitar el vínculo con la familia de origen, a través de la participación familiar y de la protección de la misma, para que en definitiva pueda brindar el espacio privilegiado de desarrollo al NNA.

4.3.3.3. Líneas de acción de cuidado alternativo

El artículo 24 de la Ley 21.302 establece una línea de acción que en este caso, dada la progresividad del derecho a una vida familiar, entiende que hay ya una separación de la familia de origen. Esta línea de acción consiste en el *“conjunto de modalidades alternativas de cuidado puesta a disposición de NNA que, por diversas circunstancias, no cuentan con los cuidados permanentes”* de un adulto responsable. En este caso, el inciso primero de la norma señala que el NNA será acogido en una familia distinta, siendo la línea de acción ejecutada *“por cuidadores especialmente entrenados para proteger, reparar y restituir los derechos de NNA gravemente vulnerados en sus derechos y en situación de alta vulnerabilidad emocional y afectiva”*.

Esta vía de acción debe ser determinada en una medida de protección judicial, teniendo presente su carácter de *“excepcionales, esencialmente transitoria(s) y periódicamente revisable(s)”*. Además, la línea debe atender la progresividad del derecho a una vida familiar, debiendo desarrollarse fundamentalmente en *“acogimientos de tipo familiar, y en última ratio, en centros de acogida institucional”*.

La aplicación de esta clase de medidas demandará al SENAPE el establecer una amplia gama de programas relativos a las diferentes sublínea que derivan de los cuidados alternativos,

que concretamente corresponden al acogimiento en familia extensa, en familias de adultos de confianza, familias de acogida externas acreditadas y el acogimiento residencial.

En ellas, la progresividad del derecho a una vida familiar nuevamente se hace presente, a raíz de que en todas y cada una de estas opciones, y siempre que no sea contrario al interés superior del NNA, tanto el SENAPE como su red de colaboradores se ven en la obligación de trabajar en el fortalecimiento familiar y la revinculación familiar, siendo *“obligaciones que todo programa de cuidado alternativo debe cumplir”*. Si no es posible ejercer legítimamente este derecho, los afectados podrán impetrar acciones⁴⁸⁷ para detener esta clase de perjuicio.

4.3.3.4. Línea de acción de adopción

Una de las funciones que le cabe al SENAPE es hacerse cargo de ejecutar a través de sus programas todas aquellas decisiones judiciales que emanen de un procedimiento de adopción. En ese sentido, el artículo 25 inciso primero de la Ley 21.302 define a esta línea de acción como *“toda actividad tendiente a procurar al NNA, cualquiera sea su composición, que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades vinculares y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por la familia de origen”*.

En este caso, al tomarse la decisión de suspender definitivamente el derecho a la vida familiar con su núcleo de origen, se traslada la responsabilidad de satisfacer el derecho a una vida familiar en otra familia. Ante este tipo de procesos de adopción, la legislación mandata al Estado a través del SENAPE a la formación, preparación y acompañamiento de los solicitantes a las *“intervenciones necesarias para los NNA durante la tramitación de los procedimientos previos a la adopción y el de adaptación regulados por la normativa vigente”*, buscando también todos los vínculos de origen.

5. Proceso constituyente, Nueva Constitución y el derecho a la vida familiar.

En la actualidad, Chile se encuentra viviendo un proceso histórico de transformación en su historia republicana ya que su ciudadanía decidió masivamente la redacción de una nueva Constitución, la cual por primera vez será redactada por representantes de la ciudadanía dentro de la Convención Constitucional.

El pensar una nueva Constitución para Chile es un desafío tremendamente complejo, pero a la vez, una oportunidad ideal para pensar cuál es el país futuro que queremos. La forma de

⁴⁸⁷ **LEY 21.302. Artículo 24 inciso final.** Cualquier obstaculización al ejercicio al relacionamiento o comunicación familiar, educativa o comunitaria, así como cualquier amenaza o vulneración de los derechos de los NNA acogidos en cuidado alternativo de cualquier tipo, incluso cuando no sea constitutiva de delito, podrá ser denunciada directamente por los afectados ante las autoridades competentes

pensar el país mediante este nuevo pacto social significa replantearse desde los principios y valores que inspirarán el ordenamiento jurídico, los derechos y deberes de los cuales serán titulares los particulares, así como la estructura del Estado, los cuales en conjunto imprimirán la mirada que como nación se tendrá para enfrentar los desafíos del futuro.

Este proceso se encuentra en un marco de incertidumbre en todos los aspectos, como por ejemplo, respecto de los principios y valores que inspirarán la nueva carta magna. Producto de esta incertidumbre, podría eventualmente existir discusión respecto de la predominancia de determinados valores, o bien, cómo se podrían conciliar estos principios y valores. Desde nuestra perspectiva estimamos que la discusión es de la máxima relevancia, ya que valores como la libertad, la justicia o la solidaridad podrían adquirir un valor gravitante en el derecho chileno, lo cual implicará desarrollar políticas públicas que sean congruentes con la mirada que se pacta en la nueva Constitución.

Ahora bien, a partir de este proceso constituyente es válido preguntarse, dentro del contexto de la investigación: ¿qué se acordará respecto de la familia y la infancia-adolescencia?, ¿será considerado el derecho a una vida familiar como una de las garantías matrices de NNA?, o ¿cuál será la relación del Estado con sus NNA y las familias?

Para comenzar a dilucidar posibles alternativas a estas interrogantes, se debe considerar que la Convención Constituyente no comenzará desde una hoja en blanco, ya que el artículo 135 inciso final de la Ley 21.200 que regula el proceso constitucional reconoce explícitamente que el nuevo texto debe respetar los tratados internacionales ya ratificados por Chile. Esta base constitucional nos permite afirmar desde ya que la Nueva Constitución tendrá obligatoriamente que resguardar la relación protectora del Estado con las familias como con sus NNA, pues instrumentos como la CADH o la CDN ya desarrollan dichas garantías, como se expuso en el primer capítulo de la presente investigación.

Sin embargo, la afirmación anterior no agota el grado de eventual incertidumbre que se generará durante el proceso constituyente, razón por la cual, es necesario nuevamente cuestionarse la jerarquía que adquirirán los tratados internacionales bajo el nuevo texto. En la actualidad, el artículo 5° inciso final CPR es ambiguo respecto a la jerarquía de los tratados internacionales, pues a pesar de reconocer que las garantías contenidas en ellos deben ser respetadas, no existe unanimidad doctrinaria del rango jurídico de estos instrumentos⁴⁸⁸.

⁴⁸⁸ Respecto de las críticas y la posición que adoptamos, nos remitimos a cita N°400 del presente trabajo.

La jerarquía de los tratados internacionales será un tema de compleja discusión debido a las múltiples aristas que presenta, a lo cual se suma la conciliación de lo político que surgirá durante el desarrollo de la Convención Constitucional. Producto de la incertidumbre del proceso, es posible visualizar diferentes vías para decidir esta discusión: (1) podría decidirse que los tratados internacionales mantengan el rango actual, es decir, una jerarquía ambigua e indeterminada que podría mantener un rango intermedio que transita entre lo legal y lo constitucional, cuestión que a nuestro juicio es una opción inadecuada⁴⁸⁹; (2) un segundo camino podría ser el adoptado en el derecho comparado de dotarlos de rango constitucional propiamente tal, teniendo como efecto la protección y tutela de estos derechos a través de la justicia constitucional – la cual también está en una situación de incertidumbre – y ser entendidos como máximas dentro del ordenamiento jurídico que deberán ser aplicadas jurídicamente, así como incorporadas en la prestación de servicios sociales del Estado; (3) un tercer camino podría ser la distinción de dichos tratados internacionales, distinguiendo entre aquellos relativos a derechos humanos (como la CDN o la CADH) y los de carácter económico, estableciéndoles un rango constitucional y legal respectivamente.

Otra discusión que debiese realizarse en la Convención Constitucional es la protección de la familia, la niñez y la relación del Estado con ellos. La oportunidad de regular constitucionalmente conlleva a preguntarse dos aspectos a considerar: en primer lugar, ¿existirá espacio para discusión para dichas temáticas? Estimamos que existe una necesidad de hacerse cargo de dichos tópicos, por lo que creemos que sí serán desarrolladas; luego, cabe preguntarse el cómo se desenvolverán constitucionalmente los puntos antes señalados: ¿serán deberes del Estado con sus ciudadanos o derechos de los cuales los ciudadanos serán titulados y podrán exigir al Estado?

