

Presentan *Amicus Curiae*

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Solicitud de Opinión Consultiva

Presentada por la República Argentina el 20 de enero de 2023

Presentado por:

Proyecto de investigación UBACyT, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales
“Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA)

Observatorio de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Facultad de Derecho,
Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN)

Autoras/es:

Marisa Herrera. Directora Proyecto de investigación UBACyT.

María Martina Salituri Amezcua. Coordinadora Observatorio de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Carolina A. Videtta. Integrante Proyecto UBACyT e investigadora del Observatorio de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Sabrina A. Silva. Integrante Proyecto UBACyT e investigadora del Observatorio de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Natalia de la Torre. Integrante Proyecto UBACyT.

Federico Notrica. Integrante Proyecto UBACyT.

Camila Beguiristain. Integrante Proyecto UBACyT.

Gonzalo Imas. Integrante Proyecto UBACyT.

Emilia Pardini. Integrante Proyecto UBACyT.

Leonardo Vittola. Integrante Proyecto UBACyT.

Datos de contacto:

Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Marisa Herrera, Directora del Proyecto de Investigación UBACyT, UBA; María Martina Salituri Amezcua, Coordinadora Observatorio de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, UNICEN; Carolina A. Videtta y Sabrina A. Silva, ambas integrantes del Proyecto UBACyT, UBA e investigadoras del Observatorio de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, UNICEN; Natalia de la Torre, Federico Notrica, Camila Beguiristain, Gonzalo Imas, Emilia Pardini y Leonardo Vittola, todas/os ellas/os integrante del Proyecto UBACyT, UBA, constituyendo domicilio en la calle Bolívar 481, Azul, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, se dirigen respetuosamente a esa Ilustre Corte y manifiestan:

I- SOLICITUD DE SER CONSIDERADOS AMICUS CURIAE

Venimos a presentarnos en la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Argentina el 20 de enero de 2023, a fin de que esta Ilustre Corte defina el contenido y el alcance del derecho al cuidado y las obligaciones estatales correspondientes, de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y otros instrumentos internacionales de derechos humanos; y sometemos a consideración de V.E. el presente memorial en derecho, en calidad de *Amicus Curiae* (“amigo de la Corte”), en el que ofrecemos nuestra opinión acerca de las temáticas subyacentes a los puntos sometidos a consulta.

El Proyecto de investigación UBACyT, está integrado por profesoras/es, investigadoras/es y alumnas/os de la cátedra de Derecho de las Familias y Sucesiones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Dicha institución pretende crear un espacio de referencia y formación de jóvenes comprometidas/os con los Derechos Humanos a fin de lograr su plena vigencia y efectividad. En este sentido la investigación científica, la realización de actividades de extensión que cristalicen el compromiso con el medio, la profundización en la enseñanza, y la transferencia hacia la comunidad, son pilares fundamentales para logra fortalecer la conciencia moral, en aras de lograr el pleno respeto de los Derechos Humanos.

Por su parte, el Observatorio de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, a través de sus directoras, coordinadora e investigadoras, entienden que las temáticas en estudio hacen parte del enfoque de derechos humanos que es su impronta y columna vertebral. El Observatorio se asienta en una perspectiva de derechos humanos conforme a los estándares internacionales vigentes a efectos de abordar las problemáticas que afectan a la niñez y adolescencia, siendo la actuación del sistema de protección de derechos y el enfoque de género temáticas centrales en materia de derechos humanos de niñas/os y adolescentes desde una perspectiva contemporánea.

Por lo expresado, el interés del Proyecto de investigación UBACyT y del Observatorio es evidente, al estar involucrado en el caso en estudio la interpretación de obligaciones que hacen al respeto de los derechos humanos en cuestiones de cuidados. Además, es compromiso de las Facultades de Derecho en las cuales se insertan ambos espacios académicos, crear ámbitos de debate y actualización permanente en la materia, tomar intervenciones activas que coadyuvan a la formación integral de operadoras/es jurídicos comprometidas/os con la defensa de los derechos humanos para enfrentar las bases de la desigualdad de género.

II- INTERÉS DEL AMICUS CURIAE

Como instituciones educativas cuya finalidad es la enseñanza, la investigación y la extensión desarrolladas a través de una perspectiva de derechos humanos, se tiene un especial interés en brindar una opinión como fruto de los estudios generados en sus ámbitos, máxime cuando se trata de la oportunidad para que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se exprese sobre un tema de central importancia en lo que hace al desarrollo y evolución en los derechos humanos en general, y lo relativo a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en particular.

En este marco, es nuestro objetivo poder acercar a esta Corte un estudio profundo del derecho argentino y su jurisprudencia en cuanto a los cuidados desde una perspectiva de niñez y adolescencia y la protección a la familia, en el entendimiento de la importancia de calificar a los cuidados como un derecho humano y la relevancia de que esta Corte defina estándares internacionales en la materia, así como las obligaciones que, en consecuencia, son exigibles a los Estados, siendo una gran oportunidad para el país y la región.

III. OBJETO DE LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVO

La República Argentina presentó el pasado 20 de enero de 2023 ante la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de Opinión Consultiva sobre *“El contenido y alcance del cuidado como derecho humano, y su interrelación con otros derechos”* a fin de que el Tribunal interprete las obligaciones sobre: a) *“el derecho humano a cuidar, a ser cuidado/a y al autocuidado”*; b) *“la igualdad y no discriminación en materia de cuidados”*; c) *“los cuidados y el derecho a la vida”*, y d) *“los cuidados y su vínculo con otros derechos económicos, sociales, culturales y ambientales”*, d.1) *“derecho al trabajo y a la seguridad social”*, d.2) *“derecho a la salud”*, d.3) *“derecho a la educación”*, d.4) *“derecho a un ambiente sano”*, d.5) *“otros derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)”*.

IV. DESARROLLO DE LA OPINIÓN

A continuación, se desarrollan distintos puntos cuyo análisis deviene central de acuerdo al objeto de la Opinión Consultiva solicitada. A los fines de una mejor organización y claridad expositiva, se divide el apartado en cuatro grandes ejes: 1) la preservación de vínculos familiares y políticas de cuidado; 2) familias, socioefectividad y cuidados; 3) el rol de los cuidados alternativos desde la perspectiva de niñez y adolescencia y la protección a la familia; y 4) cuidado y autonomía progresiva, que se pasan a desarrollar.

