Universidad Nacional de Entre Ríos

Facultad de Trabajo Social

Carrera de Especialización en Políticas Públicas de Niñez, Adolescencia y Familia. Resolución "C.S.320/11, 324/12.

Sede: Cuyo

Tutora: Licenciada Vanina Ferrari.

Título:

"Procesos de adopción: de tiempos e identidades"

Autora:

Licenciada en Trabajo Social,

Gabriela Ruiz Castro

Directora:

Dra. Marianela Ripa. Abogada.

-Mendoza, Junio de 2017.-

Resumen

En el presente trabajo se pretende poner de manifiesto que las dilaciones en la declaración de la situación de adoptabilidad de niños y niñas sin cuidados parentales, albergados en sistemas de hogares convivenciales de la Casa Cuna de Mendoza, provoca demoras innecesarias en la consecunción del derecho a la identidad, en tanto involucra el derecho a tener vinculos filiales y a tener una familia que sea soporte identitario para un desarrollo emocional adecuado.

Estas demoras judiciales atentan contra los derechos de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales y para quienes se definió que no pueden ser criados por su familia de origen. Pone en riesgo sus procesos de desarrollo emocional, como así tambien, atenta contra el espíritu del nuevo Codigo Civil en materia de adopciones, colocando al Estado como actor que vulnera los derechos reconocidos para la niñez.

Todo el análisis y lectura de la problemática tienen como encuadre teórico e ideológico los aportes del enfoque de derechos o Doctrina de la Protección Integral para el tratamiento de la niñez y adolescencia y su consecuente arribo en materia de adopciones.

Índice

"Procesos de adopción: de tiempos e identidades"

Introducción 4
Capítulo 1- Marco Teórico

1. Enfoque de derechos, un cambio de paradigma……..... 6
2. Impacto del Enfoque de Derechos en la Adopción……... 14

Capítulo 2- Atención de Niñas y Niños Sin Cuidados Parentales

1. Concepto, la protección a la familia de origen…….… 16
2. Procedimiento para la atención de NNA sin cuidados parentales:el sistema mixto……..… 17

Capítulo 3
Descubrimientos en la práctica……..... 19
De los plazos para definir……..... 23
Otros hallazgos: De los tiempos judiciales……...… 24
De los tiempos de internación……. 25
De las edades de los niños y niñas…… 29
Del contacto con la familia de origen……. 30

Capítulo 4
Del derecho a la Identidad y desarrollo emocional de Niños y niñas……

1. El Derecho a la Identidad……. 32
2. El desarrollo Emocional de niños y niñas…….. 33

Capítulo 5
Analizando datos: Causas y consecuencias de la dilación en el procedimiento de adopción……. 35
Síntesis y Conclusiones…….. 41
Anexo 1…….. 43
Bibliografía…….….. 45

Introducción

Previo a iniciar es importante señalar que el enfoque inicial del presente trabajo fue planteado en relación a la adopción y el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales, teniendo en cuenta las dificultades de su integración a familias adoptivas por presentar algunas condiciones, tales como de salud, pertenencia a grupo de hermanos, edades, vínculos con la familia de origen, entre otros-, que obstaculizan el inicio de un proceso de inclusión familiar respetuosa del derecho a la identidad.

El planteo del problema para el trabajo de integración final fue anterior no sólo a la sanción del Código Civil y Comercial, sino también a la participación de quién suscribe como Coordinadora técnica del Equipo de Casa Cuna de la Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia de Mendoza.

Por su parte, el Código Civil y Comercial vino a reparar múltiples cuestiones en relación a la adopción y el derecho a la identidad, por lo cual, el planteo devino no en abstracto, pero sí encontró muchas respuestas en la nueva normativa.

Por otro lado, la experiencia de trabajo en Casa Cuna hizo emerger una problemática interesante de analizar, como lo son las dilaciones o demoras en los procesos de resolución jurídica de la situación de adoptabilidad de niños y niñas sin cuidados parentales.

Si bien existen dilaciones también por parte del organismo administrativo para definir la situación familiar y jurídica de un niño o niña, se analizarán en el presente trabajo las vinculadas a la instancia judicial.

Por ello, y dadas las consecuencias negativas que estas demoras provocan en la vida de niños y niñas tan pequeños, es que se optó por la investigación y análisis de estas demoras.

El presente trabajo se focaliza, entonces, en describir la situación de los niños y niñas con medidas de excepción vigentes, internados en Casa Cuna y que se encuentran a la espera de definiciones jurídicas respecto de su situación de adoptabilidad a los fines de ser integrados en una familia adoptiva que le provea los soportes afectivos y materiales necesarios para su adecuado desarrollo emocional y construcción de procesos identificatorios.

Se toma como marco teórico conceptual el Enfoque de Derechos o Paradigma de la Protección Integral, del cual se realiza un breve desarrollo. Se describen además, algunas características del Modelo de la Situación Irregular en tanto marcó una modalidad de tratamiento a la infancia en la Región durante casi un siglo.

Por otro lado, se desarrolla brevemente el impacto del Enfoque de Derechos en el instituto de la adopción, sobre todo a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial y el modo en que éste viene a reparar algunas materias pendientes sobre todo en cuanto al derecho a la

identidad, como también respecto de quiénes son los sujetos protegidos por la norma.

Luego, se expone, por un lado, el marco teórico conceptual y jurídico vinculado a las medidas excepcionales de niños y niños sin cuidados parentales. Haciendo alusión a las medidas de apoyo, fortalecimiento y protección de la familia de origen del niño o niña. Por otro lado, se hace referencia al sistema mixto vigente en la Provincia de Mendoza que establece funciones y competencias para el organismo administrativo y judicial.

Posteriormente, se inicia con la exploración y exposición de datos de la realidad de niños y niñas de tempranas edades que en la actualidad se constituyen como población estable de Casa Cuna. Se analizan distintas variables de tiempo de los organismos intervinientes como así también los tiempos de espera de estos niños para egresar en forma definitiva de Casa Cuna con su familia adoptiva. Se analizan además las edades y el contacto que estos pequeños mantienen con sus padres o miembros adultos de su familia de origen.

En el capítulo 4 se analiza el derecho a la identidad, tomando algunos conceptos de la Dra. Marisa Herrera y Aida Kemelmajer entre otras. Asimismo se abordan aspectos que favorecen el desarrollo emocional del niño de 0 a 3 años de edad en relación al derecho a la identidad y a tener una familia.

Finalmente en el capítulo siguiente se intenta establecer relaciones de causalidad y las posibles consecuencias que los datos de los niños internados en Casa Cuna han arrojado.

Capítulo 1

Marco teórico

1. Enfoque de derechos, un cambio de paradigma

Es importante comenzar haciendo un recuento breve de se ha llegado hoy a la institución de la adopción con los principios y conceptos que plantea el nuevo Código Civil y Comercial[1] en la actualidad, instrumento que logra adecuarse al espíritu y principios del enfoque de derechos en materia de adopción.

Este instrumento jurídico viene a establecer nuevos modos de entender a la adopción, y que si bien abordaremos específicamente más adelante, es importante reconocer la gran influencia que ha recibido en materia de familia y de niñez, de lo se conoce como ***Doctrina de la Protección Integral***.

La Doctrina de la Protección integral, o enfoque de derechos, tiene su marco en un conjunto de Tratados y Declaraciones Internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional en el año 1994 en su artículo 75, inc. 22 al que se denomina "Bloque constitucional de Derechos"

Vale mencionar que hasta la Declaración de los Derechos del Niño, el tratamiento a la niñez o la "minoridad", se fundó en una concepción de corte paternalista-estatal y tutelar focalizado en la infancia carenciada, pobre, "abandonada o en peligro material o moral", dando lugar a lo que se constituyó y denominó la "doctrina de la Situación irregular".

Esta doctrina parte de la idea de "menor" el cual aparece como alguien indefenso, `incapaz` de pensar y decidir por sí mismo y a quien, entonces, resulta preciso proteger y cuidar.

Esto respondía a un contexto histórico y cultural propio de la época en la cual la organización familiar se traducía en una estructura jerárquica y disciplinada donde "los padres –los "mayores"- ejercían una potestad arbitraria sobre las actividades y conductas de sus hijos". (FAMA, Maria Victoria y HERRERA, Marisa, 2005)

La doctrina de la situación irregular muestra criterios criminológicos propios del positivismo de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX que justificaban la intervención coactiva del estado con miras a su tratamiento, resocialización y protección. Esta intervención estatal se

[1] El **Código Civil y Comercial de la Nación** "es el cuerpo legal que reúne, desde 2015, las bases del ordenamiento jurídico en materia civil y comercial en la Argentina. Fue redactado por una comisión de juristas designada por decreto 191/2011. El texto final fue aprobado por el Congreso de la Nación el 1 de octubre de 2014, mediante la ley n.° 26 994, promulgada el 7 de octubre de 2014 y publicada en el Boletín Oficial el 8 de octubre del mismo año. El Código Civil y Comercial entraría en vigencia el 1° de enero de 2016, pero su vigencia se adelantó por medio de la ley n.° 27 077 (publicada en el B. O. el 19.12.2014) para el 1.° de agosto de 2015. El nuevo Código Civil reemplazo al Código Civil de 1869, redactado por Dalmasio Vélez Sarsfield, y al Código de Comercio de 1862, redactado por Eduardo Acevedo y Vélez Sarsfield". (Wikipedia, fecha de consulta 19/02/2017).

daba frente a una particular situación del ´menor´ (abandono o peligro material o moral) o por la infracción de la ley penal (peligrosos).

Es a partir de esta situación ´irregular´ del niño donde se inicia un proceso tutelar, dirigido por un juez con facultades prácticamente omnímodas (que lo abraza y comprende todo), que como buen padre de familia disponía medidas coactivas de internación por tiempo indeterminado, negando principios, derechos y garantías del debido proceso reconocidos constitucionalmente a los adultos.

El eje central de este sistema - cuya máxima expresión en nuestro país fue la ley 10.903 de Patronato del Estado[2] o Ley Agote de 1919, es la disposición del "menor" como "objeto" de tutela del estado a través del Poder Judicial.

Se debe recordar que otrora, todo lo relativo a la niñez operaba unificado en los juzgados de minoridad donde el juez de menores concentraba competencias tutelares y penales, y que en lugar de ser de naturaleza jurisdiccional (administración de justicia), cumplía funciones omnímodas, más relacionadas con la ejecución de políticas públicas. Quedaba, según Mary Beloff queda "definitivamente confundido todo lo relacionados con los niños a quienes se imputaba haber cometido un delito con cuestiones relacionadas con las políticas públicas y de asistencia directa, en lo que se conoce como secuestro y judicialización de los problemas sociales". (BELOFF, 2004)

Recién a partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), aprobada el 20/11/1989, es que se marcó un hito en el reconocimiento de los derechos humanos de la niñez, inaugurando así una nueva relación entre el derecho y los niños, y fundamentalmente una nueva relación entre el Estado, la familia y la niñez, relación que se conoce como modelo o paradigma de la "protección integral de derechos".

Una de las características principales de este nuevo modelo, y que indudablemente lo muestra como un quiebre de paradigma en la historia jurídica de la niñez es la ***concepción del niño como sujeto,*** titular de los mismos derechos fundamentales de los que resultan titulares los adultos, más un "plus" de derechos específicos justificados por su condición de persona en desarrollo.

Queda así atrás la concepción paternalista propia de la doctrina de la "situación irregular" que partía de la incapacidad jurídica de los "menores" y por eso objetos de protección y de representación por parte de sus progenitores –o demás representantes legales- y el Estado (postura adultocéntrica).

Por su parte, la Doctrina de la Protección Integral abarca, como su nombre lo indica, todas las dimensiones de la vida y desarrollo de los niños, no sólo lo relativo a sus carencias o problemáticas, "recuperando

[2]Cuyo paradigma se repite en la ley nacional 22.278 sobre "Régimen Penal de la Minoridad".

así, la universalidad de la categoría de la infancia, antes fragmentada por las leyes de menores" (FAMA, Maria Victoria y HERRERA, Marisa, 2005).

De este modo, puede decirse que la CDN propicia "una forma emancipatoria y constructora de ciudadanía para todos, mediante el reconocimiento de todo niño -en tanto persona- como sujeto social de derechos en un contexto democrático que facilita su interacción en la familia y en la sociedad". (FAMA, Maria Victoria y HERRERA, Marisa, 2005, pág. 2)

Por otra parte en la nueva doctrina el niño no queda definido por sus necesidades o carencias, por lo que les falta para ser adultos o lo que impide su desarrollo. Por el contrario, el niño es considerado y definido según sus atributos y sus derechos ante el estado, la sociedad y la familia.