En lo tocante a la familia, estimamos que la Nueva Constitución mantendrá elementos actualmente consagrados en la CPR, tales como el estatus de núcleo fundamental; además conservará la protección subsidiaria que debe brindar a las familias tanto en su dimensión positiva -apoyar a las familias a través de prestaciones sociales- como en su dimensión negativa -no intromisión ni injerencia arbitraria en la intimidad de la vida familiar-.

Con todo, estimamos que la discusión en torno a la familia radicará justamente en su conceptualización. Aseveramos que la definición más apropiada para zanjar la discusión será

⁴⁸⁹ A juicio de la investigación, esta solución sería inadecuada justamente porque no cambiaría el estatus de los tratados internacionales, tornando ambigua su protección y siendo objeto de interpretación tanto para la doctrina como para la jurisprudencia local. Además, sería inadecuada porque dejaría al arbitrio de los operadores jurídicos decisiones relativas a derechos humanos.

aquella de carácter amplia, debido a que la sociedad chilena se encuentra conformada por distintos tipos de familias que tienen diferentes características. Por esta razón, la protección debiese ser a todas las familias – sean nucleares tradicionales, monoparentales, hetero u homoparentales, familias ampliadas, e incluso la comunidad como familia – reconociéndose como valor central la unidad afectiva y los proyectos de vida de sus integrantes, pudiendo ser una fórmula el adoptar constitucionalmente el concepto otorgado por el artículo 2° numeral primero de la Ley 20.530.

En cuanto a la protección de la niñez y la adolescencia, la Convención Constituyente tiene la oportunidad de seguir saldando la deuda histórica que el país tiene con estos grupos. Pese a que deben ser grupos constitucionalmente protegidos, el proceso constituyente mantiene la perspectiva enquistada en el ordenamiento jurídico chileno de ser los adultos quienes toman las decisiones por los NNA. En este caso, creemos que el proceso debiese contar con instancias de participación conforme a la autonomía progresiva y el derecho a que sean oídos, pues de tal modo se podrá realizar una Constitución considerando a todos, especialmente lo que NNA quieren y desean para su país.

Enfocándonos en la protección de la infancia-adolescencia, la Nueva Constitución debiese consagrar cuestiones de suma relevancia como lo es el deber del Estado de otorgar protección integral a todos los NNA, siendo un mandato a respetar y desarrollar por parte de los Poderes del Estado a través de las diferentes políticas públicas y decisiones de autoridades competentes. En esta materia, la cuestión a resolver será el cómo Chile velará por la protección integral, lo cual se encuentra ligado a la visión de estado que se acuerde en la futura Constitución; en otras palabras, ¿deberá el Estado chileno hacerse cargo de manera directa en las soluciones y financiamiento de las gestiones de infancia-adolescencia o se mantendrá la mirada asistencialista y de subsidiariedad para cubrir las necesidades de este grupo?

En lo referente a los derechos de los NNA a consagrar en la Nueva Constitución, estimamos que garantías como el interés superior y el derecho a ser oído debiesen ser máximas presentes, debiendo ser principios estructurales en la arquitectura del nuevo Estado. No obstante, podemos conjeturar que la discusión de derechos de NNA se centrará en la tensión valórica entre autonomía progresiva y el derecho-deber preferente de los padres a educar a sus hijos. Esta discusión debiese estar alejada de toda cuestión valórica, y debiese enfocarse realmente en lo que son los derechos de los NNA como sujetos de especial protección constitucional. La oportunidad que se presenta con el proceso constituyente permitiría fijar en un rango suprallegal la autonomía progresiva, y es una oportunidad debido a que en la actualidad no ha sido posible su

reconocimiento constitucional ya que la oposición férrea de los sectores conservadores ha transformado el derecho-deber preferente de los padres en una cláusula del miedo⁴⁹⁰ que limita el avance y actualización de la cuestionada institucionalidad chilena en materia de infancia-adolescencia.

Estamos que esta discusión de cierta manera es artificiosa, pues además de encontrarse conjuntamente garantizadas en la CDN, ambas garantías son simbióticas y no antagónicas, razón por la cual, ambos derechos debiesen ser considerados por la Nueva Constitución. Finalmente, la consagración de las garantías mencionadas se justifica en la condición de sujetos de derechos y de especial protección constitucional, lo cual es básicamente el ajuste del ordenamiento jurídico nacional chileno a los mandatos y compromisos internacionalmente adquiridos.

En materia de protección integral, entendemos y estimamos pertinente que sea el Estado quien tiene la tarea de otorgar las condiciones para desarrollar una vida digna; por esta razón, creemos coherente y necesario consagrar el derecho a la vida familiar dentro de la futura Constitución.

Como se pudo apreciar durante la investigación, el derecho a la vida familiar resulta ser de gran importancia para el desarrollo del NNA y no solo eso, ya que este derecho contiene otras garantías que vale la pena consagrar constitucionalmente. Este derecho macro implicaría un mandato hacia la nueva comprensión del Estado, el cual se verá constreñido a desarrollar la arquitectura de un sistema de protección que tenga presente las dimensiones del derecho. En otras palabras, garantizar la vida familiar como derecho constitucional generaría un deber del Estado de no solo respetar la autonomía de los núcleos, sino que deberá contar con prestaciones sociales efectivas de carácter económicas, como el deber de contar con modalidades alternativas de cuidado desarrolladas normativas para satisfacer el derecho de ser cuidado y ubicado en una familia que esté dispuesta a dar dichos cuidados.

Junto con lo anterior, el adoptar un rango constitucional explícito del derecho a crecer y desarrollarse en una familia eventualmente significaría un giro positivo de la relación de los NNA y el Estado. La mancomunidad entre el concepto de familia, la protección integral y el derecho a la vida familiar de NNA abriría la puerta para desarrollar legislativamente tópicos de relevancia actual como lo son el matrimonio igualitario o la adopción homoparental, habida consideración

⁴⁹⁰ Este término es acuñado por Isaac Ravetllat, quien detalla que los sectores conservadores contraponen la autonomía progresiva con el derecho-deber preferente de los padres a educar a sus hijos, indicando el autor que “*se trata de ese típico eslogan que hemos escuchado tantas veces: ‘con mis hijos no te metas’, pero traducida jurídicamente*”. JELDRES, Mónica; LOBOS, Pamela; MALDONADO, Pedro y RAVELLAT, Isaac. “*Hoy termina el Sename ¿O solo cambia el nombre?*” *en* CIPER CHILE online. Columna de opinión del 2 de junio de 2020. [en línea] < <https://www.ciperchile.cl/2020/06/02/hoy-termina-el-sename-o-solo-cambia-el-nombre> > [consulta: febrero 2021].

de la supremacía y relevancia que debiesen tener los derechos de NNA, pues son ellos los que tienen el derecho a tener una familia que les brinde cuidado, cariño y protección.

A nivel judicial, establecer una garantía como la vida familiar generaría la necesidad de contar con un aparato estatal robusto y eficiente en la materia que vele por este derecho. Considerando el proyecto de la FLG y la limitada intervención judicial, los Tribunales de Familia requerirán de un mayor esfuerzo para respetar la garantía en cuestión, debiendo contar con mecanismos y procedimientos eficaces y rápidos que siempre deberán buscar la ubicación del NNA en una familia sustituta bajo estrictos criterios de excepcionalidad, proporcionalidad, temporalidad y también, de afectividad. A lo anterior se debe sumar la incidencia que tendría la justicia constitucional – dependiendo de la vía que se adopte – la cual podría tener potencial injerencia tanto en lo sustantivo del derecho (por ejemplo: definir la extensión, alcance y contenido de la garantía) como en lo procesal, lo cual podría generar una tensión al radicar posiblemente los asuntos de NNA en ante una Corte Constitucional y no en los Tribunales de Familia.