IV.1- Preservación de vínculos familiares y políticas de cuidado

A. Introducción

La República Argentina, a través del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, otorgó jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales de derechos humanos que contemplan la protección y asistencia a las familias, especialmente cuando sean responsables del cuidado de los/as hijos/as.

En particular, la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), a lo largo de su preámbulo y articulado, otorga trascendencia a la familia en tanto espacio para el crecimiento y el bienestar, por lo que reconoce la especial importancia que adquiere para los niños y las niñas el derecho a crecer en un ámbito familiar.

Por otro lado, a nivel regional, en consonancia con los artículos 17 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, en adelante) dispuso en la Opinión Consultiva N° 17 que *“la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño”*.

Con relación a los cuidados, en la Observación General N° 14, relativa al derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, el Comité sobre los Derechos del Niño sostuvo “ (...) la obligación del Estado de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar (art. 3, párr. 2). Los términos "protección" y "cuidado" también deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo no se expresa con una fórmula limitada o negativa (por ejemplo, "para proteger al niño de daños"), sino en relación con el ideal amplio de garantizar el "bienestar" y el desarrollo del niño. El bienestar del niño, en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad (...) El cuidado emocional es una necesidad básica de los niños; si los padres o tutores no satisfacen las necesidades emocionales del niño, se deben tomar medidas para que el niño cree lazos afectivos seguros. Los niños necesitan establecer un vínculo con los cuidadores a una edad muy temprana, y ese vínculo, si es adecuado, debe mantenerse a lo largo de los años para ofrecer al niño un entorno estable”.¹

Como es posible advertir, el Comité reconoce al cuidado como un derecho humano en sentido amplio que incluye aspectos materiales y afectivos, y que debe ser brindado desde la corresponsabilidad, pues coloca al Estado como actor relevante en su garantía. Asimismo, es posible advertir que en materia de niñez y adolescencia exige un deber de garantía reforzado en virtud del impacto que tiene el mismo en esta etapa de la vida.

En Argentina, desde el movimiento feminista, se viene visibilizando que lejos de la sencillez, el cuidado es una actividad humana fundamental que incluye el derecho a cuidar, a ser cuidado y al autocuidado y que satisface “ (...) las necesidades básicas de la existencia y reproducción de las personas (...) ” a través de “ (...) elementos físicos y simbólicos que les permiten vivir en sociedad”², pudiendo ser brindado por el Estado (por medio de políticas públicas), por el mercado, por los hogares (mediante el trabajo de cuidado no remunerado) y la comunidad. Es decir, comprende el conjunto de tareas, gestiones, trabajos y energías para la reproducción de la población.

Desde hace tiempo, Pautassi³ viene señalando que, a partir de la ratificación de los tratados de derechos humanos, no puede desconocerse que el cuidado es un derecho humano universal consagrado implícitamente a partir del conjunto de derechos sociales –alimentación, salud, educación, acceso al agua- que ellos contienen, y que traen como correlato una

¹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14.

² ALONSO, Virginia, MARZONETTO, Graciela, RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, Corina, Organización social del cuidado en la Argentina. Brechas persistentes e impacto de las recientes reformas económicas, Revista Estudios del trabajo, Asociación Argentina de Especialistas de Estudios del Trabajo, 2019, 58, pp. 2-31.

³ PAUTASSI, Laura, El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos, Serie Mujer y Desarrollo, CEPAL, Chile, 2007, 87, pp. 1-74.

obligación (positiva y negativa) de garantía plenamente exigible y justiciable en cabeza del Estado.

B. El principio de preservación de los vínculos familiares: cuidar a los que cuidan

El estándar internacional de derechos humanos de preservación de los vínculos familiares encuentra en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (SIDH), robustos argumentos a partir de la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en tanto integrantes del “muy comprensivo *corpus iuris* internacional de protección de los niños que debe servir”, a esta Corte IDH, “para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”⁴.

Es por ello que, en principio, “la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”⁵. Proteger a las familias es también proteger a las niñas, niños y adolescentes (NNA) que las componen.

La protección a la familia⁶ se consagra en los artículos 17.1 de la CADH, 23.1 del PIDCP, 10 del PIDESC y constituye “un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”⁷. Así, las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, de las Naciones Unidas, indican que “las causas que dan origen a la separación de un niño de su medio familiar deben ser consideradas para brindar apoyo adecuado a la familia, es decir, que deben realizarse todos los esfuerzos necesarios para subsanar los motivos que originaron la separación del medio familiar y restituir el medio familiar en el menor tiempo posible”⁸.

He aquí la necesaria interacción entre los artículos 19 y 17 de la CADH, que se plasma en el derecho humano de las y los NNA a vivir en familia. Que es, en primer lugar, la familia de origen. Esta Corte ha señalado que “el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8o, 9o, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí que a la familia que todo niño

⁴ Corte IDH, 1999, caso “Villagrán Morales (Niños de la calle) vs. Guatemala”, párr. 194, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf, (compulsado el 30/10/2023).

⁵ Corte IDH, 2002, OC 17, “Condición Jurídica del Niño”, párr. 66, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf, (compulsado el 30/10/2023).

⁶ En ese sentido, cabe recordar que: “En la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma” (Corte IDH, 2012, caso “Fornerón e Hija vs. Argentina”, párrs. 98 y 99, disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf, compulsado el 30/10/2023).

⁷ Corte IDH, 2002, OC 17, cit., párr. 66.

⁸ Asamblea General de Naciones Unidas, 2010.

y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. En consecuencia, a falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos”⁹.

En virtud de lo expuesto, corresponde advertir la necesaria vinculación del derecho humano de NNA a vivir en familia y el cuidado como derecho humano autónomo, en las tres aristas que componen su contenido, es decir: derecho humano a recibir cuidado, derecho humano a cuidar y derecho humano al autocuidado.

En este punto, se aborda puntualmente el cruce entre el derecho de las personas menores de 18 años de edad a ser cuidadas y el derecho de sus familiares a cuidar de ellas, principalmente de sus progenitoras, en función de la desigualdad de géneros en materia de cuidados¹⁰. Lo cual implica considerar el derecho a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación consagrados en los artículos 24 y 1.1 de la CADH, a la luz de la intersección de factores de vulnerabilidad, en especial la edad y el género dado el cruce abordado.

