



Boletín Mensual

Publicado por el Centro Internacional de Referencia para los
Derechos del Niño Privado de Familia- SSI

« Los niños y niñas solo tienen una oportunidad para crecer, y cada día es importante para asegurarles un futuro saludable.»

Marie Jenny, Coordinadora del proyecto global "Un futuro mejor es posible" en el Secretariado General del SSI

No. 233
JULIO 2019

EDITORIAL

El "derecho" a la protección de la familia: ¿implicaciones para los niños privados del cuidado parental?

Actualmente abunda el debate en torno a la afirmación de que existe un "derecho" a la familia o a vivir en un entorno familiar, en contraposición con el derecho plenamente aceptado a la protección de la vida familiar. Sin embargo, se presta poca atención a las consecuencias de esta afirmación para los derechos del niño en su conjunto, y en particular para los niños privados del cuidado parental. Aunque se dedica mucho tiempo a estos debates, es importante que los derechos individuales de cada niño sigan siendo la prioridad.

¿Derecho a la protección de la vida familiar para todos?

El derecho internacional y disposiciones regionales¹ establecen claramente la protección de la vida familiar como un derecho consagrado en el contexto de las injerencias injustificadas del Estado en asuntos privados. Por ejemplo, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece las obligaciones de los Estados Partes de proporcionar protección a la familia y a la vida familiar. Además, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos protege a las personas contra las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio, etc. Más recientemente, el artículo 23(3) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que los niños con discapacidad tienen los mismos derechos con respecto a la vida en familia, en particular prevenir su ocultación, abandono, la negligencia y la segregación. Además del artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Comité de los Derechos del Niño y el Comité sobre los Trabajadores Migratorios también reconocen este derecho a la protección de la vida familiar de los niños en tránsito, que debe ser respetado con independencia de su situación de residencia o

nacionalidad². En su presentación en el Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño sobre este mismo tema, UNICEF señaló que "la protección de la vida familiar presupone una serie de obligaciones positivas y negativas por parte de los Estados Partes. Las obligaciones positivas requieren medidas específicas y afirmativas dirigidas a garantizar y promover el derecho a la vida familiar. Las obligaciones negativas exigen que los Estados Partes se abstengan de realizar actos y tomar decisiones que debiliten o infrinjan directamente este derecho. En el contexto de la migración, la abstención requiere que los Estados Partes se abstengan de realizar acciones que violen los derechos de la CDN, incluyendo las decisiones que separan a las familias" (véase pág.9). Si bien los Estados tienen obligaciones positivas y negativas en cuanto a la defensa de este derecho establecido, su aplicación para los niños privados del cuidado parental es objeto de un debate en curso.

¿Derecho a la protección de la vida familiar para los niños en peligro de encontrarse privados del cuidado parental?

En el caso de los niños en peligro de encontrarse privados del cuidado parental, el derecho establecido a la protección de la familia ofrece

salvaguardias contra una separación inadecuada de sus familias debida, entre otras cosas, a cuestiones relacionadas con la exclusión social, el estigma y la discriminación. Como una especie de advertencia contra posibles interferencias injustificadas, las Directrices de las Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños (Directrices) enumeran las áreas en las que el Estado ha demostrado ser particularmente crítico con los padres cuyas capacidades pueden estar limitadas por factores como la discapacidad o el uso indebido de drogas y alcohol, así como las acciones discriminatorias contra las familias de origen indígena o minoritario. Las Directrices, en particular el párrafo 9, responden a esta situación instando a los Estados a que adopten medidas apropiadas y con sensibilidad cultural como parte de las iniciativas para evitar la separación de los niños de sus padres.

Del mismo modo, puede haber una injerencia indebida del Estado en la vida familiar cuando se produce una separación injustificada de hermanos. Una vez más, las Directrices de las Naciones Unidas, en particular en el párrafo 17, responden a esta situación alentando a los Estados a no separar a los hermanos a menos que exista un riesgo evidente de abuso u otra justificación que responda al interés superior del niño. En este sentido, las Directrices de las Naciones Unidas establecen que "habría que hacer todo lo posible para que los hermanos puedan mantener el contacto entre sí, a no ser que ello fuera contrario a sus deseos o intereses" (véase boletín n°229 de febrero de 2019).

Los Estados también tienen la obligación de evitar la separación permanente innecesaria de los niños y sus familias mediante la promoción de medidas de reintegración, siempre que sea sin riesgo y se disponga de recursos suficientes para satisfacer las necesidades del niño y de su familia. Es difícil para el Estado determinar cuándo es seguro y conforme con el interés superior del niño permanecer o no con su familia.