A modo de término, podemos señalar que la discusión constitucional en materia de infancia-adolescencia se encontrará ligada a los aspectos señalados – familia, derechos de NNA, la protección estatal de las familias como la integral de NNA – los cuales, como indicamos, se encontrarán sujetos a una discusión potente para acordar un camino común para el futuro. Pese a lo anterior, debemos reiterar la necesidad de establecer mecanismos de participación democráticos de NNA, habida consideración de que ellos tienen opinión, visión de país y tienen mayor conocimiento de su realidad, por lo que restarlos de este proceso ya sería una mirada errónea, pensando que los NNA de hoy serán quienes vivirán la Constitución del futuro. Ante el estado de incertidumbre, esperamos que efectivamente los niños sean primero en la fila y no siga siendo un slogan; es la hora de que Chile y todos sus ciudadanos salden las deudas históricas pendientes con sus NNA, debiendo ser prioritario el garantizar su desarrollo integral como la satisfacción máxima de todos sus derechos en una atmósfera de protección, integración y afectividad.

CONCLUSIONES

1. Inicialmente nos preguntamos si el derecho efectivamente se hace cargo de regular y proteger a las familias. La respuesta es sí y durante el curso de la presente investigación pudimos observar que en los tres niveles analizados (instrumentos universales, sistemas continentales de derechos humanos y legislaciones locales) el camino a escoger fue el proteger a todo tipo de familia. El análisis realizado nos permite aseverar que la concepción de familia es de carácter amplio, primando en su consideración factores vinculares y afectivos por sobre aquellos de carácter jurídico; lo que nos conlleva a extrapolar que, al menos en el derecho occidental, la familia que se protege es amplia y basada en los afectos.

2. Además de reconocer los vínculos jurídicos o afectivos como expresión de familia, el derecho igualmente se hace cargo en los tres niveles analizados de reconocer la vida en familia como una garantía de la cual son titulares todas las personas. En tal sentido, podemos señalar enfáticamente que existen tres normas claves en la temática que se hacen cargo de delimitar y contextualizar el derecho a la vida familiar: la Convención sobre Derechos del Niño, las Directrices sobre Modalidades Alternativas de Cuidado y también, a nuestro juicio, el artículo 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Si bien es una norma exclusiva del Sistema Europeo de Derechos Humanos, es innegable afirmar que el artículo 8° del Convenio Europeo ha servido como pauta para comprender el derecho a la vida familiar, tanto en el sistema interamericano, como para jurisdicciones locales. Se destacar también el rol interpretativo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual modela el derecho a la vida familiar del artículo 8° del Convenio Europeo en aspectos tales como el rol y la injerencia de los Estados en las familias, el concepto amplio de esta misma, la pugna legítima de intereses concurrentes o el disfrute mutuo como elemento de la vida familiar entre adultos responsables y NNA.

3. Consideramos particularmente útil durante el curso de la investigación la perspectiva otorgada por Berástegui y Gómez del derecho a la vida familiar de NNA, autoras que escinden la garantía entre los derechos del NNA a: (1) tener una familia que lo cuide; (2) que su familia sea ayudada; (3) que sea separado si su familia no le otorga cuidado; y (4) que sea acogido en una familia alternativa. Desde un nivel macro, podemos notar que dicha óptica del derecho a la vida familiar lo transforma no solo en una garantía que resguarda que los NNA tengan una familia para poder desarrollarse, sino que también se transforma en un mandato para los Estados de desarrollar políticas públicas y legislaciones que se direccionen en otorgar el máximo de los esfuerzos para proteger a las familias y que cuenten con un sistema institucional que se haga cargo del derecho

en cuestión, que es que los NNA vivan y crezcan en una familia, especialmente de aquellos que se encuentran privados de cuidados parentales y que requieren aún mayor atención de los Estados.

4. A partir de la idea anterior, podemos señalar que el derecho a la vida familiar es respetado en su faceta de garantizar a los NNA “tener una familia que lo cuide”, pues todas ellas integran en sus legislaciones a la Convención sobre Derechos del Niño; ahora bien, el estado de protección del derecho a la vida familiar en este punto es disímil si lo analizamos como un derecho garantizado por las legislaciones internas creadas en los estados en análisis. Así, podemos notar que el derecho a tener una familia que cuide al NNA es tratada de manera constitucional en el ordenamiento colombiano, creándose una vasta jurisprudencia que analiza el derecho y que a nuestro juicio, lo define de una manera precisa como *la garantía de que exista un núcleo humano que acoja al niño desde su nacimiento, le prodigue cuidados y protección, facilite la adecuada y oportuna evolución de sus caracteres físicos, morales y síquicos, y ofrezca de forma permanente e integral, amparo de sus derechos*⁴⁹¹. De la misma manera, podemos notar legislaciones que incorporan domésticamente el derecho a tener una vida familiar de diferentes formas, como los casos expresos de Cataluña, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la futura ley de garantías chilena, o bien, de manera indirecta como lo es el artículo 11 de la Ley de Protección Integral de la Provincia de Buenos Aires. Finalmente, encontramos el caso del Chile actual donde existe ausencia de la consideración de este derecho a nivel doméstico, debiendo ser la jurisprudencia de la Corte Suprema quien se pronuncie respecto de la garantía en cuestión e incorporándola interpretativamente desde la Convención sobre Derechos del Niño, lo cual sitúa al país como el único de los analizados que no se hace cargo de esta arista del derecho a la vida familiar.

5. El derecho que tienen los NNA a que su familia sea cuidada es una temática transversal dentro de los ordenamientos jurídicos estudiados. En todos ellos, se vela por la protección de la familia está radicada en los Estados a través de sus constituciones, razón por la cual, se transforma en un deber estatal el procurar brindar a todas las familias sin distinción la asistencia necesaria para poder satisfacer sus necesidades. Además, el derecho del NNA a que su familia sea ayudada es parte de todos los ordenamientos jurídicos examinados, habida cuenta de que se incorporan y orientan las políticas públicas en la materia mediante legislaciones específicas en la cuales se van detallan cuáles serán los mecanismos de prestaciones sociales y el diseño institucional para dar respuesta a las necesidades de los núcleos. Cabe destacar que la prestación de asistencia en todos los países es de carácter administrativo a través de diferentes agencias que forman parte de los diseños institucionales particulares de cada país.

⁴⁹¹ Ver cita N°163.

6. A través de diferentes nomenclaturas y técnicas legislativas, todos los estados analizados durante la presente investigación se hacen cargo de la tercera vertiente del derecho a la vida familiar consistente en el derecho del NNA a ser separado de la familia cuando ésta no lo cuida. En tal sentido, todas las legislaciones son coherentes y congruentes con los planteamientos trazados particularmente por la Convención sobre Derechos del Niño, estableciendo esta garantía a nivel supralegal como en el caso catalán y expreso a nivel legal en todos los demás, salvo el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde necesariamente se construye la hipótesis a través de instrumentos como la Convención sobre Derechos del Niño.

7. Relativo al derecho a la separación del NNA cuando no es cuidado, se debe destacar necesariamente el rol protagónico que cumple el interés superior del NNA en todos los ordenamientos de ser, expresa o tácitamente, el contrapeso jurídico del derecho a la vida familiar. Sea en un sistema administrativo o judicial, el interés superior es el criterio normativo que impera a la hora de determinar si un NNA es separado o no de su familia de origen, siendo además la cláusula que materializa y direcciona la potencial bidireccionalidad del derecho a mantener relaciones personales con los adultos responsables de origen. En este punto, el ordenamiento argentino, colombiano y chileno comparten que la separación se basará en criterios a adoptar que se circunscriban a una comprensión global de derechos de NNA para su procedencia, siendo ésta una expresión del interés superior. Lo anterior difiere del camino adoptado por Cataluña, pues en ella se prefirió adoptar un catálogo de situaciones en sede de desamparo que justamente son una vulneración clara al interés superior, agregando una regla de clausura que permitiría casuísticamente determinar otra clase de situaciones que corrompan este principio; se debe destacar que este aspecto es una influencia clara que ejerce Cataluña sobre futuras legislaciones modernas en la materia, como sucede en la ley de garantías en tramitación chilena.