La CDN plantea entonces, una nueva relación entre el niño y el mundo adulto (estado-familia) garantizando en la relación paterno filial una ***función formativa*** y no como efecto de una acción unilateral en la cual el niño asume un lugar de sumisión como objeto de representación y control ilimitados por parte de sus padres.

En la misma línea, el reconocimiento del niño como sujeto de derechos implica, también, que su relación con el Estado debe tener limitaciones a las funciones de éste como así también una serie de obligaciones a asumir para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos allí reconocidos.

Cillero Bruñol en su texto "Infancia, autonomía y Derechos" señala algunos ejes centrales de este instrumento jurídico, que a la vez nos sirven como ejes orientativos para interpretar el espíritu de la nueva doctrina nacida, fundamentalmente a partir de la CDN.

- ***Carácter integral e interdependiente***: es decir que abarca todas las dimensiones de la vida y desarrollo de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA), entendiendo que todos los derechos reconocidos son inseparables e interdependientes, exigiendo la satisfacción conjunta de ellos para su pleno desarrollo.
- ***El niño sujeto de derechos. Principio de Autonomía Progresiva:*** la nueva concepción se basa en el reconocimiento expreso del niño como ***sujeto de derecho***, considerado y definido según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la familia y la sociedad, en oposición a la idea predominante de niño definido a partir de su incapacidad jurídica.

Ser niño no es ser "menos adulto", la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. Tampoco la infancia es conceptualizada como una fase de la vida definida a partir de las ideas de dependencia o subordinación a los padres u otros adultos, sino como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica.

En la concepción del niño como sujeto de derecho subyace, primeramente, la idea de *igualdad jurídica*, en el sentido que todas las personas son destinatarias de las normas jurídicas y tienen capacidad de ser titulares de derechos.

- De este concepto de igualdad jurídica se desprende el principio de ***Autonomía progresiva*** en contraposición con la construcción jurídica tradicional de las niñas y los niños como personas dependientes de sujetos adultos, en particular, de los padres.

La CDN dispone que el ejercicio de los derechos del niño sea progresivo en virtud de "la evolución de sus facultades", y que a los padres o demás responsables en su caso, les corresponde impartir "orientación y dirección apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención". Al Estado, por su parte, le corresponde "respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres" o de quien corresponda, asumiendo el principio de no injerencia arbitraria del Estado en la vida familiar (art 16, CDN).

Esta disposición relativa a la autonomía progresiva del niño en el ejercicio de los derechos, constituye uno de los principios que estructuran el sistema de derechos reconocidos por la Convención. Por ello, la promoción y respeto de la dicha autonomía en el ejercicio de sus derechos, se convierte en uno de los intereses jurídicos que deben ser protegidos, derivándose de ello, las funciones parentales de orientación y dirección y los subsidiarios poderes del Estado.

- ***Paso de la necesidad al derecho:*** derivado también del cambio en el concepto de niño, cambia aquí la relación entre el Estado, los adultos y el niño, que como se mencionara anteriormente ya es considerado como mero receptor o beneficiario de la asistencia social, sino como actor frente al Estado y la sociedad.

Por otro lado, Cillero Bruñol en el mismo texto, destaca cinco principios que estructuran y atraviesan la CDN, en tanto garantizan otros derechos y permiten resolver conflictos cuando hay colisión entre derechos igualmente reconocidos.

Estos principios son el interés superior del niño, la no discriminación, efectividad, autonomía progresiva y participación.

Analizado el principio de autonomía progresiva, se desarrollará más exhaustivamente los principios del ***Interés superior del niño***, y ***Participación*** (específicamente el derecho a ser oído) dado que se considera que ambos son ejes fundamentales en la comprensión y en la construcción de este modelo de la protección integral de la infancia y su impacto en el sistema actual de adopción.

- Respecto del ***El Interés superior del niño (ISN)***

En su artículo 3 la CDN postula que *“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 a la que se atenderá será el interés superior del niño; el Estado a fin de proteger al niño y brindarle cuidados adecuados*…."con este fin tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.*

Por su parte la ***Ley 26.061*** define este principio como "*la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley".*

Si bien los derechos del NNA deben interpretarse sistemáticamente y debe, como dice la norma tenderse a la "*máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley"*, se debe reconocer también que frente a algunas situaciones, algunos derechos deberán restringirse para proteger uno de mayor jerarquía.

Así como lo expresa Diego Freedman, algunos derechos como ser "el derecho a la vida, a la nacionalidad, identidad, nivel de vida adecuado, libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a realizar actividades propias de su edad, y las garantías propias del derecho penal y del proceso penal" constituyen el *núcleo duro* de derechos", para los cuales no se contempla limitación alguna. (FREEDMAN, 2006, pág. 3)

Otrora, este principio dio a las autoridades cierto grado de discrecionalidad en la interpretación y aplicación de disposiciones normativas, al margen de los derechos reconocidos y justificando en tal principio, la separación del niño de su familia con la misma discrecionalidad que imperaba durante la vigencia del sistema tutelar (paternalismo jurídico justificado).

La Ley 26.061 avanza por sobre la CDN, en este sentido, delimitando tanto, la interpretación y aplicación del principio del ISN, al brindar no sólo un concepto sino también, en sus incisos, pautas de interpretación en caso de conflicto de derechos, es decir cuando un derecho debe ser limitado en aras a dar garantía a otro.

Asimismo, y como señalan Marisol Burgués y Gabriel Lerner, la reglamentación del artículo 39 de la Ley 26061 (Decreto Reglamentario 415/06) "delimita cuándo resulta procedente la medida excepcional en función del interés superior del niño. En tal sentido, se prescribe 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 de la NNA y/o cuando el mismo fuere víctima de abuso o maltrato por parte de sus padres o convivientes y no resultares posible o procedente la exclusión del hogar de aquella persona que causare el daño´*. (BURGUÉS, Marisol, LERNER, Gabriel, 2006)

Por esta vía, se procura reducir los márgenes de discrecionalidad y ambigüedad en la aplicación del interés superior del niño, equiparándola a aquellas situaciones graves de violencia, abuso o maltrato, es decir que

atenten contra la integridad psicofísica de NNA." (BURGUÉS, Marisol, LERNER, Gabriel, 2006).

Se desprende de aquí entonces, la jerarquía que adquiere el derecho a la integridad psicofísica por sobre el derecho a convivir con la familia.

De lo analizado y retomando a Diego Freedman, podemos establecer entonces que este principio cumple dos funciones normativas, a saber:

1. ***Ser principio jurídico garantista*** (art. 3 de la CDN): ya que "implicaría la obligación del Estado de asegurar el ejercicio efectivo de los derechos. Esto involucra también un deber de privilegio de los derechos fundamentales de los niños en el diseño e implementación de las políticas públicas estatales.
2. ***Actuar como pauta interpretativa*** para solucionar los conflictos entre los derechos del niño y reducir los márgenes de discrecionalidad de los distintos agentes del estado cuando amerita la intervención estatal.

La importancia del ISN, presente en ambas legislaciones, radica entonces, en su carácter de *principio rector-guía* el que pretende reducir los márgenes de discrecionalidad y asegurar la vigencia efectiva de los derechos de los niños con una interpretación y aplicación racional que revista, a su vez, legalidad.

- *Respecto a la* ***Participación- Derecho a ser oído:***

La CDN en su art. 12, inc. 1, invoca que *"los Estados garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta la opinión del niño, en función de la edad y madurez".*

En tanto, el inc. 2 del mismo artículo, *explicita que "con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado…"*

Esta disposición resultó un gran disparador de nuevas prácticas y debates, uno de los ejes sobre el cual se apoyó la Provincia de Mendoza para adecuar su ley provincial (N° 6354/05) a la manda de la CDN.

Sin embargo, como lo expresa en su texto, Alesandro Baratta, "la Convención adopta una formulación bastante débil" (BARATTA, 1998) en relación a este derecho, puesto que como se desprende de su texto tiene limitaciones en relación a su pleno ejercicio, a saber que no está planteado para todos los niños, sino para aquellos en condiciones de formarse un juicio, que la consideración de la opinión del niño se haría en función de la edad y madurez, desestima los asuntos que tal vez les pueda interesar, no obliga a la escucha del niño/a sino que da la oportunidad de ser escuchado.

Por su parte, nuestra normativa nacional, Ley 26061, en cambio, amplía los estándares de protección respecto de este derecho, en tanto postula que son titulares de este derecho los NNA en su totalidad, sin distinciones, que es de aplicación obligatoria y se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelvan, que se reconoce este derecho en todos los asuntos que les afectes, les conciernan y en aquellos que tengan interés conforme a su grado de madurez y desarrollo.

Asimismo, la normativa establece garantías en los procedimientos judiciales o administrativos para la plena participación activa del NNA.

Estas prescripciones no hacen más que establecer entonces que la participación de los niños, niñas y adolescentes en el análisis y la solución de sus propios conflictos o en aquellos asuntos de su interés reafirman la mencionada conceptualización de los mismos ***como sujetos de derechos, activos, actores y protagonistas de su propia historia***.

"La participación (en tanto derecho a ser oído) es un principio ordenador que imprime un giro en la concepción de la niñez y en sus relaciones con el Estado, la familia y los adultos. Este principio garantiza a las niñas, niños, niñas y adolescentes un papel protagónico en su propia vida, reemplazando así el concepto de los menores como objetos de protección", de tutela, dependientes y subordinados a la autoridad y entendimiento de los adultos. (De LA TORRE, Natalia; HERRERA, Marisa, 2012-2013)

Un debate interesante aportan Nelly Minyersky y Marisa Herrera, respecto del derecho aquí analizado y el principio del Interés superior del niño.

En este sentido, las autoras aducen que el primero deriva en forma directa del NNA y por el contrario el interés superior del niño es "definido, materializado o conceptualizado desde la mirada adulta.

Plantean de este modo que "mientras el niño no está en condiciones de formarse un juicio propio, el interés superior (mirada adulta) deberá ser la pauta predominante. Pero si se trata de un adolescente o niños con madurez suficiente, aquella pauta se deberá desplazar por el efectivo derecho de éstos a ser oídos y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta." (MINYERSKY, Nelly, HERRERA, Marisa, 2006, pág. 4).

Por tanto, ambas coinciden en que derecho y principio no se contraponen sino que se complementan, siendo el derecho a ser oído la guía o el sendero para alcanzar el interés superior del niño y por tanto es considerado como un ***eje rector***.

Esta revalorización del derecho a ser oído no significa que el mejor interés de un NNA sea sinónimo de lo que éste exprese o desee. No siempre lo que ellos consideran como lo mejor sea lo que propicie la máxima satisfacción de sus derechos. Entonces aquí, como lo plantea Marisa Herrera, lo que sucede, es que "si una decisión se contrapone a lo expresado por el niño o adolescente, esa decisión deberá estar bien

fundada, es decir deberá producirse la carga probatoria. Cuando una resolución respeta la expresión de voluntad de un niño que tiene madurez suficiente para ser partícipe de su propio conflicto, este elemento es de tal peso que son su sola presencia la decisión quedaría debidamente fundada. En cambio si la resolución es contraria a la voluntad del NNA, el juzgador deberá redoblar sus esfuerzos por fundar por qué se aparta de tal expresión de voluntad." (HERRERA, 2006) como así también deberá explicitar los motivos de tal decisión al NNA.

En cuanto al NNA, lo decidido no coincidía con lo que era beneficioso para él, este protagonismo en sus propios procesos, le servirá sin duda como experiencia de vida. (MINYERSKY, Nelly, HERRERA, Marisa, 2006, pág. 4).

El ejercicio de este derecho posiciona al NNA como protagonista y actor de su propia historia y se transforma en eje rector de nuevas prácticas.

En síntesis, el vigente enfoque de derechos coloca al niño como sujeto, como protagonista con plena capacidad para ser portador y titular de derechos.

De la ponderación del niño como sujeto se establece así un nuevo modo de relación con el estado, la familia y la sociedad, donde cada uno de éstos tiene derechos y obligaciones específicas en miras al bienestar y al interés superior del niño.

Quedan claramente establecidos los límites en la injerencia, no sólo del Estado sino también de la familia en la vida del NNA.

2. Impacto del Enfoque de Derechos en la Adopción

Argentina ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño en el año 1989 y en el año 1994 adquiere rango constitucional al ser incorporada en el art. 75 bis a nuestra Carta Magna.