Sobre esta cuestión, cabe traer a colación un documento elaborado por el Instituto Interamericano del Niño de la Organización de Estados Americanos, titulado: “La condición de género y el derecho a vivir en familia de niños, niñas y adolescentes de América Latina y el Caribe”¹¹. Allí se aborda la desigualdad de género y el derecho a vivir en familia, y se analizan los factores de riesgo para la pérdida del cuidado familiar vinculados con el género¹², entre los que se mencionan las violencias¹³ y los embarazos en niñas y adolescentes¹⁴. En este contexto,

⁹ Corte IDH, 2002, OC 17, cit., párr. 119.

¹⁰ Se ha señalado que: “A escala mundial, sin excepción, las mujeres realizan las tres cuartas partes del trabajo de cuidados no remunerado, a saber, el 76,2 por ciento del total de horas dedicadas al mismo. Ningún país del mundo registra una prestación de cuidados no remunerada igualitaria entre hombres y mujeres” (OIT, 28/06/2020, “El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado. Para un futuro con trabajo decente”, disponible en: https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_737394/lang--es/index.htm, compulsado el 30/10/2023).

¹¹ IIN OEA, *La condición de género y el derecho a vivir en familia de niños, niñas y adolescentes de América Latina y el Caribe*, 2021, disponible en: <http://observatorioderechoavivirenfamilia.org/wp-content/uploads/2021/06/La-condicio%CC%81n-de-ge%CC%81nero-y-el-Derecho-a-vivir-en-familia-de-NNA-de-ALC.pdf> (compulsado el 15/8/2023).

¹² Se mencionan los siguientes factores: violencia física, sexual y/o psicológica; embarazos en niñas y adolescentes, matrimonios y uniones tempranas y forzadas; otras violencias: dependencia y explotación económica, privación de libertad, situación de calle y abandonos en familias migrantes, avance del Grooming.

¹³ El referido documento señala: “Se presentan las expresiones de violencias basadas en género que atraviesan estructuralmente a la región, la antigüedad, la espacialidad y las características de las mismas, señalando cuáles de éstas afectan directamente el Derecho a vivir en familia, y cómo son las dinámicas familiares de los núcleos donde viven niños, niñas y adolescentes en riesgo de perder el cuidado familiar o que lo perdieron. Las manifestaciones de violencias basadas en género atraviesan a la región, y por ende a las familias latinoamericanas, generando múltiples factores de riesgo en el entorno familiar, que son el reflejo de pautas culturales reproducidas sistemáticamente en la sociedad y sus instituciones”.

¹⁴ Al respecto, se manifiesta: “Este tipo de manifestación de las violencias basadas en género afecta directamente a las niñas de la región, pero nuevamente, es importante recordar que estas niñas y niños, son parte de una familia, de una sociedad y un Estado que, debería protegerlas, y, sin embargo, se enfrentan a vulneraciones físicas, psicológicas y emocionales que ponen en riesgo su Derecho a vivir en familia”.

se advierte que “existe una brecha entre las políticas actuales que dan respuestas a las infancias y a las desigualdades de género”, observándose “falta dialogo entre ellas” y, “necesidad de articulación”.

Como se señala en el párrafo anterior, estos dos factores de riesgo para el derecho al cuidado familiar, tanto para la persona que cuida como para la que recibe estos cuidados, constituyen una realidad en Latinoamérica, por lo que resulta sumamente necesario poder determinar cuáles son las obligaciones del Estado al respecto, con enfoque de derechos humanos.

Desde la experiencia argentina, la jurisprudencia local ha puesto de resalto esta temática en numerosos casos. Respecto a la vinculación entre las violencias de género y el derecho a vivir en familias, se advierten las fallas que permean a los sistemas de protección de derechos, tanto de NNA como de mujeres, lo cual ha implicado una luz de alerta en materia de adopción de medidas de separación de personas menores de 18 años de edad de sus familias, especialmente en contextos atravesados por violencias de género en el ámbito intrafamiliar. Amén de recordar que, en la sentencia del caso “Campo Algodonero”, esta Corte consideró que, en los casos de violencia contra las mujeres, el artículo 7 inciso *b*) de la Convención de Belém Do Pará impone *obligaciones reforzadas* al Estado en cuanto al deber de debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres.

Así, se ha señalado que es una práctica generalizada en estos casos “que el primer objetivo o meta que impongan los Servicios de Niñez y adolescencia es que la progenitora ponga fin a la relación violenta, imponiéndole para ello estrategias que generalmente -y sin el debido acompañamiento- resultan prácticamente imposibles de cumplir no sólo para una mujer víctima de violencia sino para cualquier persona que, además, debe procurarse diariamente su sustento”¹⁵. Ello implica visibilizar la desigualdad de género en materia de trabajo y cuidados, lo que lleva a la violencia patrimonial a la que se enfrentan estas mujeres y las hijas e hijos a su cuidado, frente al corte del vínculo con el agresor quien es, al mismo tiempo, el proveedor económico del grupo familiar.

De este modo, se consideró que, en el marco de una medida de separación excepcional de NNA del núcleo familiar, “el trabajo desplegado por el Servicio Local no fue el adecuado a la problemática que atravesaba [la progenitora de origen], tanto como víctima de violencia de género, como a la situación de extrema pobreza en que quedó luego de interrumpir definitivamente la relación con [el agresor]”¹⁶. De allí, la íntima vinculación entre los derechos

¹⁵ Juzgado de Familia N° 1 de Olavarría, 17/1/2020, "M. V, F. y Otro s/ abrigo" y su acumulado "S, S. s/ abrigo", Citar: elDial AAB1B.

¹⁶ Juzgado de Familia N° 1 de Olavarría, 17/1/2020, "M. V, F. y Otro s/ abrigo" y su acumulado "S, S. s/ abrigo", Citar: elDial AAB1B.

al cuidado, a vivir en familia y a la protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), sumándose de este modo otro factor de interseccionalidad que debe ser considerado, en función de la situación socioeconómica.

En otro caso, también se realizó un señalamiento similar respecto al incumplimiento de las obligaciones de los organismos estatales competentes, puntualizando que “no se advierten de las constancias, elementos que permitan inferir que, el Estado haya recurrido a ensayar diferentes estrategias para fortalecer a la mujer fuera del circuito de violencia y de este modo, que pueda permanecer al cuidado de sus hijos”¹⁷. Lo cual llevó, en este supuesto, a la declaración de la situación de adoptabilidad de un niño, quien vivenció sucesivos abandonos hasta re-encontrarse nuevamente con su progenitora de origen más de 9 años después, con las múltiples vulneraciones de derechos humanos para ambas personas involucradas, entre ellos el derecho a ser cuidado y a cuidar en el marco del derecho a vivir en familia.