8. El cuarto derecho derivado de la vida familiar es el derecho a tener una familia alternativa que acoja al NNA, y aquí encontramos realidades completamente disímiles en los diferentes ordenamientos. Si bien en todos los estados estudiados se establece que el NNA tenga derecho a una familia u hogar alternativo, solo el caso chileno no incorpora una regulación específica que trate en detalle dichas medidas, siendo solamente una regulación de carácter económico enfatizado en la subvención de los programas de acogida familiar y no una regulación propiamente tal de las medidas alternativas de cuidado. Esta falta detectada en el caso chileno ha permitido una mayor libertad de los jueces de adoptar soluciones que se direccionen en buscar una familia alternativa al NNA, sin embargo, se debe lamentar que esto también ha permitido la proliferación de la institucionalización como regla general alternativa a la separación. El no

contar con un diseño institucional adecuado que otorgue una familia alternativa ha generado en el caso chileno que NNA privados de cuidados parentales sin una familia de acogida hayan vivenciado una nueva situación de vulneración de derechos, esta vez, desde las agencias dependientes del Estado.

9. Otro aspecto que es posible concluir es que las legislaciones más actualizadas en materia de infancia-adolescencia han preferido adoptar un sistema administrativo de toma de decisiones versus los sistemas de carácter judicial como en Buenos Aires Provincia o Chile. Estimamos que el caso chileno es la antítesis de lo que debiese ser un sistema de protección integral y por ello, la excesiva judicialización y la falta de interés político-económico resulta ser un problema para satisfacer las demandas históricas en la materia. Pese a lo anterior, creemos que el avance hacia el cual se dirige Chile podría ser una solución quizás adecuada si se establece una modalidad híbrida administrativo-judicial, pues si la participación judicial se margina a aquellos casos más graves, se podrían extrapolar dos efectos: por un lado, al ser situaciones específicas, serán aquellos casos en que el sistema de protección integral no logre dar respuestas y que, en teoría no debiesen ser un gran porcentaje de las realidades si el sistema es eficiente y eficaz; por otro lado, si los jueces se introducen solo en los casos más graves dentro del sistema, ello implicaría un mayor control y gestión de causas, conduciendo a una mayor profesionalización, dedicación y estudio a la hora de juzgar.

10. El estudio de las legislaciones internacionales y comparadas resultan útiles para ver si Chile ha tomado el camino correcto para avanzar hacia la protección integral. Creemos que teóricamente el futuro Sistema de garantías es una obligación de la cual imperiosamente debe hacerse cargo y la regulación ofrecida por la futura ley de garantías chilena parece ser una legislación apropiada, que trata adecuadamente aspectos diversos del derecho a la vida familiar en su conjunto. Al mismo tiempo, es posible notar que el futuro Sistema de garantías y protección integral chileno se encuentra fuertemente influenciado en todo su tratamiento por la legislación catalana, pues adopta la distinción entre desamparo (vulneración grave) y riesgo (vulneración no grave), o como el robustecimiento del aparato administrativo a través de las Oficinas Locales de Niñez como agencias a cargo de las promoción y protección de derechos de NNA.

11. Junto con ello, es posible notar que los diferentes sistemas que fueron estudiados tienen organismos administrativos a cargo de desarrollar las diversas problemáticas de NNA. Dentro de los casos analizados, sin dudas, es el SENAME chileno el que resulta ser la peor institución para dar respuesta a los NNA más vulnerables; por ello, el avance que se realiza por medio del nuevo Servicio Especializado resulta ser un avance importante, mas no uno que permita poner como

foco a los NNA, pues lamentablemente se conserva el modelo asistencialista de subvenciones y no de real financiamiento como sucede, por ejemplo, en los casos de la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia catalana o del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

12. Finalmente, todo el tratamiento realizado por esta investigación podría servir de insumo en la discusión constitucional que acontecerá en Chile. Estimamos que la importancia del derecho a la vida familia consagrado en la Nueva Constitución podría significar obligar al Estado a dar respuestas concretas y satisfactorias en las cuatro áreas que cubre este derecho en cuestión. La integración constitucional impondría a Chile el verse obligado a establecer con urgencia un sistema de garantías y leyes asociadas que institucionalmente velen por todos los estadios que componen el derecho que se pretendió abordar durante el presente trabajo.

ANEXO I. Cifras SENAME enero – septiembre 2020⁴⁹².

INFORME SENAME PERIODO ENERO - SEPTIEMBRE 2020

— PROTECCIÓN DE DERECHOS



	NNAE INGRESADOS	NNAE ATENDIDOS	NNAE EGRESADOS
	74.744	165.162	87.327
Residencias familiares Sename	86	279	64
Centros Cread Sename	295	847	401
Residencias organismos colaboradores	1.326	5.659	1.689
Familias de acogida Sename	152	613	170
Familias de acogida organismos colaboradores	2.628	8.398	2.467
Programas ambulatorios	55.431	119.399	60.218
Oficinas de protección de derechos	24.360	57.629	28.589
TOTALES	^A 84.278	^B 192.824	^C 93.598

A En el período, un mismo niño, niña, adolescente o adulto, puede ingresar a más de un tipo de proyecto, siendo contabilizado en cada uno de ellos. Por ello, la suma resultante es mayor al dato del total de ingresados.

B En el período, un mismo niño, niña, adolescente o adulto, puede ser atendido en más de un tipo de proyectos, siendo contabilizado en cada uno de ellos. Por ello, la suma resultante es mayor al dato del total de atendidos.

C En el período, un mismo niño, niña, adolescente o adulto puede egresar de distintos proyectos, siendo contabilizado en cada uno de ellos. Por ello, la suma resultante es mayor al dato del total de egresados.

Ingresados, Atendidos, Egresados
por región y rango etario | v

Fallecimientos | v

⁴⁹² SENAME [en línea] <https://www.sename.cl/informe-trimestral-2020/trimestre-1-2020-ENERO-SEPT/proteccion.html> [consulta: abril 2021].

ANEXO II. Cuadro resumen.

DERECHO DE TODO NNA A TENER UNA FAMILIA							
	Colombia	Cataluña	Argentina			Chile	
			Nacional	CABA	PBA	Actual	Tramitación
Consagración Local (sin contar tratados internacionales)	Expresa a nivel constitucional y legal	Expresa a nivel legal.	Expresa a nivel legal. Sanción dependerá de cada provincia.	Expresa a nivel legal provincial.	Legal no expresa. No existe catálogo de derechos, sino que es una declaración enunciativa que comprende todos los derechos (Artículo 11 LPPD de PBA).	No se consagra en la legislación doméstica.	Incertidumbre constitucional. Expreso en la FLG.
Normas respectivas	<p>Artículo 44 CPCo. Son derechos fundamentales de NNA (...) tener una familia y no ser separado de ella.</p> <p>Artículo 22 CIA. Los NNA tienen derecho a crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella.</p>	Artículo 38.1. LDOIA. Los niños y los adolescentes tienen derecho a vivir con sus progenitores salvo en los casos en los que la separación es necesaria.	Artículo 11 LPIDAr inciso segundo. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen (...).	Artículo 25 LPID CABA. Los NNA tienen derecho a ser criados y cuidados por sus padres y a permanecer en su grupo familiar de origen, en una convivencia sustentada en vínculos y relaciones afectivas y comunitarias			Artículo 27 FLG. Derecho a vivir en familia. Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a vivir en familia, preferentemente en la de origen, y completar así su adecuado desarrollo.

DERECHO DEL NNA A QUE SU FAMILIA SEA AYUDADA							
	Colombia	Cataluña	Argentina			Chile	
			Nacional	CABA	PBA	Actual	Tramitación
Familia jurídicamente protegida	Carácter amplio y con énfasis en lo vincular.	Defensa de un modelo amplio de familia, reconociéndose supralegalmente distintas modalidades de familia.	Carácter amplio, con énfasis en lo vincular.	No existe un concepto de familia definido, aunque se considera su protección amplia. Se extrae a partir del CCyC argentino y de la integración en rango de ley de diversos instrumentos internacionales por parte del artículo 12 de la LPID de CABA.	Carácter amplio, con énfasis en lo vincular.	Núcleo fundamental de la sociedad, de carácter amplio y con énfasis en lo vincular.	