Desde entonces Argentina tuvo como materia pendiente la adecuación de la legislación nacional a los preceptos y principios de dicho pacto internacional, no sólo en el tratamiento general a la niñez, sino también en forma particular en materia de adopciones, dado que la legislación nacional en esta materia ha omitido varias consideraciones en materia de derechos en relación al NNA en proceso de ser declarado en situación de adoptabilidad.

De hecho, la legislación nacional se ha ocupado principalmente de la participación de los adultos involucrados en el proceso, como sus padres biológicos o los adoptivos pero poco fue ampliando los estándares protectorios a derechos tan esenciales para los NN como el derecho a la identidad en sus múltiples aspectos (nacionalidad, nombre, derecho a la lengua y cultura de origen, conocer los orígenes, entre otros).

La adopción ha sido hasta el año 2015 una figura ambigua en cuanto a su sujeto de protección, puesto que recién con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, los NNA que no pueden ser cuidados por su familia de origen se posicionan como sujeto central de protección estatal.

Asimismo, y con una fuerza contundente avanza en el reconocimiento efectivo del NNA como sujeto de derecho en tanto revaloriza su opinión en todas las etapas y solicita expresamente su consentimiento para ser declarado en situación de adoptabilidad si es mayor de 10 años.

Reconoce además al niño como sujeto histórico y social, protegiendo el derecho a sostener sus vínculos fraternos en forma prioritaria, como así también a mantener vínculo con algún miembro de su familia de origen en las figuras de adopción plena y simple.

Respeta el nombre que le dieron sus padres biológicos y con el cual se ha sentido identificado a lo largo de su vida.

En este sentido muestra la norma un profundo respeto por la historia del niño o niña, aspecto que no había sido plasmado o recogido anteriormente por el legislador con tanta vehemencia.

Todos y cada uno de los principios enunciados en el art. 595 como el concepto vertido en el art. 594 del CCyC dan cuenta claramente que queda determinado, que el NNA es el sujeto protegido en esta materia, consagrando además el pleno respeto por sus derechos sobre todo en lo relativo a su identidad.

A esta nueva circunstancia deberán acomodarse las personas que pretendan integrar a un niño o niña como hija/o a su espacio familiar.

Otro hecho interesante que propone la nueva legislación en esta materia es que pretende acelerar los procesos de adopción, en tanto fija plazos a los organismos administrativos para trabajar con la familia de origen a los fines que ésta pueda volver a asumir su responsabilidad en la crianza de sus hijos.

En cuanto al procedimiento judicial, también establece vencimientos para que el juez dicte sentencia, otorgue la guarda con miras a adopción y para que dé inicio al juicio de adopción propiamente dicho.

En síntesis, el nuevo Código determina nuevos modos de posicionarse frente a la adopción de niños, niñas y adolescentes. Posición de pleno respeto por la identidad de éstos.

Resta evaluar la aplicación real de la norma y si en su ejecución el espíritu del Código Civil y los derechos de los niños y niñas son cabalmente garantizados.

Frente a ello este trabajo intenta ser un aporte para comenzar a pensar si las modificaciones normativas han logrado impactar de tal manera en las instituciones administrativas y judiciales y en las personas que allí operan como para lograr los objetivos propuestos en términos de agilización de procesos acordes a la edad evolutiva de los niños, niñas y adolescentes.

que

Capítulo 2

Atención de Niñas y Niños Sin Cuidados Parentales.

1. Concepto, la protección a la familia de origen.

Siguiendo los conceptos definidos por la Secretaria Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF) junto a UNICEF se entederá por ***niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales,*** a aquellos que "*han sido separados de su familia de origen, nuclear y/o extensa o de sus referentes afectivos y/o comunitarios por haber sido dictada una medida de protección excecional de derechos y se encuentran al cuidado de alguna institucion, en sus distintas modalidades".* (SENAF-UNICEF, 2012, pag.7).

A pesar de la protección y reconocimiento jurídico del rol y responsabilidad de familia de origen, existe también un *límite que restringe los derechos de las familias* en relación a sus hijos.

Cabe reconocer que en ocasiones es la propia familia la que, por distintas circunstancias, impide o coharta el goce y ejercicio pleno de los derechos de sus hijos en distintas áreas o aspectos y frente a lo cual y luego de haberse agotado instancias de abordaje con la familia, se dispone el ingreso de la niña o niño a un dispositivo de albergue o residencia alternativa como medida de protección excepcional.

Entonces, y habiendo fracasado medidas de distintos efectores tendientes a modificar las dificultades familiares sin resultados favorables (Medidas de protección, arts. 32-38, Ley 26.061)) es que el Organo Administrativo Local ***toma o dispone una medida de protección excepcional*** que implica la separacion del niño, niña o adolescente de su familia de origen y su consiguiente ingreso al sistema de albergues o residencias alternativas que porvee el Estado (estos dispositivos de residencias alternativas pueden ser tanto espacios familiares como hogares convivenciales).

Recordemos que la CDN, en su artículo 9 establece que *"Los Estados Partes velarán porque 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 el que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres…"* (CDN, 1898; el subrayado es propio).

Por su parte, y en concordancia con lo anterior, el art. 39 del Decreto Reglamentario de la ley 26061 establece 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 de la niña, niño o adolescente 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 causare el daño".

La Ley n° 26.061 define las medidas excepcionales como *"aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes que estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo interés exija que no permanezcan en este medio. Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Estas medidas son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen."* (art. 39).

2. Procedimiento para la atención de NNA sin cuidados parentales: el sistema mixto.

En la Provincia de Mendoza se conformado un sistema mixto de administrativo-juidicial para la atención de las situaciones de vulneración de derechos de niñas, niños y adolescentes. Los procedimientos y las competencias de estas dos dependencias han sido establecidas mediante la Acordada 25.501/13 por las cuales se rigen ambos organismos.

La Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia (en adelante DINAF) es la institucion que posee competencia como Órgano Administrativo en materia de niñez y adolescencia en la Provincia de Mendoza. Actualmente depende del Ministerio de Salud, Desarrollo Social y Deporte, y dentro de éste, de la Subsecretaría de Desarrollo Social.

DINAF se encuentra conformada por dos grandes direcciones, la Dirección de Promoción de Derechos (DPD) y Dirección de Cuidados Alternativos (DCA).

La primera de ellas se integra por el Órgano Administrativo Local (OAL) y por los Centros de Integración infantil y familiar (CDIyF).

El OAL es la instancia adminsitrativa que aborda las distintas situciones en las que se ha denunciado alguna vulneración o violación de derechos de NNA. Esta dependencia se encuentra descentralizada por departamentos, manteniendo un Equipo de coordinación Central que estrablece y unifica criterios de trabajo, evalúa y revisa las medidas excepcionales dispuestas por los órganos locales.

Cuando estos órganos locales consideran , según el art. 39 del decreto reglamentario de la Ley 26061, 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 de la niña, niño o adolescente 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 causare el daño", es que a fines de preservar la integridad psicofísica y garantizar los derechos que han sido vulnerados, los equipos del OAL disponen de una *medida de protección excepcional* a ejecutarse en hogares de la Dirección de Cuidados Alternativos.

En esta nueva instancia comienzan su abordaje:

a)-los equipos técnicos de la Dirección de Cuidados Alternativos (DCA) y

b)- los Juzgados de Familia.

a)-En relación a la Dirección de Cuidados Alternativos:

La Dirección de Cuidados Alternativos de DINAF, se encuentra conformada por dos grandes programas: el Programa de Familias Temporarias y el Departamento de Residencias Alternativas, el que tiene a su cargo 31 hogares propios y 10 hogares por convenio en toda la Provincia.

Por su parte, el Departamento de Residencias Alternativas se divide informalmente en dos áreas, aquella que tiene que ver con el funcionamiento de hogares, su personal, movimiento de niños, niñas y adolescentes (ingresos, egresos) y otra área que es técnica a la cual pertenecen todo los equipos profesionales, quienes son asignados a la población específica de uno o varios hogares.

Por otra parte, el Programa Familia Temporarias, que históricamente fue gestionado por la propia institución, desde marzo de 2016 ha sido descentralizado a una OSC.

El Equipo Técnico de Casa Cuna se encuentra conformado por una Coordinación técnica, un abogado, un administrativo y un equipo interdisciplinario compuesto por 4 Licenciadas en Trabajo Social, 5 Licenciados en Psicología y 1 Promotora de Derechos.

La tarea de los Equipos se encuadra en lo previsto por los artículos 39, 40 y 41 de la Ley 26061 y en los arts. 607 inc. C, del Código Civil y Comercial.

Por tanto el objetivo principal de los equipos tecnicos, es inicialmente investigar las causas que originaron la medida, y con una metodologia de trabajo de investigación/acción realizar un diagnóstico familiar y trabajar en forma conjunta con la familia y el niño o niña a los fines de modificar y/o reparar las situaciones que originaron la medida excepcional, de modo tal que éste pueda regresar a su *centro de vida*, vale decir, con su familia de origen, su comunidad, cultura y costumbres, en el menor plazo posible.

Ahora bien, transcurrido el tiempo establecido por la norma (al que se agregan los plazos que establece el Código Civil y C. en su art. 607, inc. "c") o que previo a vencerse los plazos, los equipos establecieran que resulta perjudicial para el desarrollo del niño o niña, la permanencia con

su grupo familiar primario o que durante el tiempo de trabajo con la familia para revertir las causas que originaron la medida excepcional, esta tarea haya arrojado resultados negativos, sólo con carácter excepcional y debidamente fundado es que los equipos solicitarán la declaración del estado de adoptabilidad.

Es importante remarcar que de los niños internados en los hogares de Casa Cuna, y que se encuentran sin cuidados parentales, una parte de ellos se encuentran en etapa de evaluación y trabajo con la familia de origen y de otros, ya se ha definido que no es posible que regresen con su familia, por tanto se ha solicitado la declaración de la situación de adoptabilidad, constituyendo población estable hasta tanto el juez los declare en situación de adoptabilidad y sean vinculados con una nueva familia.

b)-En relación a la intervención de los Juzgados de Familia

Habiendo el OAL notificado sobre la disposición y fundamentos de la medida de protección excepcional dispuesta al Juzgado de familia con competencia jurisdiccional, éste deberá, en protección de los derechos de las niñas y niños dentro del plazo de 72 horas de notificado (con citación y audiencia de los representantes legales), ***resolver la legalidad de la medida*** (art. 39 Ley 26061; Acordada Provincial 25.501)

Asimismo, en la Acordada provincial n° 25501/13 en su art. 1.1 se dispone que *"el juzgado de familia que haya intervenido en el control de la legalidad de la medida excepcional, será el* ***competente para entender en cualquier otra medida, conexa o de excepción que se solicite respecto del mismo, NNA,*** *dentro del año calendario a contarse desde la fecha de la resolución judicial que declara el archivo del expediente".*

Por otro lado, y vencidos los 90 días de plazo establecido por el art. 39 de la Ley 26061 para la medida de excepción y en aquellos casos en que persistan las causas que dieron origen a la medida excepcional y los equipos técnicos resolvieran prorrogarla, éstos deberán fijar un nuevo plazo de duración, mediante acto fundado. El Juez competente deberá resolver respecto de la legalidad de prorrogar los plazos para la medida de excepción.

Por tanto, los juzgados de familia, cuando se ha dispuesto una medida de excepción (medida coercitiva y restrictiva de derechos atento a que habilita la intervención del estado en la vida familiar, art. 10 de la Ley 26061) son competentes para determinar la legalidad de dicha intervención estatal. Vencidos los plazos sin que se hayan modificado las causas que originaron la medida tienen competencia para determinar la legalidad de la solicitud de prórroga de dicha medida.

Por otro lado, resulta competente para resolver cuando los equipos técnicos determinaran que se han agotado las instancias de trabajo con la familia de origen y hubieran solicitado la declaración de la situación de adoptabilidad (art. 607, inc. C)

Y en un tercer momento del proceso de adopción el Código Civil y Comercial establece en su art. 616 que los jueces son competentes para que, cumplido el periodo de guarda con fines de adopción (6 meses), de oficio o a pedido de parte o de la autoridad administrativa, inicie el proceso de adopción propiamente dicho, es decir el proceso por el que el niño es adoptado por la familia con la que se vinculó.

Siendo tan clara y precisa la nueva legislación y teniendo la intención de que los plazos sean breves, en la práctica se ha observado que persiste la dilación en los procesos de resolución, como se verá a continuación, denotándose de este modo que la nueva normativa no ha terminado de impactar como se esperaba en las instituciones ni en los procedimientos.