En materia de embarazo adolescente cabe mencionar, como paradigmático, el caso recientemente resuelto por esta Corte, “María* vs. Argentina”. En el caso de “María” se trató de una adolescente de 13 años de edad, embarazada de 28 semanas de gestación, viviendo con su familia en situación de vulnerabilidad socioeconómica y víctima de violencia sexual intrafamiliar. Surge del Informe de Admisibilidad y Fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que, en ningún momento, los organismos competentes del sistema de protección de NNA adoptaron medidas de protección de los derechos de “María”, sin perjuicio de estar informados de las vulneraciones de derechos que atravesaba.

Por el contrario, todas las acciones se concentraron únicamente en la opción de que “María” diera a su hijo en adopción, ello incluso antes de que el niño naciera. Lo cual, en el derecho argentino, es nulo, ya que un consentimiento de este tipo solo puede ser válido luego de transcurrido un determinado lapso posterior al nacimiento, en respeto del estado puerperal de la progenitora. Fue así que “María”, en su calidad de progenitora adolescente, no recibió ninguna protección de sus derechos que le garantice el fortalecimiento de su familia, el acceso a derechos sociales y el debido resguardo frente a escenarios violentos.

Tampoco se le brindó el debido acompañamiento y asesoramiento jurídico para poder tomar decisiones de forma libre e informada en cuanto a su deseo de maternar a su hijo “Mariano”. A pesar de que todas estas medidas de protección se encuentran expresamente reguladas y vigentes en las normas especiales de protección de derechos de NNA, tanto a nivel nacional como provincial. Bajo este marco rodeado de irregularidades en el actuar de los

¹⁷ Juzgado de Familia Nro. 9 de Lomas de Zamora, 7/7/2021, “F., G. E. S/ ABRIGO”, disponible en: <http://biblioteca.camdp.org.ar/cgi-bin/koha/opac-retrieve-file.pl?id=efa30b4aa26ffbf30ffad5ef5e91262f>, (compulsado el 30/10/2023).

órganos estatales que componen el sistema de protección, “María” fue revictimizada por el Estado en su condición de adolescente, primero embarazada y luego progenitora, pobre y víctima de violencia sexual.

En cuanto al derecho a la vida familiar respecto de progenitoras/es adolescentes, esta Corte ha afirmado que los Estados deben contar con programas de apoyo que tengan por finalidad “dar a las madres y padres la posibilidad de ejercer las funciones parentales en condiciones de dignidad y evitar que se vean inducidos a entregar la guarda de su hijo a causa de su vulnerabilidad” (párr. 101).

Por consiguiente, sostuvo que el Estado “debe tomar medidas no solo en favor del niño o niña, sino también en favor de sus progenitores que también son objeto de protección especial”. De esta forma, considera que el Estado, frente a la protección del vínculo familiar, tiene dos tipos de obligaciones, por una parte, debe velar porque no se produzcan injerencias arbitrarias o abusivas en la vida familiar (conf. art. 11 CADH), así como tomar medidas para garantizar la protección de esa vida familiar (conf. art. 17 CADH) (párrs. 89 y 90).

Incluso cuando cuando las/os progenitoras/es sean adolescentes y hayan manifestado su voluntad de renunciar temporal o definitivamente a sus responsabilidades parentales, concurre el deber especial de protección a favor de ellas/os puesto que merecen la protección que les dispensa el artículo 19 de la CADH y VII de la DADH por ser personas menores de 18 años (párr. 89).

De esta manera, se observa desde la jurisprudencia local, cómo los cuidados están atravesados por construcciones de género en torno a las responsabilidades, roles y funciones que se asignan a varones y mujeres (mujer-cuidadora/hombre-proveedor). Ello, pese a que el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) —en materia de responsabilidad parental— se asienta en el principio de coparentalidad, partiendo de la noción de corresponsabilidad entre progenitoras/es¹⁸.

En este sentido, es corriente que el organismo de protección que debe trabajar con la familia para lograr el reintegro familiar de las y los NNA, se concentre en trabajar solo con la madre, en fortalecer sus recursos personales en lugar de desplegar estrategias que incluyan al progenitor varón. Así, en un caso¹⁹, en primera instancia se declaró la situación de adoptabilidad de tres niñas, por entender agotadas todas las vías tendientes a su reinserción en el seno de su familia de origen.

¹⁸ Conforme artículo 638, CCyCN: “Responsabilidad parental. Concepto. La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”

¹⁹ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, Sala I, 07/06/2016, “P. J., O. M., O. M. y O. Y. s/ declaración de estado de abandono y guarda para futura adopción”, Microjuris Online MJ-JU-M-100240-AR | MJJ100240.

La sentencia fue apelada por el padre, y la instancia superior revocó la decisión adoptada al sostener que “se verifican ciertas desinteligencias e inconsistencias a la hora de diseñar e implementar los planes de acción que avalaban las medidas excepcionales de protección, excesiva dilación en el tiempo en torno a cada una de las medidas adoptadas, y una suerte de prejuicio o desvalorización de la figura paterna, ya que O. no fue visto como una alternativa familiar, aun cuando nunca abandonó su rol y mostró perseverar por superar dificultades subjetivas y materiales, para recuperar a sus hijas. Concluyendo, que “como no se visibilizó positivamente a dicha persona, ni se evaluaron sistémicamente sus dificultades, tampoco fue destinatario de medidas de fortalecimiento familiar específicas (...) el largo lapso de institucionalización de las niñas no ha sido eficazmente usado para cumplir ese objetivo del reintegro a la familia propia, y en alguna medida esto ocurrió al soslayar esa alternativa prioritaria”.

Al respecto, cabe recordar que esta Corte en el caso “Fornerón vs. Argentina” sostuvo que “El estado civil de soltero del señor Fornerón, equiparado por uno de los jueces a “la ausencia de familia biológica”, como fundamento para privarle judicialmente del ejercicio de sus funciones de padre, constituye una denegación de un derecho basada en estereotipos sobre la capacidad, cualidades o atributos para ejercer la paternidad de manera individual, ello sin haber considerado las características y circunstancias particulares del progenitor que quiere, en su individualidad, ejercer su función de padre” (párr. 95).