Concepto	Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-241 de 2012. Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos.	EAC. Artículo 40.2. Los poderes públicos deben garantizar la protección jurídica, económica y social de las distintas modalidades de familia previstas en las leyes, como estructura básica y factor de cohesión social y como primer núcleo de convivencia de las personas. Código Civil Catalán. Artículo 231-1.1. La familia goza de la protección jurídica determinada por la ley, que ampara sin discriminación a las relaciones familiares derivadas del matrimonio o de la convivencia estable en pareja y las familias formadas por un progenitor con sus descendientes.	Decreto 415/2006. Artículo 7º. (...) Además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a 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.		Decreto 300/2005. Artículo 3º. Además de los padres, se entenderá por núcleo familiar a la familia extensa y otros miembros de la comunidad que representen para el niño vínculos significativos en su desarrollo y protección.	Ley 20.530. Artículo 2º numeral primero. Núcleo fundamental de la sociedad, compuesto por personas unidas por vínculos afectivos, de parentesco o de pareja, en que existen relaciones de apoyo mutuo, que generalmente comparten un mismo hogar y tienen lazos de protección, cuidado y sustento entre ellos.	
Rango normativo de protección de las familias	Constitucional y legal	Constitucional en el país. Supralegal y legal en el derecho interno catalán.	Constitucional y legal	Constitucional nacional; constitucional y legal a nivel provincial.	Constitucional nacional, constitucional y legal a nivel provincial.	Constitucional y legal.	Eventualmente legal y constitucional.
Consagración normativa	- CPCo. Artículo 42. - Ley 1361 de 2009.	- CE. Artículo 32. - EAC. Artículos 16, 24, 40 y 166. - LDOIA. Artículo 37	- Artículo 14 bis Constitución Nacional Argentina. - Artículos 4º y 7º de la LPIDAr.	- Constitución Nacional Argentina. Art. 14 bis. - Constitución CABA. Artículo 39 inciso tercero. - LPID CABA. Artículos 5º, 7º, 26 y 40.	- Constitución PBA. Artículo 36. - LPPD PBA. Artículo 35 letras a) a k)	- CPR. Artículo 1º inciso quinto. - Ley 20.530	- Ley 20.530.
Tramitación de la prestación	Administrativa						
Instituciones participantes	ICBF	DGAIA y los Servicios Sociales	SENNAF (diseño de las políticas públicas).	Organismos de Atención.	Servicios Locales.	MDSF, OPD.	MDSF, OFL.

DERECHO DEL NNA A SER SEPARADO DE SU FAMILIA SI ÉSTA NO LE OFRECE UN ESPACIO SEGURO							
	Colombia	Cataluña	Argentina			Chile	
			Nacional	CABA	PBA	Actual	Tramitación
Reglamentación local	Legal	Estatuto Autónomo y legal	Legal	Legal (tenue). La construcción se realiza a través de los instrumentos internacionales integrados en la propia LPID.	Legal y reglamentario	Legal	Incertidumbre constitucional. Contenida en el FLG.
Consagración normativa	CIA. Artículo 22 inciso segundo. Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando ésta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este Código.	EAC. Artículo 166.3. 3. a). La competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen de la protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados, en situación de riesgo y de los menores infractores, respetando en este último caso la legislación penal. LDOIA. Artículo 105.1. Se consideran desamparados los niños o los adolescentes que se encuentran en una situación de hecho en la que les faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad, siempre que para su protección efectiva sea necesario aplicar una medida que implique la separación del núcleo familiar.	LPIDAr. Artículo 11 inciso final. Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley.	LPID CABA. Artículo 26 inciso final. La convivencia dentro de otros grupos familiares constituye una situación excepcional.	LPPD. Artículo 35. Comprobada la amenaza o violación de derechos podrán adoptarse, entre otras, las medidas que a continuación se enuncian: L) Permanencia temporal, con carácter excepcional y provisional, en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o de salud, de conformidad con lo establecido en el artículo siguiente. Decreto 300/2005. Artículo 35.2. Los motivos graves que por sí mismo autorizan la separación del niño de su grupo familiar, están dados por la letra y espíritu de los artículos 9° y 19 y concordantes de la Convención de los Derechos del Niño.	LTF. Artículo 71 inciso primero. Sólo cuando sea estrictamente necesario para salvaguardar los derechos del niño, niña o adolescente y siempre que no exista otra más adecuada, se podrá adoptar una medida que implique separarlo de uno o de ambos padres o de las personas que lo tengan bajo su cuidado.	FLG. Artículo 27 inciso segundo. Ningún niño, niña o adolescente podrá ser separado de sus padres y/o madres, o de quien lo tenga legalmente a su cuidado, sin una orden judicial en la que se fundamente la necesidad y pertinencia de dicha medida, de conformidad con las causales contempladas en la ley.
Tramitación del procedimiento	Administrativo	Administrativo		Administrativo	Judicial	Judicial	Administrativo - judicial
Instituciones	ICBF, Comisarías y	DGAIA y servicios	Dependerá de la	Organismos de	Servicios locales y	Tribunales de Justicia,	Tribunales de Familia,

partícipes	Defensorías de Familia	sociales básicos y especializados.	arquitectura del sistema provincial.	atención.	zonales de protección. Organismo de niñez e infancia.	SENAME y organismos colaboradores.	SENAPE y organismos colaboradores, Oficinas Locales de Niñez.
-------------------	------------------------	------------------------------------	--------------------------------------	-----------	---	------------------------------------	---

DERECHO DE TODO NNA A SER CUIDADO POR UNA FAMILIA ALTERNATIVA CUANDO ES SEPARADO DE LA DE ORIGEN

	Colombia	Cataluña	Argentina			Chile	
			Nacional	CABA	PBA	Actual	Tramitación
Modalidades Alternativas de cuidado							
Reglamentación local	Legal	Legal	Legal	Constitucional y legal a nivel provincial.	Legal y reglamentario a nivel provincial.	Legal y reglamentario (regulación solo de carácter económico en que se expresan algunas modalidades).	Legal
Consagración normativa	CIA. Artículos 51 – ss.	Código Civil catalán. Artículo 228-9. LDOIA. Artículos 120 – ss.	LPIDAr. Artículo 39 – ss (solo relativo a la ubicación del NNA en otra familia).	Constitución CABA. Artículo 39. Ley 2.213 y su decreto reglamentario.	LPPD PBA. Artículo 35 bis.	LM. Artículo 30. Ley 20.302. Artículo 3°.	Ley 21.302. Artículo 24.
Modalidades alternativas consideradas	1. Ubicación del NNA en su familia extensa. 2. Ubicación del NNA en un hogar de paso. 3. Ubicación del NNA en una familia ajena a su realidad.	1. Acogimiento familiar simple 2. Acogimiento familiar permanente Puede ser en familia extensa, ajena con o sin vínculo afectivo.		Acogimiento familiar transitorio	Medida de abrigo.	1. Acogida simple 2. Acogida de NNA con discapacidad 3. Acogida especializada. Puede ser en familia extensa, ajena con o sin vínculo afectivo.	1. Acogimiento en familia extensa, 2. Acogimiento en familias de adultos de confianza 3. Acogimiento en familias de acogida externas acreditadas y el acogimiento residencial.
Institucionalización							
Regulación local	Legal y reglamentaria.	Legal	Legal	Legal	Reglamentaria	Legal	Legal
Consagración normativa	CIA Artículo 53 numeral cuarto. Resolución 5927 de 2010 del ICBF.	LDOIA. Artículos 125 y 126.	LPIDAr. Artículo 41.	LPID CABA. Artículo 44.	Resolución 171 – 2007 del Ministerio de Desarrollo Humano de PBA. Resolución N° 377-2015 de la Secretaría de Niñez y Adolescencia de PBA.	LM. Artículo 30. Ley 20.032. Artículo 4° numeral tercero.	Ley 21.302. Artículo 24.
Categorías de institucionalización	Ubicación en centros de emergencia.	Acogimiento en centro público o concertado. Acogimiento en unidad de acción educativa.		Internación de emergencia. Internación en función del ISN.	Guarda institucional	Institucionalización en establecimiento residencial o en centro de diagnóstico.	Acogimiento en centro residencial