Capítulo 3

Descubrimientos en la práctica

Desde el Equipo Técnico de Casa Cuna, se han podido advertir algunos hallazgos que son importantes develar, dado que vulneran el derecho de los niños y niñas a la construcción de una sana identidad lo cual se logra en un espacio familiar que brinde cuidados afectivos y nutricios adecuados.

Así también se observa que estos hechos se contradicen con la normativa vigente en tanto que no ya la familia de origen sino el Estado (por la dilación del proceso judicial) vulnera los derechos de los niños en tanto prolonga su ingreso definitivo a una familia adoptiva o el regreso a la origen.

Del total de la población internada (71 Niños y Niñas, en adelante NN), hasta el 31 de abril del corriente año, se advirtió una población estable de 35 niñas y niños con una residencia en Casa Cuna superior a los 6 meses llegando a los dos años de permanencia o más y que, además de tal hecho, no reciben visitas (ni establecen con ellos contacto alguno) de ningún miembro de la familia de origen.

Por otra parte se aprecia que, esta población estable, en su mayoría presentan dificultades en su salud psicofísica como ser: problemas de conducta de moderados a graves como rotura de mobiliario, agresiones a otros niños /as, conductas riesgosas para sí mismos, conductas sexualizadas inapropiadas. Asimismo se ha observado retrasos en la escolaridad, algunos presentan problemas de lenguaje, miedos nocturnos, enuresis, encopresis, salidas no autorizadas reiteradas del hogar sin supervisión adulta.

Debido a alguno de estos motivos los NN reciben tratamientos, psicológico, psiquiátrico, psicopedagógico y fonoaudiológico. Los bebés, según informara el pediatra de Casa Cuna, presentan reiterados cuadros respiratorios que se complejizan y cronifican, concluyendo en ocasiones en internaciones hospitalarias.

Ahora bien, de este grupo de estos 35 niños y niñas que residen en Casa Cuna de modo estable, se observa que los equipos técnicos han agotado las instancias de trabajo con la familia de origen (lo que se encuentra acreditado en los legajos administrativos) por lo que han definido que la estrategia más beneficiosa para el NN ha sido la solicitud de la declaración de su situación de adoptabilidad, por lo cual no es posible que regresen con su grupo familiar de origen.

Otro dato interesante de analizar es que desde la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial hasta el 31 de abril del

corriente año, el equipo técnico del Hogar Casa Cuna ha solicitado 46 declaraciones de situaciones de adoptabilidad de niños y niñas internados en dicho espacio (ver cuadro del anexo 1) y de ese total sólo 11 niños y niñas han sido vinculados con familias adoptivas.

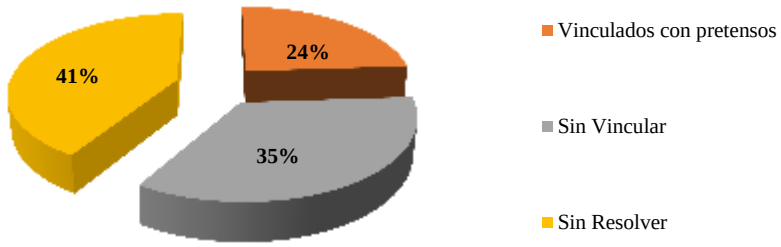
Los 35 restantes aún permanecen internados en un sistema cuidado residencial y asilar, a la espera de una familia definitiva, que pueda satisfacer sus necesidades nutricias y afectivas.

Veremos a continuación en qué situación se encuentran los niños y niñas de los cuales se solicitó la declaración del estado de adoptabilidad desde la entrada en vigencia del nuevo Código.

Tabla Nº 1. Niños y niñas internados con solicitud de Declaración de estado de adoptabilidad.

Tabla 1: Niños y Niñas con solicitud de Declaración del Estado de Adoptabilidad	
Situación	**Cantidad**
Vinculados con pretensos	11
Sin Vincular	16
Sin Resolver	19
Total	**46**

Grafico 1: NN con solicitud de Declaración de Situación de Adoptabilidad



De la tabla n° 1 y del gráfico podemos decir que los NN vinculados con pretensos y sin vincular ***tienen sentencia judicial*** que los declara en situación de adoptabilidad, lo cual arroja un total de 27 NN (59%).

Sin embargo, de este grupo sólo 11 NN (24%) han sido vinculados con su familia adoptiva.

Los 16 niños y niñas (35%) restantes aún permanecen internados en Casa Cuna dado que desde el EIA-RUA[3] no se han encontrado familias que estén dispuestas a asumir sus cuidados dado que los niños presentan algún tipo de discapacidad o dificultad de salud, forman parte de un grupo de hermanos o en el menor de los casos, tienen su sentencia judicial apelada.

Por otro lado, 19 niños y niñas (41%) la sentencia aún no ha sido dictada, por lo cual su internación sólo responde al hecho que no puede estar en una familia por la falta de definición judicial.

De esta población de 46 niños y niñas sobre los cuales los equipos del organismo administrativo determinaron solicitar su declaración de la situación de adoptabilidad, se analizara en el presente trabajo:

1. *Las demoras del poder judicial para dictar sentencia:* se hace referencia al tiempo que toma el juez de familia para resolver respecto de la declaración de situación de adoptabilidad solicitada por el órgano administrativo-DINAF. Para el análisis de esta variable se toma la fecha de solicitud al juzgado de familia de declarar al niño o niña en situación de adoptabilidad, en relación a la fecha en la que el juez efectivamente dicta sentencia.
2. *El tiempo total de institucionalización de la población analizada:* aquí el análisis se centra en el periodo que el niño o niña ha permanecido internado, desde su ingreso a la institución hasta su egreso de la misma. En el caso de los niños y niñas que no han egresado, se evalúa el tiempo que llevan internados.
3. Las edades: se analizan las franjas etarias a los fines de poder establecer las necesidades físicas, psicológicas y sociales acordes a sus etapas evolutivas.
4. *La vinculación con la familia de origen:* el contacto que el niño o niña que se encuentra en un espacio residencial mantiene con su familia de origen es esencial para determinar el tipo de interrelación con los adultos encargados de su cuidado. El vínculo de apego y la forma en la cual los padres asumen sus funciones puede observarse en la frecuencia de las vinculaciones (que pueden ser directas o indirectas), en la modalidad en que se desarrollan dichas vinculaciones. Puede suceder que durante el contacto de los padres con sus hijos, los primeros no interactúen con ellos prestando mayor atención a factores externos, el teléfono, etc. O pueden retirarse antes de haber cumplido el tiempo de visita o contacto. Hay padres que no se han presentado nunca para tener contacto con sus hijos, ni han llamado para saber sobre su estado de salud. La falta de contacto, vinculación e interés puede dar cuenta de un

[3] EIA-RUA: Equipo Interdisciplinario de Adopción- Registro Único de Aspirantes.

abandono simbólico, sin lograr atender a sus necesidades físicas y emocionales.

Del análisis deberá surgir dónde radica la demora en la definición real (en términos de vivir en familia) de la situación del niño o niña y su egreso de la institución luego que los equipos del órgano administrativo (DINAF) determinaran que los niños y niñas no pueden convivir con su familia de origen (art. 607, inc. C, CCyC).

Así también podrán analizarse las posibles causas y sobre todo consecuencias que esta demora provoca en la vida y desarrollo de NN sin cuidados parentales en etapas vitales de gran fragilidad donde las experiencias, los modos de cuidados determinarán sus formas de relacionarse consigo mismos y con el entorno, impactando de una determinada manera en su identidad, tanto en su faz estática como dinámica.

De los plazos para definir

Entre los principios rectores de La Acordada 25.501 de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza (Procedimiento Coordinado entre los Juzgados de Familia y DINAF) el cuarto, establece que se deberá:

> ***"Evitar cualquier demora administrativa o judicial que postergue la definición de la situación y cronifique la vida del niño, niña o adolescente en espacios residenciales alternativos al grupo familiar."***

Como vimos anteriormente, una vez dispuesta la medida de protección excepcional el Organismo Administrativo que aborda la situación, en nuestro caso el Equipo de Casa Cuna, tiene un plazo de 90 días, prorrogable por 90 días más para que, junto a la familia, se modifiquen las situaciones que originaron dicha medida.

Por su parte, el Código Civil y Comercial (CCyC) establece un plazo máximo de 180 días para desplegar acciones tendientes a que el niño permanezca con su familia de origen (art. 607, inc. c).

Vencido el plazo sin revertirse las causas que originaron la medida los equipos técnicos deberán decir si procede la solicitud de adoptabilidad o el niño o niña es restituidx a su familia de origen.

En cuanto a los plazos del poder judicial, también el artículo 607 refiere que el Juez interviniente debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de 90 días.

Pasando en limpio, el Organismo Administrativo tiene 6 meses y una vez solicitada la declaración de la situación de adoptabilidad, el Juez de familia competente tiene 90 días para resolver sobre tal solicitud.

En la espera de tales resoluciones los bebés, según lo menciona la encargada de Casa Cuna, dejan de llorar, aprenden a calmarse solos

porque no alcanzan las cuidadoras para tocarlos, alzarlos, mirarlos o satisfacer alguna necesidad física o afectiva. Es decir, se institucionalizan.

Durante la espera, según refieren profesionales y cuidadores del hogar, se observan variadas sintomatologías, tales como: enfermedades reiteradas, baja de defensas, patologías psicosomáticas (alergias, problemas de la piel, malestares gastrointestinales), aumento de la auto y hetero agresividad, disfuncionalidad psicosexual, dificultades relacionales o vinculares con pares o adultos, trastornos de conductas (en algunos casos de tal severidad que requieren intervenciones psiquiátricas), trastornos del sueño, del estado de ánimo (síntomas de orden depresógenos y ansiógenos), baja autoestima.

También mientras esperan comienzan a vislumbrar dudas sobre su posible inclusión en un espacio familiar continente y estable, lo cual frente a la falta de respuesta institucional, se transforma en desesperanza aprendida y falta de confianza básica en quienes supuestamente deben cuidar y favorecer la construcción de un proyecto de vida familiar.

Las respuestas, en esta instancia, dependen solamente, exclusivamente de la premura con la cual los jueces resuelvan si es procedente o no declararlos en situación de adoptabilidad y así los niños y niñas puedan garantizar su vida y pertenencia familiar.

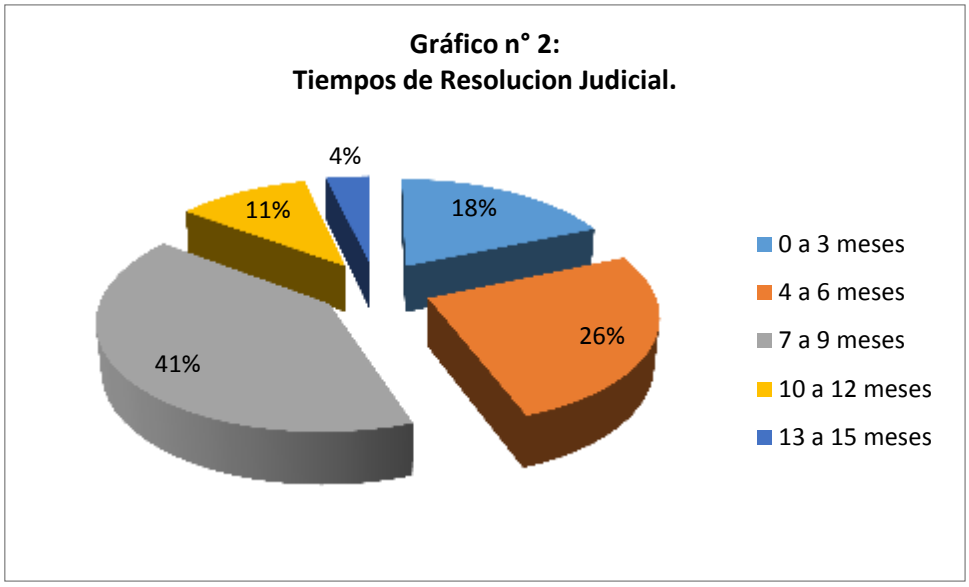
Otros hallazgos

1. DE LOS TIEMPOS JUDICIALES

Como mencionáramos en puntos anteriores de 46 niños y niñas fue solicitada la declaración de la situación de adoptabilidad. De ellos, sólo en 27 situaciones (59%) los jueces de primera instancia dictaron sentencia y las demoras en dichos dictámenes se han distribuido de la siguiente manera en el tiempo:

Tabla n° 2:
Tiempos de Resolución Judicial

Meses	Resoluciones
0 a 3 meses	5
4 a 6 meses	7
7 a 9 meses	11
10 a 12 meses	3
13 a 15 meses	1
Total	**27**



De la tabla n° 2 y su gráfico se puede apreciar que sólo del 18% de los NN el juez dictó sentencia en el tiempo que establece la norma (90 días).