De fecha más reciente, en el caso “Ramírez Escobar vs. Guatemala” ha dicho que “Los estereotipos de género se refieren a una preconcepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, cuya creación y uso es particularmente grave cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales”. Agregando que la “idea preconcebida del reparto de roles entre padres, por los cuales solo la madre era responsable del cuidado de sus hijos” también responde a un estereotipo machista en cuanto “al rol del padre” asignándole un nulo valor al afecto y cuidado”.

Por lo que podemos observar los roles, preconceptos y estereotipos asociados a las maternidades y paternidades que circulan en las prácticas de las y los agentes estatales, la construcción del lugar de las mujeres como principales cuidadoras y el abordaje solapado, fragmentado y/o descoordinado de las situaciones de violencias de géneros intrafamiliares que tienen como víctimas tanto a progenitoras como a sus hijas e hijos menores de 18 años de edad, generan re-victimizaciones a través de formas de violencia institucional; y ausentes o deficientes reparaciones de derechos al no abordarse integralmente la problemática. **Por ello se vuelve imperioso poder determinar las obligaciones del Estado en virtud del artículo**

17 de la CADH y 8.b de la Convención de Belém Do Pará relativos a la modificación de patrones socioculturales de conducta de varones y mujeres en relación a los cuidados.

Al respecto, cabe recordar que la CIDH ha señalado que los sistemas nacionales de protección de los derechos de NNA deben “considerar necesariamente los principios de igualdad y no discriminación y cómo éstos son aplicables a asuntos de género. Este enfoque apunta a identificar y modificar el conjunto de estereotipos, creencias, prácticas, normas y valores sociales que se construyen a partir de la diferencia sexual y de los roles de género, los cuales han sido empleados de forma histórica para discriminar en contra de las mujeres”²⁰.

Finalmente, y para cerrar este apartado, cabe considerar no solo las responsabilidades del Estado respecto a las relaciones intrafamiliares -es decir, entre las personas que componen las familias-, sino las obligaciones frente a ésta misma como un núcleo de protección de derechos humanos colectivos de los sujetos jurídicos que las integran. Más aún, considerando la pluralidad de conformaciones familiares igualmente válidas y merecedoras de protección. La cual debe ser reforzada a la luz de la interseccionalidad por género, por imperativo de la Convención de Belém do Pará.

Así, deviene fundamental la determinación de los estándares interamericanos en materia de igualdad que los Estados deben adoptar para adecuar su derecho interno sobre cuidados, a la luz del artículo 2 de la CADH.

En este sentido y en lo que se refiere al cruce de derechos humanos aquí abordado, cabe considerar la necesidad del establecimiento y regulación de un sistema de cuidados como política pública, de acceso a todas las personas de conformidad con los artículos 1.1. y 24 de la CADH, en tanto una medida legislativa para hacer efectivo el derecho humano a vivir en familia en conexión con el derecho al cuidado y otros DESC.

Nuevamente desde la experiencia argentina, ello se encuentra en fase de tratamiento parlamentario ante el Congreso de la Nación²¹. En este contexto y dentro de los fundamentos brindados en el proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo Nacional ante la Cámara de Diputados, se ha sometido a consideración del órgano deliberativo la creación de un Sistema Integral de Políticas de Cuidados “a fin de que se coordinen el conjunto de políticas públicas de cuidados que de forma integral y articulada tiendan a garantizar una organización social del cuidado accesible y de calidad, con igualdad de género y enfoque de derechos humanos, así

²⁰ CIDH, *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: sistemas nacionales de protección*, 2017, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/nna-garantiaderechos.pdf>, (compulsado el 30/10/2023)

²¹ Proyecto de ley nro. 0008-PE-2022 presentado por el Poder Ejecutivo nacional “CREACION DEL SISTEMA INTEGRAL DE POLITICAS DE CUIDADOS DE ARGENTINA”, disponible en <https://www4.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2022/PDF2022/TP2022/0008-PE-2022.pdf>, (compulsado el 30/10/2023).

como también se propone la modificación de los regímenes de licencias maternales, paternales y parentales en general, con el objetivo de redistribuir los trabajos de cuidados”²².

Esto implica considerar las obligaciones del Estado de adoptar medidas de manera integral, es decir regulando no sólo los diversos tipos de licencias en el ámbito laboral, sino también de manera más amplia, incluyendo las distintas realidades sociales, como las más vulnerables que por lo general quedan fuera del empleo formal. Lo cual supone brindar “servicios, prestaciones y políticas públicas de cuidado de calidad y en igualdad de condiciones para todas y todos”²³, con perspectiva de género y de derechos humanos.

Al respecto, y desde la perspectiva de derechos de NNA, cabe recordar que esta Corte ha señalado que “En el análisis sobre el posible incumplimiento del Estado de sus obligaciones derivadas del artículo 19 de la Convención Americana, debe tenerse en consideración que las medidas de que habla esta disposición exceden el campo estricto de los derechos civiles y políticos. Las acciones que el Estado debe emprender, particularmente a la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños”²⁴.

IV.2. Familias, socioafectividad y cuidados

A. Consideraciones generales

Históricamente toda forma de organización familiar se constituía sobre la base del elemento biológico, los lazos sanguíneos determinaban la construcción de los vínculos familiares y posibilitaban el nacimiento de determinados derechos. Y, si bien es cierto que el afecto siempre estuvo presente en las relaciones humanas, nunca fue un elemento determinante para el derecho como sí lo fue la consanguinidad.

También es sabido que las realidades familiares son cada vez más complejas y los cambios socioculturales impactan de lleno en la forma en la cual las familias se constituyen como así también sobre las relaciones interpersonales entre sus miembros.

En este sentido, deviene importante señalar que, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, diversos instrumentos hacen referencia a la familia, aunque sin conceptualizarla, consagrando diversos principios relativos a su protección, a la igualdad y no discriminación, a la autodeterminación, entre otros.

²² Fundamentos del proyecto de ley nro. 0008-PE-2022, cit.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Corte IDH, 2004, caso “Instituto de Reeducación del menor vs. Paraguay”, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf, (compulsado el 30/10/2023).

El Comité de Derechos Humanos en la Observación General N°19 ha dicho que el “... concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aún entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto (...) destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, este debe ser objeto de la protección prevista en el art. 23”²⁵.

