International Social Service
Service Social International
Servicio Social Internacional
General Secretariat • Secrétariat général • Secretariado General

Centro Internacional de Referencia para los Derechos del Niño Privado de Familia (SSI/CIR)

Boletín Mensual Nº 10/2009
Octubre 2009

EDITORIAL

Separación decidida por el Estado: retirar la patria potestad, ¿en el interés de quien?

Cuando el Estado pone fin a la patria potestad, son numerosos los intereses que entran en juego de los cuales algunos no son fácilmente conciliables y pueden tener una importancia particular en el procedimiento de adopción.

A primera vista, cuando se separa a los niños de sus padres debido a un conflicto, a una catástrofe natural, a una migración etc., parece normal e incluso favorable que el Estado se comprometa activamente a reunir a las familias. Sin embargo, cuando es el Estado la causa de la separación del niño de su familia a través de las autoridades de protección social, la justificación de su implicación es menos clara.

En el artículo 16 (3) de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH), se menciona que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". A pesar de esta posición privilegiada, el entorno familiar puede no funcionar correctamente e incluso influir en detrimento del niño, una situación que está prevista en el artículo 9 (1) de la Convención de los Derechos del Niño según la cual los niños pueden ser separados de sus padres por su propio interés. La Convención precisa que tal decisión puede resultar necesaria para el niño 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".

Enfoques de la separación decidida por el Estado

Los estándares internacionales relativos a la separación que resulta de medidas adoptadas por el Estado (mencionados anteriormente) están a menudo presentes en el marco legal de los países pero no de la misma forma y a veces de manera inadecuada. Esta cuestión se refiere a uno de los elementos más importantes de la sociedad - la familia - y las respuestas de los Estados están muy influenciadas por su concepción social de la familia. Para algunos, los vínculos biológicos deberían cortarse en cuanto fuese necesario con el fin de dar al niño la oportunidad de construirse una "nueva" vida. Para otros, la filiación es el fundamento-mismo de la sociedad y sólo debería romperse en casos excepcionales.

En ciertos países, la ley permite la separación del niño de sus padres y da al tribunal la prerrogativa de decisión de romper los vínculos definitivamente. Sin embargo, en la práctica, puede suceder que un juez solo no se atreva a tomar una decisión de tal importancia, a veces en detrimento del niño. Así pues, para evitar tal situación, es necesario velar por que la decisión judicial esté basada en una evaluación previamente efectuada por los servicios sociales ante el tribunal. De esta manera, los servicios sociales ayudan al tribunal a determinar cuando es necesario romper los vínculos, basándose en criterios objetivos.

En la práctica, son numerosas las situaciones en las que el poder judicial se muestra reticente a romper los vínculos definitivamente. Por lo tanto, el niño puede ser colocado bajo la protección del Estado, generalmente por medio de un acogimiento familiar o institucional, esperando que un día se le pueda volver a integrar en su familia de origen. Sin embargo, en numerosos países, la realidad es que millares de niños son dejados bajo la protección del Estado sin tener un proyecto de vida permanente mientras que podrían ser

adoptables si el vínculo de filiación con su familia biológica se hubiera roto (véase el boletín mensual 3-4/2009). Con el fin de evitar esta situación incierta, algunos países como Australia (véase página 7), Québec (véase el boletín mensual 6/2009), Dinamarca, Reino Unido y Estados Unidos han introducido leyes que establecen un plazo de tiempo preciso al término del cual los tribunales deben tomar la decisión de romper los vínculos. Las leyes de estos países piden que se trabaje para lograr volver a integrar al niño en su familia de origen y que al cabo de un determinado tiempo (generalmente entre 6 meses y 2 años) el tribunal tome la decisión, si tal es el interés superior del niño, de romper o no los vínculos de este último con su familia biológica. Así pues, el tiempo se convierte en un elemento central en la decisión, aportando una solución al dilema.

Debates sobre la necesidad o no de romper los vínculos definitivamente

La decisión del tribunal puede basarse en distintos criterios, los cuales permanecen una fuente de debate entre las partes involucradas en este ámbito. Al origen de estos debates se encuentra la cuestión fundamental del papel del Estado en los asuntos familiares privados.

Con el objetivo de definir los límites de la injerencia del Estado, existen leyes estrictas para proteger la esfera privada de una injerencia inútil (artículo 12 de la DUDH y artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos). Estas leyes son absolutamente necesarias dado que algunas acciones del Estado pueden tener efectos desastrosos. Por ejemplo, en el caso Wallová y Walla c. la República Checa tratado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se hablaba de una grave y exagerada injerencia del Gobierno. En ese caso, los niños habían sido retirados de su familia y colocados en institución debido a la falta de estabilidad de los padres en materia de recursos, de vivienda y de empleo. El TEDH indicó que el Estado había faltado a sus deberes de apoyo a la familia; en efecto, no había pruebas de que las autoridades se hubiesen esforzado mucho para ayudar a los padres a superar sus dificultades y a recuperar a sus hijos cuanto antes. Queda claro que el Estado tiene deberes de prevención de la separación (véase Parte IV de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños) antes de tomar la decisión crucial de poner fin a la patria potestad.

Problemas vinculados al hecho de que el Estado ponga fin definitivamente a los vínculos familiares

En el ámbito de la injerencia no necesaria del Estado, han aparecido problemas concretos y que conciernen, particularmente, a la creación de huérfanos legales. Idealmente, el objetivo de las disposiciones legales que ponen fin a la patria potestad es el de facilitar la creación de un nuevo vínculo con una familia adoptiva. Sin embargo, la realidad es que algunos tribunales ponen fin a la patria potestad sin haber encontrado una solución familiar permanente para el niño y lo ponen pues en una situación incierta, haciendo de él un “huérfano legal”.

Además, es esencial entender bien lo que la ruptura de los vínculos parentales representa para el niño; en efecto, hay situaciones, como las de los niños de más edad, en las que los niños no están de acuerdo con que se rompan los vínculos de filiación. En esos casos, se debe resolver la cuestión de saber en el interés de quien se retira la responsabilidad parental. En los raros casos donde, a pesar de la oposición del niño, la ruptura de los vínculos es en su interés superior, es importante prever opciones como la adopción abierta o acuerdos de contacto post adopción.

Equilibrar los intereses en juego

Al Estado le interesa velar por que los niños no permanezcan indefinidamente en familia de acogida o en institución hasta su mayoría de edad. Hay estudios que ponen de manifiesto que los niños que se encuentran en esta situación tienen muchas posibilidades de convertirse en personas sin hogar, desempleadas, las chicas de quedarse embarazadas muy pronto, o delincuentes. Al mismo tiempo, las familias, como unidad fundamental de la sociedad, tienen interés en hacerse cargo de sus propios hijos y deberían recibir ayudas para lograrlo. No obstante, el interés que debe prevalecer es el del niño. Dadas las importantes consecuencias de la ruptura de la patria potestad, sobre todo para el niño, el SSI/CIR destaca la importancia de considerar el interés superior del niño como objetivo prioritario. En ese contexto, es imperativo tener en cuenta la opinión del niño en la toma de este tipo de decisión y prever, si fuera necesario, la manera de permitir a los niños guardar contacto con su familia biológica.

Es necesario recordar este debate durante las discusiones sobre la adopción internacional. Según los estándares internacionales, cuando los niños son declarados adoptables a raíz de la disolución de los derechos parentales, es importante preguntarse si la decisión era necesaria o no y en el interés de quién se tomó.

El equipo del SSI/CIR
Octubre 2009