BIBLIOGRAFÍA

Textos consultados

1. ALLUEVA, Laura. "Situación de riesgo y desamparo en la protección de menores". INDRET (Revista para el análisis del Derecho). Edición 4/2011. Barcelona, España.
2. ALMEIDA, Susana. "El concepto de 'vida familiar' en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Revista de Derecho y Ciencias Penales. Edición N°12. Universidad San Sebastián. Santiago, Chile. 2009. Pp.23-35.
3. ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS. "Debate. Situación actual de los derechos de los niños, niñas y adolescentes". Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Edición N° 14. Santiago, Chile. 2018. Pp. 15-31.
4. ARANCIBIA OBRADOR, María José y CORNEJO AGUILERA, Pablo. "El derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos". Revista Ius et Praxis. Año 20 N°1. Talca, Chile. 2014. Pp. 279-318.
5. BADILLA, Ana Elena. "El derecho a constitución y la protección de la familia en la normativa y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos" Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a22086.pdf>
6. BELOFF, Mary. "Modelo de protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: Un modelo para desarmar y otro para armar". En UNICEF. "Justicia y derechos del niño". Ediciones UNICEF. 1° Edición. Santiago, Chile. 1999. Pp. 9-22.
7. BERÁSTEGUI, Ana y GÓMEZ, Blanca. "El derecho del niño a vivir en familia". Miscelánea Comillas: Revista de Ciencias Humanas y Sociales. Volumen 67, N°130. Madrid, España. 2009. Pp. 178-195.
8. BOWLBY, John. "Vínculos Afectivos: Formación, desarrollo y pérdida". Ediciones Morata S.A. Madrid, España. 1986.
9. CANO, Eleonora y KAWON, Jessica. "Artículo 19. Derecho del niño". en "La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino". Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina. 2013. Pp. 319-331.
10. CILLERO, Miguel. "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño" en "Justicia y Derechos. Número 1". UNICEF. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Santiago, Chile. 1999. Pp. 45-62.
11. CILLERO, Miguel. "Infancia, autonomía y derechos. Una cuestión de principios". Disponible en: http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/explotacion_sexual/lectura4.infancia.dd.pdf

12. COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL) Y FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF). “América Latina y el Caribe a 30 años de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño”. Edición Naciones Unidas. Santiago, Chile. 2018.
13. COMISIÓN NACIONAL DE LA INFANCIA. “Política Nacional de Niñez y Adolescencia. Sistema Integral de Garantías de Derechos de la niñez y adolescencia 2015-2025”. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Santiago, Chile. 2015.
14. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N°16, Derecho a la Intimidad (Artículo 17). 32° período de sesiones. 1988.
15. CORTE SUPREMA DE CHILE. Oficio N°195-2020. Informe Proyecto de Ley N°37-2020. 23 de septiembre de 2020.
16. DE LA TORRE, Natalia. “Título III. Uniones Convivenciales” en CAMELO, Gustavo; HERRERA, Marisa; PICASSO, Sebastián. "Código Civil y Comercial comentado". Segunda Edición. Editorial Infojus. Buenos Aires, Argentina. 2015. Pp. 190-224.
17. DEL PICÓ RUBIO, Jorge. “Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno”. Revista Ius et Praxis. Año 17 N°1. Talca, Chile. 2017. Pp. 31-56.
18. ESPEJO, Nicolás. “El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental” *en* ESPEJO, Nicolás y LATHROP, Fabiola. “Responsabilidad Parental”. Editorial Thomson Reuters and Legal Publishing Chile. Santiago, Chile. 2017. Disponible en acervo PROVIEW de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile: <https://proview-thomsonreuters-com.uchile.idm.oclc.org>
19. FERRER I RIBA, Josep. “Principles and Prospects for a European System of Child Protection”. InDret – Revista para el análisis del derecho. Edición 2/2010. Barcelona, Cataluña. 2010.
20. GARCÍA, Santiago Julián. “Artículo 17. Protección a la familia” *en* “La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino”. Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina. 2013.
21. GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. “Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos”. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga. N°18. Montevideo, Uruguay. 2018. Pp. 117-137.
22. GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela. "Título VIII. Procesos de Familia" en CAMELO, Gustavo; HERRERA, Marisa; PICASSO, Sebastián. "Código Civil y Comercial comentado". Segunda Edición. Editorial Infojus. Buenos Aires, Argentina. 2015. Pp. 541 - 585

23. JELDRES, Mónica; LOBOS, Pamela; MALDONADO, Pedro y RAVELLAT, Isaac. “Hoy termina el Sename ¿O solo cambia el nombre?” en CIPER CHILE online. Columna de opinión del 2 de junio de 2020. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2020/06/02/hoy-termina-el-sename-o-solo-cambia-el-nombre>
24. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014”. Revista Jurídica La Ley. 2014. Disponible en Pensamiento Civil: <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina403.pdf>
25. LAMA, Belén. “El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en familia”. Editorial Thomson Reuters. 1º Edición. Santiago, Chile.
26. LATHROP, Fabiola. “El derecho a la vida familiar del niño privado de cuidados parentales en Chile” *en* DOMÍNGUEZ, Carmen (coordinadora). “Estudios de Derecho de Familia III”. Terceras Jornadas Nacionales de Derecho de Familia. Editorial Thomson Reuters. Santiago, Chile. 2018. Pp. 397-407.
27. LATHROP, Fabiola. “La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho chileno”. Revista Chilena de Derecho Privado N° 22. Edición Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales. Santiago, Chile. 2014. Pp. 197-227.
28. LEPÍN, Cristian. “Los nuevos principios del Derecho de Familia”. Revista Chilena de Derecho Privado. N° 23. Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales. Santiago, Chile. 2014. Pp. 9-55.
29. LIRA, María Jesús y SQUELLA, Arturo (coordinadores). “Familias de Acogida como medio de cuidado alternativo en el marco de la nueva institucionalidad del Servicio Nacional de Protección Especializada”. Universidad San Sebastián. Santiago, Chile. 2019.
30. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José. “Comentarios al artículo 9º. Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia” En CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: COMENTARIO ARTÍCULO POR ARTÍCULO. 1º Edición. Fundación BBVA. Bilbao, España. 2008. Pp. 244-255.
31. MÉNDEZ, Romina. “El centro de vida del niño, niña o adolescente como elemento determinante de la competencia”. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Disponible en Sistema Argentino de Información Jurídica (link acortado): <https://acortar.link/4spkj>
32. MINISTERIO DE JUSTICIA DE CHILE. “Acuerdo Nacional por la Infancia”. Disponible en: https://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/07/Acuerdo_Nacional_por_la_Infancia.pdf
33. MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL DE ARGENTINA. “Protocolo de procedimientos para la aplicación de medidas de protección de derechos de niñas, niños y

- adolescentes". Resolución 2018-598 APN-SENAF. Primera Edición. Buenos Aires, Argentina. 2018.
34. NASH, Claudio. "Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno". Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, Chile. 2012.
 35. NOGUEIRA, Humberto. "La protección convencional de los Derechos de los Niños y los estándares de la Corte IDH sobre medidas especiales de protección por parte de los Estados Partes respecto de los niños, como fundamentos para asegurar constitucionalmente los Derechos de los Niños y Adolescentes". Revista Ius et Praxis, Año 23, N°2, 2017. Talca, Chile. 2017.
 36. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. "Informe sobre Cumbre de Desarrollo Social". Copenhague, Dinamarca. 1995.
 37. ORTEGA, Alfonso. "La kafala de Derecho Islámico: Concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España". Ponencia en Jornadas internacionales de la Universidad de Valencia. Valencia, España. 2014.
 38. PAUL, Álvaro. "La Génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Relevancia Actual de sus Trabajos Preparatorios". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N°47. 2016. Disponible en Scielo: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512016000200012>
 39. PELLEGRINI, María Victoria. "Medidas excepcionales, abrigo y guarda institucional. La relación entre los organismos administrativos y el Sistema Judicial" *en* INSTITUTO DE ASUNTOS JUDICIALES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y UNICEF ARGENTINA. "Temas claves en materia de Protección y Promoción de Derechos de niños, niñas y adolescentes en la Provincia de Buenos Aires". 1° Edición. UNICEF Argentina. Buenos Aires, Argentina. 2010. Pp. 112-137.
 40. PINOCHET, Ruperto y RAVELLAT, Isaac. "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el derecho civil chileno". Revista Chileno de Derecho. Volumen 42 N°3. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile. 2015. Pp. 903-934.
 41. PINOCHET, Ruperto y RAVETLLAT, Isaac. "El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XLIV. Valparaíso, Chile. 2015. Pp. 69-99.
 42. RAMOS PAZOS, René. "Derecho de Familia". 7ma edición. Editorial Jurídica. Santiago, Chile. 2010.