Por su parte, esta Corte IDH en su Opinión Consultiva N°24 destacó que “... la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen a la familia y la vida familiar de manera complementaria. Es así como esta Corte ha considerado que las posibles vulneraciones a este bien jurídico tutelado, deben analizarse no solo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada y familiar, según el art. 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del art. 17.1 del mismo cuerpo legal. Ninguna de las normas citadas contiene una definición taxativa de qué debe entenderse por “familia”. Sobre el particular, la Corte ha señalado que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo en particular de la misma”²⁶.

Así, se puede afirmar que se preserva a la familia en sentido amplio, sin definirla, protegiéndose de esta manera a las diversas formas de organización familiar existentes y que pudieran existir, dentro de las cuales no quedan afuera aquellas cimentadas exclusivamente en el afecto.

Diversos cuerpos normativos, en particular aquellos que entraron en vigor los últimos años, como los casos del Código Civil y Comercial de Argentina o recientemente el Código de las Familias de Cuba, no han escapado a la noción de socioafectividad entendida como principio y como elemento determinante y constructor de relaciones familiares.

Se trata de la conjunción de dos elementos: lo social y lo afectivo; “... cómo lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social; y cómo lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos...”²⁷.

Aída Kemelmajer de Carlucci señala que “... el afecto, a diferencia del dato genético, rara vez aparece mencionado en las normas jurídicas referidas a la familia (...) No obstante, los operadores del derecho han empezado a pensar que, en numerosas ocasiones, las relaciones

²⁵ Observación General N°19 del 27-7-1990, párr. 2. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Art. 23 — La familia, 39 período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990).

²⁶ CORTE IDH, 24/11/2017, Opinión Consultiva OC-24/17 Solicitada por la República de Costa Rica sobre "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo", párr. 174.

²⁷ HERRERA Marisa en *Tratado de Niños Niñas y Adolescentes* (dir. Fernández, Silvia Eugenia), Abeledo Perrot, 2015, Tomo I, p. 975.

familiares deberían moverse más en el ámbito de la afectividad que en el de los lazos biológicos o genéticos (...)”²⁸.

Resulta interesante elevar la noción de socioafectividad a la categoría de principio pues, como es sabido, esta impacta profundamente en diversas cuestiones, siendo una de ellas la relativa a los cuidados de NNA, con una particularidad: lo hace de modo interseccional junto a la construcción en cada caso en concreto de la noción de interés superior.

Este concepto proviene primigeniamente del derecho brasilero que lo viene trabajando hace tiempo, principalmente, poniendo en crisis el derecho filial a partir del componente afectivo, pero luego extendiéndose a otros ámbitos.²⁹ Por su parte, ha tenido un gran protagonismo -como se adelantó- en el Código de las Familias cubano, aprobado el 25/09/2022, en el que se establece en su art. 3 que las relaciones que se desarrollan en el ámbito familiar se basan en la dignidad y el humanismo como valores supremos y se rigen por diferentes principios, entre ellos, el de socioafectividad.

Dicho principio aparece, por ejemplo, como una forma de determinación del parentesco, diferente al de consanguinidad, de afinidad y adoptivo (art. 21), en la filiación (art. 50), en la adopción (art. 104), así como en la aceptación de la multiparentalidad (art. 59) y las uniones de hecho (art. 306).

Volviendo a su desarrollo e importancia, la doctrina señaló que “El principio de socioafectividad implica la consideración del afecto entre las personas para la regulación de las relaciones de familias. Este principio implica la consideración de las dinámicas sociales que condicionan las diversas estructuras familiares en los ejercicios de regulación jurídica. La socioafectividad como principio transversal cruza todo el Derecho de las familias y, en consecuencia, desborda y va más allá de los aspectos meramente filiales (ello sin desconocer su impacto superlativo en este campo, así como su ineludible conexión con el interés superior del niño). De allí que cabe considerar su gravitación cada vez más presente y rupturista dentro del Derecho de las familias, es decir, como aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados con el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo.”³⁰

Pues bien, resulta de suma importancia que dicho análisis aporte ideas para lograr, conforme el cruce de la socioafectividad con el interés superior y el derecho a vivir en familia

²⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014, Revista Jurídica La Ley, 8 de octubre de 2014, p. 9. LL, 2014, AR/DOC/3592/2014.

²⁹ Para profundizar puede verse, María Berenice Dias, *Manual de Direito das Familias*, 6º ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p. 387 y ss.

³⁰ SALITURI AMEZCUA, María Martina y VIDETTA, Carolina A., “La interseccionalidad de tres principios del contemporáneo derecho de las familias: socioafectividad, interés superior del niño y perspectiva de géneros”, RDF 98, 2021, p. 3.

de todo/a NNA, dar un concepto sobre la identidad dinámica, así como presentar las figuras alternativas de cuidado a la luz de los derechos humanos mediados por el enfoque de interseccionalidad como una mirada necesaria cuando hablamos de derechos humanos y cuidados.

Todo esto a la luz del principio de protección especial, a partir del cual “se debe aplicar un enfoque diferenciado en las normas y en las políticas que dé cuenta de la situación de desigualdad estructural en la que se encuentran ciertos grupos, en particular niños, niñas y adolescentes, personas mayores y personas con discapacidad”³¹. Ello para que los/as NNA puedan ser cuidados por personas con quienes construyeron lazos afectivos más allá de sus relaciones de parentesco formales, basadas en la consanguinidad o la afinidad, cuando esto, claro está, satisfaga su interés superior.

B. El cuidado y su relación con el derecho humano de todo NNA a vivir en familia

Tal como adelantáramos, todo NNA tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño.

Los diferentes instrumentos internacionales le dan especial relevancia al análisis de la separación de NNA de su familia, pues cualquier decisión al respecto debe estar justificada por el interés superior.