Asimismo, para el 41% de los NN el juzgado de familia tuvo una demora que duplicó el plazo legal de 90 días.

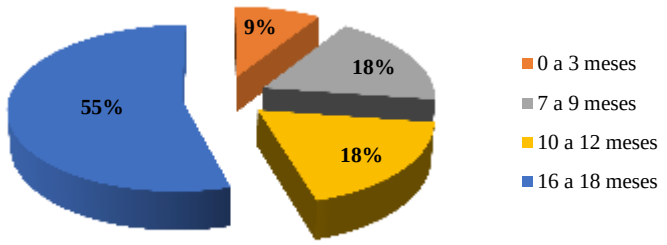
Por tanto, excluyendo a quienes recibieron sentencia oportunamente (90 días) por parte del tribunal de familia, el 82% restante de NN recibió sentencia judicial fuera de plazo.

2. DE LOS TIEMPOS DE INTERNACIÓN

A) *Respecto del tiempo de internación de NN que han egresado con familias adoptivas*:

Tabla n° 3 **Tiempos de internación de niñxs que han egresado**	
	Cantidad
0 a 3 meses	1
7 a 9 meses	2
10 a 12 meses	2
16 a 18 meses	**6**
Total	**11**

Gráfico n°3:
Tiempo de Institucionalización



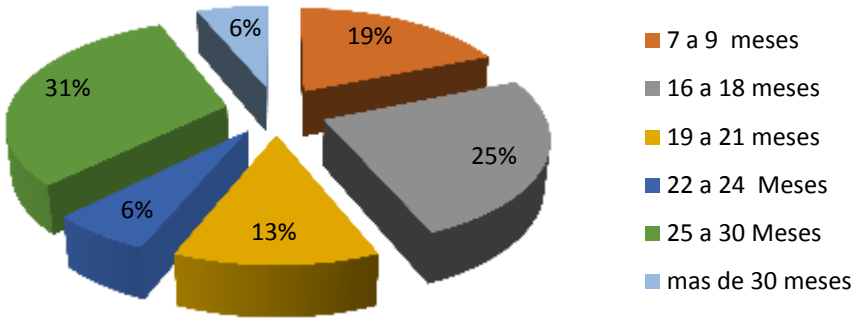
Como ya se mencionara, 11 niños de los 46 en los que se solicitó la declaración de adoptabilidad egresaron de Casa Cuna con sus familias adoptivas.
Del análisis de su tiempo de permanencia en dicho espacio institucional, desde su ingreso hasta su salida definitiva, puede apreciarse que el período de mayor incidencia es el comprendido entre los 16 y 18 meses, afectando a un 55% de NN, seguido por un 18% que se vio afectado por la institucionalización entre 10 y 12 meses.
Sólo el 9 % de los NN se encontró internado en un periodo de tiempo menor a los tres meses.

B) *NN con sentencia judicial sin vincular:* 16 niños y niñas al 31 de abril del corriente año, continuaban institucionalizados a pesar de haberse dictado sentencia judicial que los declaró en situación de adoptabilidad. Algunos de ellos tienen sentencia firme y no se encuentran vinculados por condiciones de salud, por pertenecer a un grupo de hermanos, por sus edades. Otros tienen sus sentencias judiciales apeladas.

Veremos en estas 16 situaciones el tiempo de internación en la espera de ser vinculados con familias:

Tabla n° 4: Niños y Niñas con sentencia de DSA[4] sin vincular	
Meses	**Cantidad de NN**
7 a 9 meses	3
10 a 12 meses	0
13 a 15 meses	0
16 a 18	**4**
19 a 21	2
22 a 24	1
25 a 30	**5**
más de 30	1
Total	**16**

Gráfico n° 4:
NN con sentencia de DSA.
Sin vincular



En la tabla 4 y su gráfico puede apreciarse que la mayoría de los niños y niñas (81%) supera el año de internación en el hogar de Casa Cuna a la espera de ser vinculado con una familia adoptiva, detectándose que el 31% de ellos tiene una permanencia entre 25 y 33 meses (más de dos años, llegando a los dos años y nueve meses de internación).

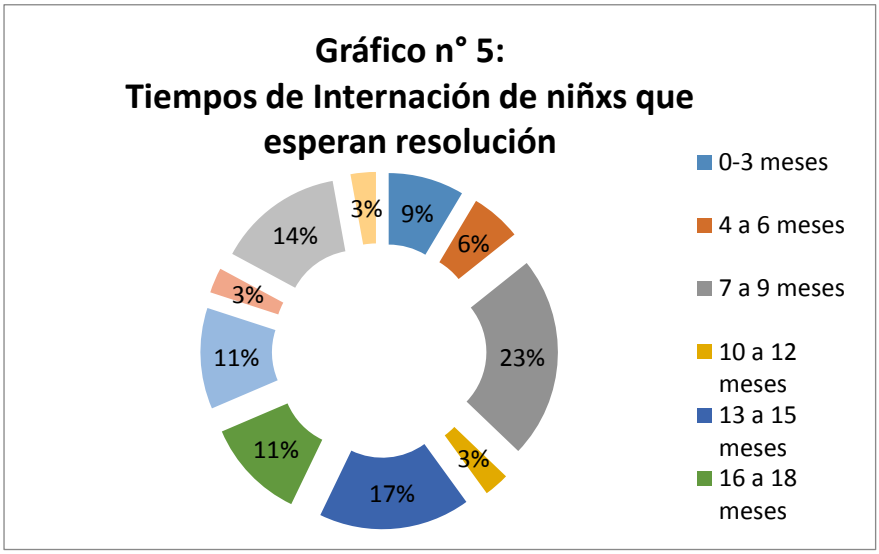
La variable de tiempo que sigue en incidencia es la ubicada entre los 16 y 18 meses de internación para el 25% de NN.

C) *NN de quiénes se solicitó la declaración de la situación de adoptabilidad y no tienen sentencia judicial:*

Veremos ahora la permanencia en el sistema de hogares de niñxs de los cuales el equipo técnico definió como estrategia la solicitud de su declaración de adoptabilidad, pero se está a la espera de resolución judicial.

[4] Declaración de la Situación de Adoptabilidad

Tabla n° 5: Tiempos de internación de niñxs que esperan definición judicial	
Meses	**Cantidad**
0 a 3	3
4 a 6	2
7 a 9	**7**
10 a 12	1
13 a 15	**6**
Total	19



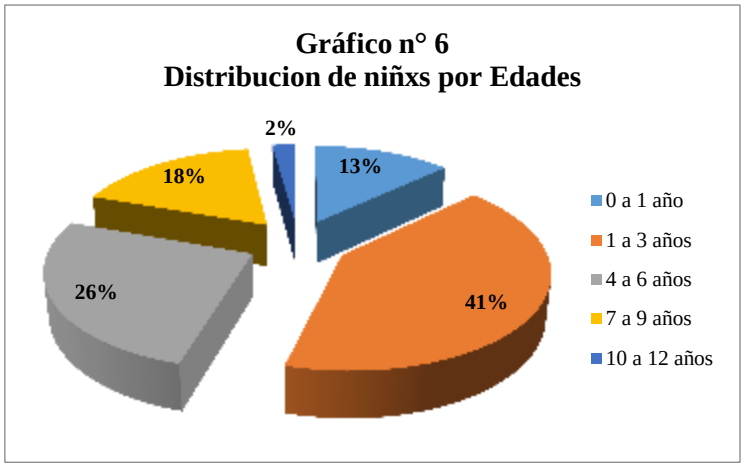
De este grupo de NN se observa que el 23% ha permanecido internado en un lapso de tiempo entre los 7 y 9 meses, seguido por 17% que ha estado un periodo de 13 a 15 meses de internación, todo ello en tanto se espera que el juez interviniente dicte sentencia que lo declara en situación de adoptabilidad habilitando así la búsqueda de familia adoptiva.

3. DE LAS EDADES DE LOS NIÑOS Y NIÑAS

Es importante analizar las franjas etarias de los NN afectados en los procesos de adopción, ya que según las etapas vitales que atraviesan ellos poseen más o menos herramientas para afrontar las vulneraciones a los que son sometidos por las medidas que dispone el Estado.

La población analizada presenta la siguiente distribución por edades:

Tabla n° 6: Distribución de niñxs por Edades	
Cantidad de años	**Cantidad de niñxs**
0 a 1 año	6
1 a 3 años	19
4 a 6 años	12
7 a 9 años	8
10 a 12 años	1
Total	**46**



Si bien la mayoría de los niños y niñas albergados en Casa Cuna se encuentran dentro de lo que se considera la primera infancia, de la tabla 8 y su gráfica se desprende que:

El **54%** de los niños y niñas de la población analizada son menores de 3 años de edad, siendo este grupo el más vulnerable atento a que sus recursos internos son insuficientes e inestables para afrontar los factores estresantes que provoca la internación.

Este grupo constituye el de mayor riesgo, aumentándose el potencial de daño por el hecho de encontrarse con de cuidados parentales apropiados y carencia de vínculos de apego durante un tiempo prolongado. Tiempo que continúa dilatándose por falta de resolución judicial.

Por otro lado, el 26% de los NN presenta edades entre los 4 y 6 años, etapa donde inician los procesos de socialización secundaria.

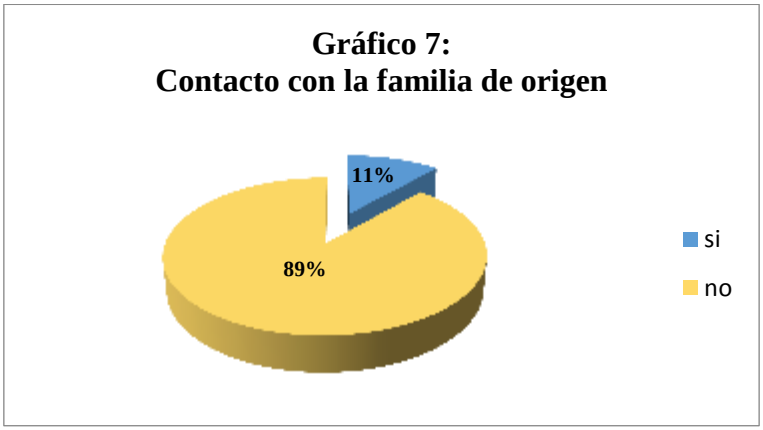
El 18% de los NN que fueron afectados por procesos de adopción presenta entre 7 y 9 años de edad, y finalmente sólo un 2% de los niños y niñas tienen más de 10 años.

Cabe destacarse aquí, para estos dos últimos grupos de niños y niñas (que suman el 20%), que tanto más grandes son en edad, más difícil se

hará la búsqueda y vinculación con una familia adoptiva, debiendo quedar en forma definitiva en hogares convivenciales.

4. DEL CONTACTO CON LA FAMILIA DE ORIGEN

Tabla n° 7: Contacto con la familia de origen	
Si	4
No	**31**
Total	35



Vemos de la tabla 7 y su gráfica que de los niños y niñas que continúan internados y de los que se solicitó la declaración de la situación de adoptabilidad, el 89% no tiene contacto con ningún miembro de su familia de origen, y por tanto no poseen vínculos de apego ni adultos que se constituyan para ellos como referentes afectivos.

Se encuadran dentro de esta variable situaciones como:

- ausencia de visitas o contacto directo con el hijo o hija o familiar.
- Ausencia de contacto indirecto, es decir, los padres u otros familiares no establecen contacto con personal del hogar o con el equipo técnico, sea en forma personal o telefónica, a los fines de conocer el estado de salud física o emocional de su hijx o nietx, sobrinx.

Es frecuente que por impedimentos de distancia, por ejemplo, u otros, los padres se comuniquen telefónicamente o bien con sus hijos, dependiendo las edades de éstos últimos, o bien se comunican con personal del hogar, que luego transmite al niño que su padre lo/la ha llamado.

En los casos en estudio, esto no ha ocurrido en la mayoría de los casos, no presentándose los progenitores a conocer siquiera la situación de sus hijos apenas ingresado a Casa Cuna, es decir que nunca se presentaron a pesar de haber sido buscados a tales efectos.