43. RAVETLLAT, Isaac. "La infancia y la adolescencia en Cataluña: Retos y propuestas para avanzar en la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Estudio a partir de las observaciones efectuadas por el Comité de los Derechos del Niño". Revista de Intervención Psicosocioeducativa en la desadaptación social. Volumen 6. Dulac Ediciones. Barcelona, España. 2013. Pp. 19-39.
44. RAVETLLAT, Isaac. "La protección de las personas menores de edad en la legislación civil catalana. Especial incidencia en el estudio de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia". INDRET (Revista para el análisis del Derecho). Edición 2/2014. Barcelona, España. 2014.
45. RIZIK, Lucía. "Los derechos del niño y la protección a la familia. El caso Fornerón e hija vs. Argentina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Revista de Derecho, Escuela de Postgrado N°6. Universidad de Chile. Santiago, Chile. 2014. Pp. 35-48.
46. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. "Regímenes Patrimoniales". Editorial Jurídica. Santiago, Chile. 2010.
47. SALVIOLI, Fabián. "El Aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección internacional de los derechos humanos, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI (San José de Costa Rica, 2003)". Disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-aporte-de-la-declaracion-americana-de-1948-para-la-proteccion-internacional-de-los-derechos-humanos-fabian-salvioli.pdf>
48. SPICKER, Paul. "Definiciones de pobreza: doce grupos de significados" en "Pobreza: un glosario universal". Editorial CLACSO. Buenos Aires, Argentina. 2009.
49. TUÑÓN, Ianina (Coordinadora). "Caracterización de las Familias. Primera encuesta bienal de las familias de la ciudad de Buenos Aires 2017". 1° Edición. Fundación Universidad Católica Argentina. Buenos Aires, Argentina. 2018.
50. UNICEF ARGENTINA. "Estado de la situación de la niñez y la adolescencia en Argentina". Unicef Argentina. Primera Edición. Buenos Aires, Argentina. 2016.
51. UNICEF ARGENTINA. "Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños en la provincia de Buenos Aires. Metodología para su costeo". Disponible en: <https://www.unicef.org/argentina/informes/sistema-de-promocion-y-proteccion-integral-derechos-ninos>
52. UNICEF CHILE. "UNICEF pide aprobar Proyecto de Ley que crea el Sistema de Garantías para la protección integral de niños, niñas y adolescentes". Disponible en:

<https://www.unicef.org/chile/comunicados-prensa/unicef-pide-aprobar-proyecto-de-ley-que-crea-el-sistema-de-garant%C3%ADas-para-la>

53. UNICEF. "Progreso para la infancia. Más allá de los promedios: Lecciones de los ODM". Edición UNICEF. N°11. Nueva York, Estados Unidos. Traducción por Chamalet, Marc y Perellón, Carlos. 2015.
54. UNICEF. "El derecho de los niños y niñas a vivir en familia". Disponible en: <https://www.unicef.es/publicacion/el-derecho-de-los-ninos-y-ninas-vivir-con-su-familia>
55. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina. "La protección internacional de los derechos del niño y la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado". 1º Edición. Instituto Cabañas. Madrid, España. 1999.

Normativa consultada

Derecho Internacional de Derechos Humanos

1. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2010.
2. Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992.
3. Carta Social Europea de 1961.
4. Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.
5. Convención Europea de Derechos Humanos de 1950.
6. Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.
7. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948.
8. Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño de 1924.
9. Declaración de los Derechos del Niño de 1959.
10. Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.
11. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil de 1990.
12. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de 2009.
13. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.
14. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.
15. Protocolo de San Salvador de 1988.
16. Reglamento de Bruselas II bis del Consejo de la Unión Europea de 2003.
17. Resolución 2019/2876 sobre los Derechos de los Niños del Parlamento Europeo de 2019.

Colombia

18. Código de Infancia y Adolescencia de Colombia
19. Código General del Proceso de Colombia.
20. Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana de Colombia.

21. Constitución Política de Colombia
22. Decreto 1137 de 1999 de Colombia.
23. Decreto 2388 de 1979 de Colombia.
24. Decreto 4840 de 2007 de Colombia.
25. Decreto 936 de 2013 de Colombia.
26. Ley 1361 de 2009 de Colombia.
27. Ley 7 de 1979 de Colombia.
28. Resolución 5927 de 2010 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
29. Resolución 6021 de 2010 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Argentina

30. Código Civil y Comercial de la República Argentina
31. Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
32. Constitución de la Provincia de Buenos Aires
33. Constitución Nacional de la República Argentina
34. Decreto 300/05 de Provincia de Buenos Aires.
35. Decreto 415/2006 de la República Argentina
36. Decreto 4315 de Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
37. Ley 114 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
38. Ley 13.298 de la Provincia de Buenos Aires
39. Ley 14.537 de la Provincia de Buenos Aires
40. Ley 15.164 de la Provincia de Buenos Aires.
41. Ley 2.213 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
42. Ley 26.061 de la República Argentina.
43. Resolución N°171-2007 del Ministerio de Desarrollo Humano de la Provincia de Buenos Aires.
44. Resolución N°377-2015 de la Secretaría de Niñez y Adolescencia de la Provincia de Buenos Aires.

Cataluña

45. Código Civil de la Comunidad Autónoma de Cataluña.
46. Constitución de España.
47. Decreto 1/2018 de la Comunidad Autónoma de Cataluña.
48. Decreto 229/2018 de la Comunidad Autónoma de Cataluña.
49. Decreto 286/2016 de la Comunidad Autónoma de Cataluña.
50. Decreto 289/2016 de la Comunidad Autónoma de Cataluña.
51. Estatuto Autónomo de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

52. Ley 1/2008 de España.
53. Ley 12/2007 de la Comunidad Autónoma de Cataluña.
54. Ley 13/1997 de la Comunidad Autónoma de Cataluña.
55. Ley 14/2010 de la Comunidad Autónoma de Cataluña.
56. Ley 24/2009 de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Chile

57. Boletín 10315-18 relativo a la tramitación del futuro Sistema de Garantías y Protección Integral de NNA.

Disponible en https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=10315-18

58. Código Civil de Chile
59. Constitución Política de la República de Chile
60. Decreto 15 de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social y Familia.
61. Decreto 830 de 1990 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile.
62. Decreto 841 de 2005 del Ministerio de Desarrollo Social y Familia.
63. Decreto Ley 2465 de Chile.
64. Ley 16.618 de Chile.
65. Ley 19.947 de Chile.
66. Ley 20.032 de Chile.
67. Ley 20.066 de Chile.
68. Ley 20.530 de Chile.
69. Ley 21.067 de Chile.
70. Ley 21.150 de Chile.
71. Ley 21.302 de Chile.

Jurisprudencia consultada

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia Dudgeón contra Reino Unido. 22 de octubre de 1981.
2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia El Masri contra Ex República Yugoslava de Macedonia. 13 de diciembre de 2012.
3. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia Elsholz v. Alemania. 13 de julio de 2000. Resumen en español otorgado por el TEDH disponible en: << <https://acortar.link/I03KJ>>> [link acortado].
4. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia Eriksson contra Suecia. 12 de abril de 2012.

5. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia Haddad contra España. 18 de junio de 2019.
6. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia K. y T. v. Finlandia. 12 de julio de 2001. Resumen en español otorgado por el TEDH disponible en: << <https://acortar.link/wCsXt>>> [link acortado].
7. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia K.A.B. contra España. 10 de abril de 2012.
8. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia Kutzner v. Alemania. 26 de febrero de 2002. Resumen en español otorgado por el TEDH disponible en: << <https://acortar.link/TnKYO>>> [link acortado].
9. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia Marckx contra Bélgica. 13 de junio de 1979.
10. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia Nada contra Suiza. 12 de diciembre de 2012.
11. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia Olsson contra Suecia. 24 de marzo de 1988.
12. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia Pontes contra Portugal. 10 de diciembre de 2012. [versión disponible en portugués].
13. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia Popov contra Francia. 19 de enero de 2012.
14. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia R.M.S. v. España. 18 de junio de 2013.
15. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia Saleck Bardi contra España. 24 de mayo de 2011.
16. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia Schalk y Kopf contra Austria. 24 de junio de 2010.
17. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia Scozzari y Giunta v. Italia. 13 de julio de 2000. Resumen en español otorgado por el TEDH disponible en: << <https://acortar.link/FeNMt>>> [link acortado].
18. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia Strand Lobben v. Noruega. 10 de septiembre de 2019 [versión disponible en inglés].
19. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia Vallianatos y Otros contra Grecia. 07 de noviembre de 2013.
20. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia W. Contra Reino Unido. 08 de julio de 1987.
21. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia X and Y v. Países Bajos. 26 de marzo de 1985.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

22. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Contreras y otros versus El Salvador. 31 de agosto de 2011.
23. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC 17-02. 19 de agosto de 2014.

24. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Personas dominicanas y haitianas expulsadas versus República Dominicana. 28 de agosto de 2014.
25. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Atala Riffo contra Chile. 24 de febrero de 2012.
26. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Familia Chitay Nech y otros versus Guatemala. 25 de marzo de 2010.
27. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Familia Pacheco Tineo versus Estado Plurinacional de Bolivia. 25 de noviembre de 2013.
28. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Fornerón e hija versus Argentina. 27 de abril de 2012.
29. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Gelman versus Uruguay. 24 de febrero de 2011.
30. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Gudiel Álvarez versus Guatemala. 20 de noviembre de 2012.
31. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Masacre de las Dos Erres versus Guatemala. 24 de noviembre de 2009.
32. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Ramírez Escobar y otros versus Guatemala. 9 de marzo de 2018.
33. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Río Negro versus Guatemala. 4 de septiembre de 2012.
34. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Rochac Hernández y otros versus El Salvador. 14 de octubre de 2014.
35. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Villagrán Morales y otros (Niños de la Calle) versus Guatemala. 19 de noviembre 1999.
36. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Yarce y otras versus Colombia. 22 de noviembre de 2016.

Colombia

37. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-058 de 2018. 6 de junio de 2018.
38. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-241 de 2012. 22 de marzo de 2012.
39. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-616 de 2002. 6 de agosto de 2002
40. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-024 de 2017. 23 de enero de 2017.
41. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-129 de 2015. 27 de marzo de 2015.
42. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-210 de 2019. 20 de mayo de 2019.

43. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-212 de 2014. 1 de abril de 2014.
44. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-278 de 1994. 15 de junio de 1994.
45. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-301 de 2014. 26 de mayo de 2014.
46. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-377 de 2019. 20 de agosto de 2019.
47. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-387 de 2016. 27 de julio de 2016.
48. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-408 de 1995. 12 de septiembre de 1995.
49. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-447 de 1994. 13 de octubre de 1994.
50. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-484 de 2014. 9 de julio de 2014.
51. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-510 de 2003. 19 de junio de 2003.
52. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-557 de 2011. 12 de julio de 2011.
53. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-572 de 2009. 26 de agosto de 2009.
54. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-730 de 2015. 25 de noviembre de 2015.
55. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-767 de 2013. 6 de noviembre de 2013.
56. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-768 de 2013. 6 de noviembre de 2013.
57. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-844 de 2011. 8 de noviembre de 2011.
58. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-851A de 2012. 24 de octubre de 2012.
59. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-887 de 2009. 1 de diciembre de 2009.
60. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-899 de 2010. 12 de noviembre de 2010.

Argentina

61. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Causa C. (A) y Otro. Abrigo. 6 de junio de 2012.
62. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Causa C.114.104. 29 de marzo de 2013.
63. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Causa C. 115.102. 12 de marzo de 2014.
64. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. C.115.227. 15 de marzo de 2012.
65. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Causa 119.047. 15 de julio de 2015
66. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Causa C.120.054. 1 de junio de 2016.
67. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Causa C.120.271. 7 de octubre de 2015.
68. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Causa 120.602. 22 de marzo de 2016.
69. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Causa 121.087. 5 de octubre de 2016.

70. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Causa C. 121.483. 7 de octubre de 2015.
71. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Causa C.121.725. 5 de julio de 2017.
72. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Causa C.122.488. 28 de marzo de 2012.
73. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas de paz y Tributaria de Mendoza. Causa N° 51.682/251.337. 3 de mayo de 2016.

Chile

74. Corte de Apelaciones de Antofagasta. Causa Rol N° 105-2010. 6 de julio de 2010.
75. Corte de Apelaciones de Arica. Causa Rol N° 106-2012. 28 de noviembre de 2012.
76. Corte de Apelaciones de Concepción. Causa Rol N°713-2018 – 28 de diciembre de 2018.
77. Corte de Apelaciones de Copiapó. Causa Rol N°35-2019. 25 de junio de 2019.
78. Corte de Apelaciones de Coyhaique. Causa Rol N°11-2011. 17 de junio de 2011.
79. Corte de Apelaciones de Coyhaique. Causa Rol N°5323-2010. 14 de febrero de 2013.
80. Corte de Apelaciones de La Serena. Causa Rol N°201-2010. 9 de noviembre de 2010.
81. Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Causa Rol N°41-2010. 20 de mayo de 2010.
82. Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Causa Rol N°46-2011. 18 de junio de 2011.
83. Corte de Apelaciones de Temuco. Causa Rol N°1353-2017. 5 de junio de 2017.
84. Corte de Apelaciones de Valdivia. Causa Rol N°72-2011. 2 de mayo de 2011.
85. Corte de Apelaciones de Valparaíso. Causa Rol N°815-2010. 29 de noviembre de 2010.
86. Corte Suprema de Justicia de Chile. Causa Rol N°41.135-19. 21 de octubre de 2020.
87. Corte Suprema de Justicia de Chile. Causa Rol N°2522-2013. 12 de junio de 2013.
88. Corte Suprema de Justicia de Chile. Causa Rol N°30.509-2020. 6 de octubre de 2020.
89. Corte Suprema de Justicia de Chile. Causa Rol N°3784–2009. 10 de septiembre de 2009.
90. Corte Suprema de Justicia de Chile. Causa Rol N°5323-2010. 9 de septiembre de 2010.
91. Corte Suprema de Justicia de Chile. Causa Rol N°5329-2010. 4 de octubre de 2010.
92. Segundo Juzgado de Familia de Santiago de Chile. Causa Rol C-10028-2019. 08 de junio de 2020.

Sitios web consultados

1. Asociación Civil por la igualdad y la justicia (Argentina). <https://acij.org.ar/>
2. Cámara de Diputados (Chile). https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/proyectos_ley.aspx
3. CIPER (Chile). <https://www.ciperchile.cl/>
4. Corte Constitucional (Colombia). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>
5. Corte Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.corteidh.or.cr/>

6. Ministerio de Desarrollo Social y Familia (Chile). <https://www.desarrollosocialyfamilia.gob.cl/>
7. Noticias Jurídicas. Legislación Española. (Cataluña) https://noticias.juridicas.com/base_datos/
8. Real Academia de la Lengua Española. <https://dle.rae.es/>
9. Servicio Nacional de Menores (Chile) <https://www.sename.cl/web/>
10. Sistema de información normativa y documental Malvinas Argentinas (Argentina) <https://normas.gba.gob.ar/>
11. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (Argentina). <https://www.scba.gov.ar/>
12. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/spa&c>
13. UNICEF (Argentina). <https://www.unicef.org/argentina/>
14. UNICEF (Chile). <https://www.unicef.org/chile/>