Al respecto, la Directriz 14 de Riad ha establecido que “... cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el "desplazamiento" de un lugar a otro”.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño establece: a) respetar el ejercicio de las responsabilidades, derechos y deberes de los progenitores o, en su caso, de quien se encuentre a cargo del niño, niña o adolescente, en consonancia con la evolución de sus facultades (art. 5, CDN); b) respetar que el niño, niña o adolescente no puede ser separado de su familia de origen contra su voluntad a menos que la autoridad judicial, de conformidad con la ley y un claro procedimiento que ofrezca a todas las partes interesadas la oportunidad

³¹ Solicitud de Opinión Consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de Argentina, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_2_2023_es.pdf, 20/01/2023.

de participar en él y dar a conocer sus opiniones, disponga lo contrario en virtud de que tal separación hace al superior interés del niño (art. 9, CDN); c) garantizar el reconocimiento del principio de la coparentalidad, correspondiendo a ambos progenitores o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño (art. 18 primera parte, CDN); d) prestar la asistencia apropiada a los progenitores o representantes legales a los efectos de fortalecerlos para que logren un mejor desempeño de la responsabilidad primordial que detentan (art. 18 segunda parte, CDN).

El Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General N°7 relativa a la “Realización de los derechos del niño en la primera infancia” en su apartado IV se encarga de precisar que el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño refiere a la familia como “... el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños...”³² y, por lo tanto, concluye que la familia se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño.

Se especifica el derecho humano de todo NNA a crecer y desarrollarse con su familia de origen³³ y, en consecuencia, a no ser separado de ella, salvo por causas excepcionales que por su gravedad impidan su permanencia y, únicamente, bajo revisión judicial (art. 9 ap. 1, CDN). Se puntualiza que la familia tiene la responsabilidad primordial de garantizar el disfrute pleno y efectivo ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en la Convención, debiendo los Estados Parte, en su caso, brindar la asistencia necesaria para que ésta pueda afrontar dicha responsabilidad primordial (arts. 5 y 18, CDN). Asimismo, el artículo 9 ap. 2 de la Convención expresamente hace hincapié en la obligación de los Estados Parte de entablar un procedimiento con normas claras mediante el cual se establezca en qué casos de excepción

³² Comité sobre los Derechos del Niño, OG N°7, ap. IV punto 15.

³³ Resulta oportuno precisar que la Argentina ha sido severamente advertida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el resonado caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, precisamente -entre otras cosas-, por no contar -en aquél entonces- con un procedimiento que posibilite y regule la problemática de la separación del niño, niña o adolescente de su familia de origen y sirva de antesala al proceso de adopción, en clara violación al artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte IDH expresó: “Los niños tienen el derecho a vivir con su familia biológica; el derecho de un padre o una madre a vivir junto a su hijo o su hija es un elemento fundamental de la vida familiar, y las medidas internas que lo impiden constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 17 de la Convención. La determinación de separar a un niño de su familia debe hacerse de acuerdo a la ley (...) la determinación del Estado de otorgar una guarda judicial, y posteriormente una adopción, en oposición a la voluntad del padre biológico (...) sin haber asegurado debidamente el acceso del padre a la niña, no sólo interfirió en el ejercicio que la Convención les garantizaba de su derecho de familia, sino que trajo aparejado adicionalmente el riesgo de que se generaran lazos afectivos con el tiempo que luego sería difícil revertir, sin generar un daño a la niña...” (Corte IDH, “Fornerón e hija vs. Argentina”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 27-IV-2012, Serie C. Nro. 242, párr. 112).

corresponde la separación del NNA de su familia y, además, posibilite el acceso a la justicia de todas las personas interesadas.

Las razones determinantes que habiliten la separación y la ruptura de este derecho humano de todo NNA a crecer, vivir y desarrollarse con su familia, deben encontrar basamento en el interés superior de estos. Y, en todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.

Ahora bien, como se dijo en un principio, no existe un concepto cerrado de familia, por lo tanto, el respeto y desarrollo de este derecho humano fundamental que involucra -como vemos- al interés superior de todo NNA, también lo hace en lo referente al principio de socioafectividad.

El afecto como elemento estructurante del derecho de las familias invita a (re)pensar y analizar el derecho desde el vínculo afectivo en lo personal y social que se genera y desarrolla entre los seres humanos que comparten el núcleo denominado familia y las tareas de cuidado que se requieren para su desarrollo y estabilidad.

Considerar a la socioafectividad como principio estructural e integrante de los derechos humanos implica la consideración del afecto entre las personas para la regulación de las relaciones familiares, como fundamento y razón de ser de la solidaridad familiar, que se expresa en el cuidado, en el compartir, en la asistencia y atención debida de los y las integrantes de las familias³⁴.

No obstante, como se ha dicho "...la socioafectividad como principio transversal cruza todo el derecho de las familias y, en consecuencia, desborda y va más allá de los aspectos meramente filiales (ello sin desconocer su impacto superlativo en este campo, así como su ineludible conexión con el interés superior de los/as NNA). De allí que cabe considerar su gravitación cada vez más presente y rupturista dentro del derecho de las familias, es decir, como aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados con el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo"³⁵.

En este sentido, el derecho a vivir en familia no involucra estrictamente a la familia nuclear unida por lazos consanguíneos sino también a todas aquellas construcciones socioafectivas que para la persona menor de edad constituye una relación familiar. De manera

³⁴ Salituri Amezcua, Martina; Videtta, Carolina A.: *"La interseccionalidad de tres principios del contemporáneo derecho de las familias: socioafectividad, interés superior del niñx y perspectiva de géneros"*, Publicado en RDF 98, 10/03/2021, 71, Cita TR LALEY AR/DOC/48/2021.

³⁵ JNac. Civ. No 8, 15/07/2016, "L. G. M. s/ control de legalidad - ley 26.061", disponible en: <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2016/08/FA.-NAC.-JUZ.-CIV.-N%C2%B08.-Inconstitucionalidad-del-art.-611.pdf> en Salituri Amezcua, Martina; Videtta, Carolina A.: *"La interseccionalidad de tres principios del contemporáneo derecho de las familias: socioafectividad, interés superior del niñx y perspectiva de géneros"*, Publicado en RDF 98, 10/03/2021, 71, Cita TR LALEY AR/DOC/48/2021.

tal que, a la hora de evaluar este derecho humano, entra en juego no solo la noción de interés superior como principio habilitante de separación de todo NNA de su familia, sino, además, la noción de socioafectividad y los vínculos que dicho NNA ha generado en el tiempo con determinadas personas que pudieren estar al frente de su cuidado.