¿Derecho a la protección de la vida familiar para los niños privados del cuidado parental?

Es necesario encontrar un equilibrio entre la protección de la vida familiar contra las injerencias indebidas del Estado, que den lugar a una separación innecesaria y las circunstancias en las

cuales podría producirse una injerencia justificada del Estado que lleva a una necesaria separación. Suponiendo que el Estado haya decidido acertadamente que es necesario adoptar modalidades alternativas de acogimiento, ¿cuáles son las consecuencias para el derecho a la protección de la vida familiar de esos niños? ¿Cuáles son las obligaciones positivas de los Estados? Si el acogimiento del niño es ejercido en un ambiente familiar, esta nueva familia también debería contar con protección contra injerencias indebidas del Estado.

Sin embargo, ¿resulta razonable basarse en el derecho establecido a la protección de la vida familiar —relacionado con la protección contra la injerencia indebida del Estado— para afirmar que existe una obligación positiva de proporcionar una familia a los niños privados del cuidado parental? ¿Acaso el Estado no está más bien obligado a garantizar la adopción de modalidades adecuadas de cuidado basadas tanto en la familia como en la comunidad? (véase pág.11) Podría decirse que, como se establece en el artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño, si bien no existe la obligación de proporcionar una familia "alternativa" a todos los niños —como pretenden algunos—, deberían arbitrarse todas las medidas posibles para que se adopten modalidades de acogimiento, por familiares o en entornos familiares, adecuadas. Esto se corresponde plenamente con la disposición pertinente del artículo 23.5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad según la cual "[l]os Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, para proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar".

Para el caso de que las medidas no logren su cometido, ¿no debería haber otras opciones disponibles? Parece razonable argumentar que los derechos de los niños privados del cuidado parental están más estrechamente vinculados a la obligación del Estado de proporcionar modalidades idóneas de cuidado alternativo adecuado que ofrezca un panorama de opciones que respondan a los intereses de cada niño. Cabe señalar el párrafo 21 de las Directrices de las Naciones Unidas que menciona que "el recurso al acogimiento residencial debería limitarse a los

casos en que ese entorno fuera específicamente apropiado, necesario y constructivo para el niño interesado y redundase en favor de su interés superior”. Al insistir únicamente en el acogimiento en familia como la única solución para los niños privados del cuidado parental, se da por supuesto —peligrosamente— que estas soluciones responderán a las necesidades, características, la situación y los deseos de cada niño. ¿Qué lugar tiene la propia voz del niño en la determinación de

formas de acogida idóneas en casos en los que, por ejemplo, el niño no desea vivir en un entorno familiar? ¿No sería contraproducente imponer, por ejemplo, formas de acogida en un entorno familiar a los niños, en particular a los que han experimentado fracasos repetidos de colocación en familias de acogida, o a los niños mayores en tránsito que están acostumbrados a vivir independientemente?

El SSI/CIR espera que el Día de Debate General de 2020 celebrado por el Comité de los Derechos del Niño sobre acogimiento alternativo proporcione, si no antes, nuevas aclaraciones sobre los debates en curso a fin de reivindicar el derecho de los niños a recibir un cuidado adecuado cuando se encuentran privados de sus familias. El SSI/CIR también señala la particular utilidad de las Directrices de las Naciones Unidas, diez años después de su aceptación en la Asamblea General de las Naciones Unidas, para ayudar a defender el derecho establecido a la protección de la vida familiar. El SSI/CIR está plenamente de acuerdo con los puntos más importantes de las Directrices, las cuales dan prioridad a la protección de la familia, mientras destacan la necesidad de responder a las necesidades individuales de cada niño y de disponer de opciones de acogimiento idóneas y variadas.

El equipo del SSI/CIR,
Julio de 2019

Referencias:

¹ Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño: artículo 10: Protección de la intimidad, artículo 11 (2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

² Family life (artículos 14, 17 y 44 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; artículos 9, 10, 11, 16, 18, 19, 20 y 27 (4) de la Convención sobre los Derechos del Niño), al párrafo 27 de la [Observación general conjunta núm.4 \(2017\)](#): “El derecho a la protección de la vida familiar está reconocido en instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, como la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Por lo tanto, este derecho debe ser plenamente respetado, protegido y ejercido en relación con todos los niños sin ningún tipo de discriminación e independientemente de su situación de residencia o nacionalidad.”