En otros casos, la falta de contacto con la familia de origen es el resultado de la decisión de los equipos técnicos considerando tal

vinculación como perjudicial para el niño o niña, ya sea por la gravedad de los motivos por los que ingresó o porque los encuentros son poco beneficiosos para el niño o niña (padres con interacciones violentas con sus hijos y con el entorno).

En síntesis, de los niños y niñas sin cuidados parentales y de quienes los equipos técnicos decidieron solicitar su DSA atento que consideraron agotadas y fracasadas las instancias de trabajo para que puedan ser cuidados por sus padres, se puede observar que:

-en su mayoría son menores de 3 años de edad, encontrándose por tanto, en una etapa de gran fragilidad y con mayores probabilidades de signos de sufrimiento en su desarrollo y en la construcción de su identidad debido a las situaciones de estrés psicosocial por la separación de su centro de vida, como así también por encontrarse en el marco de cuidados institucionales no personalizados de modo prolongado.

-les espera, además del tiempo que ya llevan internados y sin vínculos de apego ni contacto con referentes afectivos, una demora de al menos 7 a 9 meses para que el juez de familia dicte sentencia que lo declare en situación de adoptabilidad.

Recién allí se encontraría en condiciones de ser vinculado con una familia definitiva que le brinde un espacio adecuado para su pleno desarrollo psicofísico y la construcción de su identidad.

La falta de soportes afectivos, de la mirada atenta del otro, de roles maternos y paternos que no son suplidos por los cuidados de quiénes deben atender otros tantos niños más, la falta de regularidad en los rostros (el personal de hogares cumple turnos) y en las formas de cuidado, la ausencia de quien se conecta visualmente e íntimamente, puede afectar gravemente los procesos de desarrollo físico y mental de un niño, máxime si son pequeños, como los niños y niñas aquí estudiados.

Capítulo 4

Del derecho a la Identidad y desarrollo emocional de NN

1. El Derecho a la Identidad.

En primer lugar, la identidad es un derecho humano y el principal derecho afectado cuando hablamos de adopción.

Tomando la Convención sobre los Derechos del Niño en sus articulos 7 y 8 la identidad se encuentra integrada por los siguientes componentes: nombre, nacionalidad, inscripción de nacimiento, conocer a sus padres, ser cuidados por éstos y mantener relaciones familiares sin injerencias ilícitas del estado, salvo que ello no sea posible por razones fundadas en el interés superior del niño (art. 9)

Por su parte la Ley 26.061 en su art. 11 amplía sus componentes y estándares de protección a este derecho agregando el derecho a la lengua de origen y la identidad cultural (la preservación de la cultura de su lugar de origen, su identidad e idiosincrasia). (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida; HERRERA, Marisa; LLOVERAS, Nora, 2014),

La ley protege *aspectos filiatorios* de la identidad como así también *aspectos socio-culturales*, enfatizando en la obligación de los organismos del Estado en facilitar, colaborar y garantizar el respeto y preservación de este derecho.

Los autores Navarro-Burgués y Depiche señalan que el "derecho a la identidad" es el reconocimiento jurídico y social de una persona como sujeto de derechos y responsabilidades, así como su ***pertenencia*** a un Estado, un territorio, una sociedad y ***una familia, condiciones necesarias para preservar la dignidad individual*** y colectiva de las personas" (NAVARRO, Martín; BURGUES, Marisol; DEPICHE, Agostina y otros. SENAF, 2014). (El resaltado es propio).

Señalan en su texto además, que "la identidad de una persona está definida en función de las percepciones y valoraciones que tiene acerca de sí misma, de acuerdo a sus características físicas, su personalidad, sus habilidades, etc. Es decir, la identidad personal supone la suma de autodefiniciones o autoimágenes." (NAVARRO, Martín; BURGUES, Marisol; DEPICHE, Agostina y otros. SENAF, 2014).

Por su parte, los autores Gil Domínguez, Fama y Herrera toman al jurista Fernández Sessarego quién afirma que "la identidad es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad (…) es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro." Este autor distingue dos vertientes de la identidad, a) una estática, inmodificable, con tendencia a no variar y b) otra dinámica, mutable en el tiempo. (GIL DOMINGUEZ, Andres; FAMA, María Victoria; HERRERA, Marisa, 2006)

La ***identidad estática*** se encuentra conformada por el genoma humano, huellas dactilares, fecha y lugar de nacimiento, datos filiatorios.

Por su parte, la ***identidad dinámica*** involucra “las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida; por lo tanto, comprende su historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural” (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa; LAMM, Eleonora, pág. 50).

Con estas distinciones, y tomando a las autoras, Aida Kemelmajer, Marisa Herrera y Nora Lloveras, se puede afirmar que en relación a la adopción, todo lo referido a la familia de origen, se encontraría referido a la faz estática, y lo relativo a la familia adoptiva, a la identidad en su faz dinámica o cultural”. (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida; HERRERA, Marisa; LLOVERAS, Nora, 2014, pág. 50).

En relación a esto último, vale decir que establecido el vínculo de apego entre el niño o niña y los adultos que lo han adoptado, y ejercidas las funciones y roles parentales adecuadamente, los padres adoptivos pasarán a ser parte de la faz estática, dado que la pertenencia a este grupo familiar será lo que posicione al niño o la niña frente a los otros en sociedad y frente a sí mismo.

De allí también la importancia que radica el contar con estas figuras en el menor plazo posible.

Recordemos que para las autoras Aída Kemelmajer, Lamm y Herrera el derecho a la identidad mantiene estrecha relación con el ***derecho a tener vínculo filial*****.**

Aquí radica entonces el principio del ***interés superior del niño*** para este grupo de niños y niñas.

3. El desarrollo Emocional de NN

Sabemos que los primeros años de vida constituyen una etapa sustantiva en la configuración de la subjetividad, es potencialidad de oportunidades y capacidades para una vida autónoma y plena.

Para Pichón Riviere la trama vincular que alberga al niño es su condición de sobrevida, dado que un recién nacido es incapaz de sobrevivir sin la asistencia del otro, por lo que la trama vincular es la apoyatura ineludible para la confirmación de la identidad.

El niño tiene desde su nacimiento, la capacidad fundamental de relacionarse socialmente, de ello depende su vida misma, no sólo en su aspecto físico sino también emocional.

El bebé nace en un estado de indefensión tal que para sobrevivir, constituirse y desarrollar su potencialidad necesita de otras personas que le provean todo aquello que es necesario, ya no que puede hacerlo por sí mismo. Los niños pequeños, al presentar una estructura psíquica inmadura en formación, se encuentran en un estado de gran fragilidad.

Las experiencias afectivas con sus cuidadores primarios en los primeros años de vida tienen una enorme influencia a favor del desarrollo físico, cognitivo, social y emocional, aspectos íntimamente ligados entre sí.

Tomando algunos conceptos y aspectos del documento publicado por UNICEF en relación al desarrollo emocional de la primera infancia (ARMUS, Marcela; DUHALDE, Costanza y otros, 2012), se puede sostener que el niño/a para crecer en forma saludable necesita:

a. **Sostén emocional:** es la respuesta adecuada al sentimiento de desamparo con el que los niños nacen y permite la construcción de un fuerte vínculo entre el bebé y el adulto de soporte, sostenimiento y satisfacción de las necesidades del bebé.
Este sostén se da en el marco ineludible de un *vínculo estable* (cotidiano y previsible) del cual se construirá un vínculo de apego con sus cuidadores primarios.
La estabilidad y la previsibilidad en el vínculo con sus cuidadores le permiten al niño construir una relación de ***apego seguro.***
b. **Regulación afectiva:** el contacto físico y emocional: acunar, mirar, abrazar, tranquilizar, le permite al niño establecer la calma en situaciones de necesidad y comienza a aprender a regular sus emociones, inicialmente acompañado de otro para luego adquirir autonomía.
c. **Constitución de la confianza básica:** es el resultado de interacciones positivas entre el bebé y su cuidador primario. Esto le permite al niño explorar el mundo sin temor y sin soportes, puede separarse e individuarse, sabiendo que sus cuidadores estarán si los necesita.
d. **Relaciones interpersonales:** los modos en los que los adultos se ocupan del niño, sus interacciones, la comunicación se internalizan y el niño construye así los modelos de sí mismo que reflejan el modo en que sus padres lo ven. Estas experiencias emocionales del niño con su familia y su entorno le permitirán ir construyendo su aparato psíquico y se irá desarrollando hasta que logre ser alguien diferenciado como individuo.
Se dice que la fuente más importante de estímulos para un bebé es el cuerpo de la persona que lo cuida. La presencia física, los brazos del adulto, las caricias, la proximidad del cuerpo, son fundamentales para su organización psíquica y emocional, son el lugar donde las experiencias sensoriales y los estados internos, permiten la construcción de un ***rudimentario sentido de sí mismo.***
Estas formas de comunicación e interacción entre los padres (o quienes cumplen sus funciones) y el bebé son los precursores del uso del lenguaje y de la capacidad empática.

Por otro lado, es importante señalar la Influencia que los vínculos afectivos tienen en el desarrollo cerebral de un niño, el que depende también en parte de las experiencias que vive.

El vínculo temprano tiene un impacto directo en la organización cerebral. Los especialistas afirman que existen ´periodos ventana´ en los

que se requieren determinados estímulos para el óptimo desarrollo de algunas áreas cerebrales. Su estimulación adecuada depende del establecimiento de un vínculo temprano satisfactorio (apego).

Las experiencias estresantes durante los primeros meses de vida dejan secuelas neurológicas y emocionales, por lo cual se hace imprescindible disminuir y organizar la estimulación negativa y aumentar los estímulos que generan seguridad y experiencias tempranas de placer, favoreciendo el vínculo con los padres.

En resumen, podemos establecer que determinadas condiciones como la estabilidad y previsibilidad de los vínculos de soporte, los modos de interactuar con ellos, los modos de comunicación (verbal, no verbal) que establecen los cuidadores con el bebé, le permitirán construir una imagen de sí mismo y del mundo (identidad), desplegar a pleno sus capacidades y recursos personales y explorar el mundo para insertarse en él saludablemente.

La construcción de la identidad, entonces nace de todas las experiencias que el niño o niña transita con sus cuidadores primarios y las interacciones que de ellas emergen.

De allí la importancia y el correlato jurídico de este derecho, sobre todo para niños y niñas sin cuidados parentales que han transitado ya en su corta vida situaciones de estrés emocional severos por la falta de atención adecuada por parte de sus cuidadores primarios. Luego debieron soportar la separación de ellos en tanto vínculos conocidos y la adaptación y acomodación a un espacio de vida en el hogar convivencial donde no hay exclusividad en los vínculos puesto que hay 30 niños pequeños más, los cuidadores que reemplazan a los primarios no son estables ni previsibles, sino que son diversos no sólo en su aspecto físico sino que tienen estilos relacionales diferentes, su presencia no se sostiene en el tiempo puestos que cumplen turnos de trabajo, etc.

Por tanto, no es el espacio institucional ni los cuidados que puede proveer la institución el marco adecuado para un desarrollo saludable de la identidad y más aún cuando estas experiencias se cronifican y sostienen en el tiempo por las dilaciones judiciales que impiden que puedan insertarse en una trama vincular de soporte y apego.

Capítulo 5

Analizando datos:

Causas y consecuencias de la dilación en el procedimiento de adopción

Luego de exponer los datos de la realidad de los niños y niñas de Casa Cuna y de quiénes se definió que no pueden ser cuidados por su familia de origen, la pregunta que se impone es ...¿en qué parte del proceso, que se inicia con la solicitud de la declaración del estado de adoptabilidad encontramos el principio rector y guía que establece que…*"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 a la que se atenderá será el interés superior del niño****…* ***con este fin tomarán todas las medidas legislativas y administrativas*** *adecuadas...****este principio rige*** *en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente,* ***adopción,*** *…Cuando exista* ***conflicto entre los derechos*** *e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos,* ***prevalecerán los primeros****."?*

¿Pura retórica?

Vimos que la mayoría de estos niños y niñas, con nombres, con historias de vida (de tan cortas vidas) son menores de tres años de edad y que no mantienen vínculo alguno con ningún referente familiar, por lo cual el sufrimiento emocional al que están expuestos puede afectar, y afecta gravemente su posibilidad de desarrollo.

En Casa Cuna los niños y niñas con una permanencia mayor al año de internación se padecen retrasos en su lenguaje, retrasos en su desarrollo, problemas en su escolarización, problemas de conducta severos con riesgo para sí y para terceros.

En los últimos meses Benjamín de 5 años se subió dos veces al techo del hogar, una de esas veces se tiró, lo cual milagrosamente le provocó fracturas en su brazo. Benja fue dejado por sus padres en la casa de su abuela, donde recibió malos tratos por lo cual ingresó a Casa Cuna. Desde su ingreso sus padres nunca lo visitaron ni solicitaron saber cómo estaba. Benja no conoce el rostro de su mamá, no recuerda su voz. Sólo espera a una nueva familia. Pero hace mucho espera...

Lo inédito es que Benjamín recibe tratamiento psicológico, psiquiátrico (con las consecuencias negativas que provoca la medicalización de la infancia) entre otros, pero sin embargo, el juez que debe resolver si es declarado en situación de adoptabilidad no sabe quién es, no conoce su rostro, sus expresiones, su risa, su llanto ni su historia. Parece no tener expectativas para él en el futuro. La vida de los niños y

niñas internados en Casa Cuna parece no estar pasando por los despachos de los jueces.

Esta postura frente a los niños y niñas queda clara cuando observamos el tiempo de demora para que un juez dicte sentencia en algún sentido.

Los procedimientos judiciales se dilatan excesivamente en detrimento del derecho a construir una identidad a partir de vínculos familiares estables y previsibles, aun cuando hoy se cuenta con una ley que establece plazos claramente definidos y ordena el impulso procesal de oficio.

Vemos que las expectativas de los juristas respecto que se acelerarían los tiempos de los procesos de adopción no ha resultado como se esperaba.

Algunas demoras tienen que ver con la dificultad para localizar a los progenitores, como los de Benjamín. De este modo no puede notificárselos de la solicitud efectuada por el órgano administrador y por lo tanto el proceso queda burocráticamente enlentecido. Sin embargo, el sufrimiento de los niños sigue impactando en su desarrollo.

Desde la toma de la medida excepcional, el juez competente viene ejerciendo el control jurisdiccional sobre dicha medida como también en cada etapa del proceso (prórrogas). Por lo cual la discrecionalidad que pudieran tener los operadores administrativos se reduce ampliamente. En caso de ocurrir quedaría advertido por el operador judicial, el cual debería rechazar la legalidad y ordenar en forma inmediata el reintegro a la familia de origen. Es decir, que cuando los equipos administrativos llegan a la definición de la solicitud de declaración de adoptabilidad, este hecho no debería ser novedoso, como tampoco su legalidad y fundamento, para quién desde el ámbito de la justicia intervino desde el inicio del proceso administrativo dictando la legalidad de la medida.

Por su parte, los padres deberían poder ejercer su derecho a defensa en cada etapa de la medida excepcional (toma de la medida con la audiencia del artículo 40), como así también en cada una de las prórrogas de la medida que solicita el organismo administrativo y de las cuales el poder judicial dicta legalidad. Además, los padres pueden realizar acciones positivas en post de modificar las situaciones que originaron la medida.

Por tanto, no puede el organismo judicial DESCONOCER todo el proceso previo a la solicitud de la declaración de la situación de adoptabilidad, privilegiando recurrentemente el derecho de los progenitores a defensa (padres que como se observa de la tabla y gráfica 7, no ha establecido contacto con sus hijos durante el proceso de internación), por sobre el derecho de esos niños de establecer vínculos filiales con otros adultos que puedan brindarle cuidados adecuados.

Esto parece un detalle para algunos operadores jurídicos, sin embargo en casos de niñxs recién nacidos y que sus padres no son localizables, esta pauta legal, como así también la falta de operatividad de la instancia judicial, no hace más que vulnerar su derecho la vida y en caso de conservarla ponen seriamente en riesgo la posibilidad de un desarrollo cognitivo y emocional sano, con las consecuencias negativas que traería además, para insertarse en una familia adoptiva, que como bien sabemos, no tienen preferencia por niños o niñas con ningún tipo de dificultad.

Hoy dado que las instituciones no se han visto impactadas por la nueva normativa, el proceso queda detenido. Se privilegia el procedimiento jurídico y el derecho a defensa de adultos que han comprometido los derechos fundamentales de sus hijos y cuyos hechos han sido probadamente fundados por el organismo administrativo con el control jurisdiccional del poder judicial.

Dijimos que el proceso detenido, pero sin embargo, la cotidianeidad del niño o niña no queda suspendida.

Los niños y niñas cronifican sus estadías en hogares, crecen en un marco institucional, estableciendo pautas de desapego, falta de cuidados acordes a su etapa vital y de referentes afectivos estables, que sean soporte de su identidad.

Leyendo a Marisa Herrera, la misma cita un caso dictado por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza de fecha 25/11/02, donde en su voto, la Dra. Kemelmajer de Carlucci expresó: "…sin ingresar en cuestiones que son del ámbito exclusivo y excluyente del Poder Ejecutivo (si eligen bien o mal las familias, si en lugar de destinar esfuerzos económicos a familias extrañas no harían mejor en dar dinero a los padres biológicos, etc.), lo cierto es que estos niños que ingresan en programas pensados para la contención temporaria, permanecen por tiempo indefinido junto a las familias con las que crean vínculos muy distintos a los pensados por el sistema. Es verdad que esa permanencia obedece, en muchos casos, a que el niño no está en condiciones de ser declarado en estado de adoptabilidad, ***pero en otros, como en el supuesto a resolver, nada justifica que no se haya entregado, a los pocos días de estar en el programa, a una familia inscripta en el registro de adoptantes"*** (HERRERA, 2008, pág. 448) . El subrayado es propio.

Esta instancia que plantea la Dra. Kemelmajer difícilmente pueda llevarse a cabo hoy si el juez "no puede" declarar la situación de adoptabilidad. ¿Bajo qué figura se vincularía a una niña o niño sin cuidados parentales mientras se esperan tiempos y definiciones jurídicas?

Recordemos, además, la prohibición del art. 611 que en su tercer párrafo establece que "Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deber ser considerados a los fines de la adopción".

Los niños y niñas entonces quedan atrapados en un sistema judicial que no le permite avanzar en su integración a una nueva familia.

La pregunta que reedito es ¿prima la realidad o el procedimiento jurídico? ¿Niñx o procedimiento burocrático? ¿Y el sujeto de derecho? ¿O es sujeto sólo retóricamente?

Debe primar la lectura del niño como SUJETO DE DERECHO, niño que transita por carencias afectivas, por la necesidad de tener padres que lo conozcan íntimamente, que lo miren, que se reconozcan mutuamente, que los ayuden a crecer adaptativamente y enfrentarse al mundo con autonomía.

¿Era el espíritu del nuevo Código que la realidad se acomodara a la norma? En el caso de niños y niñas institucionalizados sin cuidados parentales y dado que es principio constitucional…. La norma debería responder al interés superior del niño y a la **realidad de todos ellos,** o al menos intentar incluir a todos.

Quedan fuera los más vulnerables (niñxs de 0 a 5 años institucionalizados de quienes se ha definido que no pueden volver con su familia de origen).

Y quedan como apátridas pero de padres y de familia. Huérfanos de vínculos primarios de sostén, de vínculos estables y de rostros conocidos. El daño que el Estado provoca es tremendo.

Aquí no son ya sus cuidadores primarios los que vulneran sus derechos sino el Estado mismo.

Por otro lado, otro obstáculo para acortar los tiempos en el proceso de adopción, radica que en muchos casos, los jueces admiten como prueba para la defensa documentos y evaluaciones que ya obran en los expedientes judiciales y que fueran agregadas durante el control de legalidad de las medidas excepcionales, por lo cual debe iniciarse nuevamente procesos de evaluación de equipos judiciales para poder resolver.

Aquí se denota la falta de articulación con quienes intervinieron previamente durante el proceso administrativo, como también denota el desconocimiento de la situación o causa por parte de los juzgados de familia.

En relación a la participación judicial, se considera que los jueces y Asesores de Menores que intervienen durante el control de legalidad de la medida de excepción limitan su actuación a solicitar informes de avance de las medidas, realizar emplazamientos al órgano administrativo para informar, pero no se involucran más. Sin embargo en aquello que se convierten en actor principal del proceso, que son los procesos de adopción (puesto que el poder judicial es el único con competencias para resolver tal situación, dada su importancia en la vida de las personas) su participación es débil y laxa, es decir que no parecen haberse impactados por el espíritu de la nueva normativa.

Los jueces de familia, desde hace tiempo, vienen colocando en manos de sus secretarios y prosecretarios el seguimiento de los expedientes llamados “tutelares”, siendo éstos los que mayormente conocen los casos y con quiénes los equipos técnicos articulamos algunas acciones. Por lo tanto, habría que repensar, en el marco de la nueva normativa, el rol y las prácticas de algunos operadores judiciales a los fines de efectivizar los principios del nuevo CCyC.

Desde que el Equipo de Casa Cuna se encuentra en función (desde abril de 2016) sólo una jueza y asesora (de más de 15 juzgados) se ha acercado a las oficinas del equipo para articular acciones respecto de una situación de la cual ella tiene competencia para dictar el control de legalidad.

Cabe recordar que los jueces de familia y asesores deben desempeñar sus funciones para todo el conjunto de expedientes y situaciones a su cargo.

Así los niños y niñas institucionalizados que ya han sido desatendidos por el Estado en cuanto a políticas sociales de protección a la familia, tienen un acceso a la justicia bastante condicionado.

Otro punto que los equipos observamos como dificultad es que algunos jueces consideran que rige el plazo a partir de la notificación a los padres y no desde la solicitud efectuada por el organismo administrativo (otra vez quedan negados los que han intervenido previamente), por cuanto, si éstos no pueden ser localizados entonces estos plazos no rigen según establece el CCyC, todo ello en detrimento del derecho del niño, es claro, que continúa creciendo en un espacio institucional.

Por otra parte, existen mecanismos legales para localizar y notificar a los padres, como solicitar información sumaria, publicación de edictos, sin embargo, en la práctica estos procedimientos para establecer o confirmar algo que ya está dicho por los equipos que actuaron hasta el momento en la situación del niño, no hace más que burocratizar y prolongar los tiempos para poder resolver en los plazos que establece el CCyC , y sobre todo, y de mayor importancia garantizar a los niñxs su derecho a tener una familia.
Vuelve aquí a quedar subestimado el abordaje e intervención del organismo administrativo.

Si a la demora judicial sumamos el tiempo que los equipos técnicos del organismo administrativo tardan en determinar que la familia de origen no puede asumir la crianza y cuidados del niño o niña, entonces hablamos de más de un año de internación con todas las consecuencias a nivel de desarrollo cognitivo, social y emocional que esto provoca a los pequeños.

¿Y el derecho a tener un vínculo filial?

Se dijo que entre los componentes del derecho a la identidad están entre otros, conocer a sus padres, ser cuidados por éstos,mantener

relaciones familiares sin injerencias ilícitas del estado, salvo que ello no sea posible por razones fundadas en el interés superior del niño (que aquí sólo podemos fundarlas en las burocracias jurídicas), la lengua de origen y la identidad cultural (preservación de la cultura de su lugar de origen, su identidad e idiosincrasia).

¿Cómo construir estos componentes si no hay familia a la cual pertenecer? La pertenencia, es con el Estado?

Finalmente, podemos observar que la dilación en la declaración de la situación de adoptabilidad de niños y niñas sin cuidados parentales, albergados en sistemas de hogares convivenciales, provoca demoras innecesarias en la consecunción del derecho a la identidad.

Si bien se entiende que la identidad se construye igual con los factores existentes donde el niño o niña desarrolla cotidianamente su vida y con los vínculos que se le presentan, se hace aquí referencia al derecho a la identidad en tanto involucra el derecho a tener vinculos filiales y a tener una familia (pertenencia) que sea soporte identitario para un desarrollo emocional adecuado.

La permanencia prolongada en espacios de encierro como ya se ha mencionado, produce retrasos en el desarrollo físico y emocional de los niños y niñas, como también provoca la construcción de modelos identitarios en los que prevalece el desapego, la falta de estabilidad en los vínculos, falta de confianza en el otro y por tanto una construccion deficitaria de la autoimagen. Así mismo puede traer aparejado malestar emocional y estados de ansiedad dependiendo de la edad y recursos internos del niño o niña.

De allí entonces la importancia de que niños y niñas permanezcan el menor tiempo posible en sistemas de internación. De lo contrario volvemos al viejo paradigma de la Situación Irregular para el tratamiento de la niñez.

El Estado vulnera severamente los derechos de niños y niñas en etapas del desarrollo de gran fragilidad cuando no logra resolver incluirlos en un espacio familiar que le brinde cuidados afectivos y nutricios adecuados en plena armonía y respeto por sus derechos.

Seria alentador que los distintos operadores de la niñez podamos, sin distincion de cargos, involucrarnos creativamente en la búsqueda de soluciones a las dificultades procedimentales que cada situación de niños y niñas trae, que podamos reconocernos mutuamente como actores con un rol social en materia de niñez que es *indelegable*, pues la vida, los momentos de tristeza, de felicidad que tienen esos sujetos de derecho con nombre (Benjamín, Nahiara, Jhony), dependen en gran parte de las estrategias que nosotros trazamos y les proponemos según su edad y grado de madurez.

Pensar en el niño o niña como eje de los procedimientos adminsitrativos y judiciales debe llevarnos necesariamente a pensarlos

con rostro, con historia familiar vivida, sufrida, con deseos y necesidades y con historia para construir. No como sujetos detenidos.

Es deber de los operadores del sistema de niñez actuar oportunamente en vistas a garantizar su pleno desarrollo, el cual vendrá con su integracion definitiva a un grupo familiar que pueda proveerlos de los cuidados que necesita y donde pueda poner en marcha los procesos identificatorios, tanto para construir su faz estática como dinámica.

Anexo 1

Listado de niños y niñas de Casa Cuna de los que se solicitó la declaración de la Situación de Adoptabilidad desde mediados de 2015 a abril de 2017.[5]

Nro. Id.	***Estado***	**Id.**	**FN**	***Edad***	***INGRESO FECHA***	***SOLICITUD A JUZGADO FECHA***	***SENTENCIA /FECHA***	***Egreso***	***Vinculación***
1	S/R	Esteban	10/11/2014	2 años	25/08/2016	26/04/2017	S/R	no	Si
2	S/R	Mía	09/09/2011	5 años	25/08/2016	26/04/2017	S/R	no	Si
3	S/R	Tomas	28/09/2015	1 año	25/08/2016	26/04/2017	S/R	no	Si
4	S/R	Milton	23/08/2016	8 meses	05/10/2016	22/02/2017	S/R	no	No
5	S/R	Brian	06/10/2016	6 meses	08/11/2016	15/04/2017	S/R	no	No
6	S/R	Alma	16/12/2015	1 año	Abril/17 ultimo ingreso	01/04/2017	S/R	no	Si
7	S/R	Norita	24/01/2017	3 meses	20/02/2017	15/03/2017	S/R	no	No
8	S/R	Mili	19/12/2012	4 años	20/09/2016	15/03/2017	S/R	no	No
9	*S/R*	Ale	21/09/2004	*12 años*	23/03/2016	01/10/2016	S/R	no	No
10	S/R	Joan	18/02/2017	2 meses	15/4 se toma Med. Exc	21/04/2017	S/R	no	No
11	*S/R*	Octavio	08/06/2014	*2 años*	23/03/2016	01/10/2016	S/R	no	No
12	*S/R*	Nicol	08/06/2013	*3 años*	23/03/2016	01/10/2016	S/R	no	No
13	*S/R*	Vanesa	04/06/2015	*1 año*	01/03/2016	20/02/2017	S/R	no	No
14	*S/R*	Mica	22/05/2016	*1 año*	11/07/2016	21/03/2017	S/R	no	No
15	*S/R*	Benjamín	07/09/2011	*5 años*	23/03/2016	01/10/2016	S/R	no	No
16	*S/R*	Nahiara	23/03/2009	*8 años*	23/03/2016	01/10/2016	S/R	no	No
17	S/R	Celeste	16/04/2016	1 año	12/05/2016	05/04/2017	S/R	no	Si
18	*S/R*	Azul	30/06/2010	*6 años*	15/09/2015	21/03/2016	S/R	no	No
19	*S/R*	Malvina	21/07/2008	*8 años*	15/09/2015	21/03/2016	S/R	no	No

[5] **Fuente:** DINAF. Dirección de Cuidados Alternativos. Base de datos del Equipo Técnico de Casa Cuna. Los nombres utilizados no se condicen con los reales.

20	*S/V*	Sol	04/11/2013	*3 años*	22/09/2015	15/04/2016	28/06/2016	no	No
21	*S/V*	Martin	23/08/2015	*1 año*	22/09/2015	15/04/2016	28/06/2016	no	No
22	*S/V*	Alexis	11/05/2010	*7 años*	17/11/2015	03/05/2016	24/5/16.	no	No
23	*S/V*	Sebastián	14/12/2008	*8 años*	17/11/2015	03/05/2016	24/5/16.	no	No
24	*S/V*	Emanuel	08/04/2012	*5 años*	17/11/2015	03/05/2016	24/5/16.	no	No
25	*S/V*	Uriel	03/08/2016	8 meses	03/08/2016	01/11/2016	abr-17	no	No
26	*S/V*	Franco	21/12/2008	*8 años*	07/10/2014	16/06/2015	04/03/2016	no	No
27	*S/V*	Brisa	25/12/2007	*9 años*	07/10/2014	16/06/2015	04/03/2016	no	No
28	*S/V*	Máximo	14/05/2010	*6 años*	07/10/2014	16/06/2015	04/03/2016	no	No
29	*S/V*	Ignacio	01/11/2013	*3 años*	07/10/2014	16/06/2015	16/06/2015	no	No
30	*S/V*	Lucia	27/03/2012	*5 años*	07/10/2014	16/06/2015	16/06/2015	no	No
31	*S/V*	Martina	04/10/2011	*5 años*	1/07/2014	19/10/2015	22/12/2016	no	No
32	*S/V. apel*	Ulises	2009	*8 años*	01/11/2015	feb-16	oct-16	no	No
33	*S/V. apel*	José	20/11/2013	*3 años*	5/07/2016	26/06/2016	18/11/2016	no	No
34	*S/V. apel*	Diego	11/01/2015	*2 años*	5/07/2016	26/06/2016	18/11/2016	no	No
35	*S/V. apel*	Esmeralda	30/06/2013	*3 años*	25/04/2015	01/09/2015	mar-16	no	No
36	V	Carlos	10/11/2009	6 años	26/06/2015	01/08/2015	abr-16	26/12/2016	
37	V	Pablo	14/12/2013	3 años	26/06/2015	01/08/2015	abr-16	26/12/2016	
38	*V*	Eugenia	09/12/2012	*3 años*	22/09/2015	15/04/2016	28/06/2016	30/09/2016	
39	*V*	Valentina	29/11/2011	*5 años*	22/09/2015	15/04/2016	28/06/2016	30/09/2016	
40	V	Julia	03/03/2010	6 años	23/07/2015	21/03/2016	17/11/2016	28/12/2016	
41	V	Ariel	07/11/2011	4 años	23/07/2015	21/03/2016	17/11/2016	28/12/2016	
42	V	Mirta	24/02/2014	2 años	23/07/2015	21/03/2016	17/11/2016	28/12/2016	
43	V	Karem	18/12/2014	2 años	28/10/2015	01/03/2016	jul-16	11/07/2016	
44	V	Jano	19/11/2013	2 años	28/10/2015	01/03/2016	jul-16	11/07/2016	

45	V	Lautaro	15/09/2005	9 años	25/04/2015	01/09/2015	mar-16	sep-16	
46	V	Agustina	04/09/2016	2 meses	20/09/2016	renuncia	14/11/2016	16/11/2016	

BIBLIOGRAFÍA

BARATTA, A. (1997). Infancia y Democracia. Bogotá: Temis.

BURGUÉS, Marisol, LERNER, Gabriel. (2006). Alcences, Límites y delimitaciones de la reglamentación de la Ley 26.601. Desafíos pendientes. *Doctrina*(12).

CILLERO BRUÑOL, M. (1998). *Infancia, Autonomía y Derechos: Una cuestión de principios.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos, C. (2005). *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia del 8 de Septiembre de 2005.*

De LA TORRE, Natalia; HERRERA, Marisa. (2012-2013). Protección Integral, Familias, Ley y Derechos. Buenos Aires: UNICEF.

FREEDMAN, D. (2006). Funciones normativas del interes superior del niño. *Mas Derecho, 4*.

FLORES, María Elena. "Expósitos Y Abandonados. Prácticas Sociales Para Con La Niñez Institucionalizada". Córdoba. Revista Topos.

GIBERTI, Eva. *"Adopción para padres"*. Buenos Aires. 2001Ed. Lumen-Hvmanitas.

GIL DOMINGUEZ, Andres; FAMA, María Victoria; HERRERA, Marisa. (2006). *Derecho Constitucional de Familia. Tomo II.* Buenos Aires: Ediar.

HERRERA, M. (2006). Luces y sombras sobre la voz del niño en su adopción. *IV Jornadas Regionales y I Jornadas Nacionales Interdisciplinarias de Adopción.* Mendoza.

HERRERA, M. (2008). El Derecho a la Identidad en la Adopción. Tomo II. (pág. 448). Buenos Aires: Ed. Universidad.

HERRERA, Marisa. "El derecho a la identidad en la Adopción". Tomo I y Tomo II. Buenos Aires. 2008. Ed. Universidad.

HERRERA, Marisa. *"El decálogo de la adopción a la luz de la reforma del Código Civil". (*http://mpd.jusentrerios.gov.ar/2015/11/26/el-decalogo-de-la-adopcion-a-la-luz-de-la-reforma-del-codigo-civil-por-marisa-herrera2/)

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa; LAMM, Eleonora. (s.f.). *"Derecho a conocer los orígenes, derecho a la información y derecho a tener vínculo jurídico en la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida".*

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida; HERRERA, Marisa; LLOVERAS, Nora. (2014). *Tratado de Derecho de Familia. Tomo III.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

LAMAS, M. (1995). "Cuerpo e identidad". En L. V. ARAGON, *Género e identidad* (pág. 63). Bogotá: Comp. TM editores, Uniandes, UN Facultad de Ciencias Humanas.

MINYERSKY, Nelly, HERRERA, Marisa. (2006). Autonomía, Capacidad y participación a la luz de la ley 26061. Desafios pendientes. *Doctrina*(12).

NAVARRO, Martín; BURGUES, Marisol; DEPICHE, Agostina y otros. SENAF. (2014). *Seminario: Protección del Derecho a la Identidad. Apuntes de Modulo 1.* SENAF.

ORTIZ, María José; FUENTES, Jesús y LÓPEZ, Félix. *"Desarrollo psicoafectivo en la primera infancia."*

ROTENBERG, Eva; AGREST WAINER, Beatriz. *"Adopciones. Cambios y complejidades. Nuevos Aportes"*. Buenos Aires. 2014.

UNICEF. Claves para la primera infancia. Ed. UNICEF- Fundación Kaleidos. *20https://www.unicef.org/ecuador/Desarrollo_emocional_0a3_simples.pdf*

VALGAÑON, Mónica. "Vínculos familiares en transformación". SSECC Ediciones. Mendoza, 2012.

VILLALTA, Carla. *"Imitar a la naturaleza. La adopción de niños en los años ´60: entre ficciones legales y prácticas consuetudinarias"*. Artículo publicado en Cosse, Isabella, Felitti, Karina y Manzano, Valeria (comps.) "Los sesenta de otra manera: vida cotidiana, género y sexualidad en la Argentina. Prometeo. Buenos Aires. 2010.

VILLALTA, Carla. ***"La conformación de una matriz interpretativa. La definición jurídica del abandono y la pérdida de la patria potestad"***. 2010. Rosario. En Lionetti Lucía y Miguez, Daniel (comps.) "Las infancias en la historia Argentina. Intersecciones entre Prácticas, discursos e instituciones 1880-1960.

Jurisprudencia

Convención sobre los Derechos del Niño. 1998. Ley Nacional n° 23.849.

Código Civil y Comercial de la Nación. Ley Nacional n° 26.994

Ley n° 26.061 de "Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes". 2005.

Ley Nacional de Adopción n° 13.252/48.

Ley Nacional de Adopción n° 24.779/97.

Ley Nacional de Adopción n° 25.854/2003.

Ley Provincial de Adopción n° 8524/13, B.O. de la Provincia de Mendoza 5/02/2013; Decreto Reglamentario n°1.459/2014 de B.O. de Mendoza del 2/09/2014.

Acordada provincial n° 25.501/2013. Protocolo de Actuación entre el Poder Judicial y DINAF para las Medidas excepcionales.

Corte Interamericana de derechos humanos. Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana. 2012.

Corte Interamericana de derechos humanos. Opinión Consultiva n°17/2002.