Resulta de importancia señalar que el decreto reglamentario 415/2006 de la ley 26.061 establece en su art. 7 que “Se entenderá por “familia o núcleo familiar”, “grupo familiar”, “grupo familiar de origen”, “medio familiar comunitario”, y “familia ampliada”, además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección. Los organismos del Estado y de la comunidad que presten asistencia a las niñas, niños y sus familias deberán difundir y hacer saber a todas las personas asistidas de los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares.”, reconociendo de este modo a los vínculos afectivos de NNA, como parte de “su” familia.

C. *La identidad dinámica*

La identidad es definida como el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a una persona en sociedad que supone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico o somático mientras que otros son de diversa índole, ya sea cultural, ideológica, religiosa o política³⁶.

En este sentido, la doctrina propone dos fases del derecho a la identidad: estática y dinámica. La identidad estática responde a la mirada restrictiva de identificación y se establece como los datos físicos de una persona. Por otra parte, la identidad dinámica tiene que ver con las relaciones sociales que la persona establece a lo largo de su vida, abarcando su historia, su biografía existencia, su estructura social y cultural³⁷.

Dicen López y Silva que “En relación a la faz dinámica, nos parece dable traer a colación algunas definiciones del parentesco elaboradas por Levi Strauss. El autor, tras analizar las más diversas formaciones sociales, concluye que las relaciones de parentesco no se hacen necesarias por el estado de la sociedad. Son el estado de la sociedad mismo, al modificar las

³⁶ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho a la identidad personal, Bs. As., Ed. Astrea, 1992, p.113 y GIL DOMINGUEZ; Andres, FAMÁ, María V., HERRERA, Marisa Ley de Protección Integral de Niños Niñas y adolescentes – Ley 26.061, Bs. As., Ediar, 2007, p. 228 en LOPEZ, A. Daniela y SILVA, Sabrina A., Comisión n°14 de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Estudiantes: “Identidad y filiación”, “Estática y Dinámica: idas y vueltas en busca de un abordaje omnicompreensivo de la identidad”.

³⁷ HERRERA, Marisa, Manual de Derecho de las Familias, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, pág. 403.

relaciones biológicas y los sentimientos naturales. Esas relaciones, entonces, no deben pensarse solamente sobre la base de las características de cada individuo sino como la determinación de un rol social”³⁸.

En otros términos, la identidad dinámica trasciende a la estática y proyecta la vida de cada persona en sociedad, es mutable y se alimenta constantemente con todo aquello que hace la persona con su vida.

Esta faz dinámica de la identidad es una expresión de la socioafectividad. En la vida cotidiana nos topamos con un sinfín de relaciones humanas cimentadas en una relación de amor, profundo y afectivo, que no puede ser omitido por el derecho ni por sus diversos operadores.

En muchas ocasiones estas relaciones humanas afectivas constituyen verdaderas relaciones familiares en donde se arraiga un profundo sentimiento identitario entre los sujetos involucrados, construido a través del tiempo y del deseo continuo de permanecer juntos. Casos que pueden implicar el ejercicio de tareas de cuidado y la recepción de cuidados, lo que conlleva a divisar que en estos supuestos existen varios derechos humanos en juego: a vivir y desarrollarse en su familia cimentada en el afecto; el respeto por la socioafectividad generada en el tiempo, lo que comprende muchas veces a la identidad dinámica; el interés superior del NNA y su consideración primordial que involucra el reconocimiento de estos derechos; y el derecho humano a brindar cuidados y recibir cuidados de aquella/s persona/s con las que se tiene una unión afectiva y trato familiar.

Sobre este punto es necesario hacer hincapié en que no alcanza con desarrollar la noción de cuidado a la luz de otros principios o derechos humanos como los enumerados, sino que resulta imperiosa su atención especial como un derecho humano más. Solo desde este prisma podrá exigirse a los Estados, entre otras cuestiones, que impulsen acciones positivas tendientes a garantizar un adecuado desarrollo de las tareas de cuidado conforme su importancia e impacto social y futuro que conlleva.

En la actualidad se observan diversos cuerpos normativos que hacen referencia a la responsabilidad primordial que tienen los miembros de las familias tendiente a garantizar los derechos y garantías de todo NNA que se encuentran bajo su cuidado, lo que trae aparejada la responsabilidad subsidiaria del Estado en torno al fortalecimiento de estas en los casos en que sea necesario para cumplimentar dicho ejercicio.

³⁸ LOPEZ, A. Daniela y SILVA, Sabrina A., Comisión n°14 de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Estudiantes: “Identidad y filiación”, “Estática y Dinámica: idas y vueltas en busca de un abordaje omnicompreensivo de la identidad”. p. 4.

Entonces si aparece reconocida dicha responsabilidad, entonces debe garantizarse, desde una lectura integral del corpus iuris internacional, el derecho humano de todo/a NNA a ser cuidado por sus progenitores, por los miembros de su familia ampliada y/o por personas con quienes tienen lazos afectivos y, cuando ello no suceda, por el Estado, en su rol de garante último de los derechos humanos de las personas.

D. Enfoque interseccional

El reconocimiento y la protección del cuidado establecido como un derecho humano debe pensarse a través de sistemas nacionales de cuidados con enfoque de derechos, género e interseccionalidad.

Debemos tener en cuenta el enfoque interseccional como una herramienta que nos permite hacer de los derechos humanos una constante de accesibilidad y goce para todas las personas. Dentro del concepto de interseccionalidad debemos abarcar, como dijimos anteriormente, la noción de familias en plural reconociendo y dando legitimidad a la diversidad de sus múltiples formas posibles.

Es dable destacar que “...uno de los ángulos desde los que mejor se puede entrever y analizar la interseccionalidad que nos hemos propuesto de los tres principios que venimos desarrollando es, sin duda, el relativo al cuidado de NA. Toda vez que observamos cómo, pese a tener normas con perspectiva de género, seguimos sosteniendo prácticas —tanto judiciales como administrativas— muy alejadas de ella. Se continúan reproduciendo los roles estereotipados, donde las mujeres somos consideradas las principales cuidadoras de las/os NA, verificándose, aun hoy, una suerte de prejuicio o desvalorización de las figuras masculinas para la asunción de los mismos”³⁹.

No podemos soslayar que la normativa laboral se encuentra lejos de todos los cambios sociales y normativos que surgen del derecho de las familias, sosteniendo así una ideología históricamente patriarcal donde los cuidados de los hijos e hijas están a cargo de la mujer, en contrapartida, las tareas de proveedor están a cargo de los varones.

En este sentido, identificando la situación actual, sobre todo luego de haber transitado una pandemia, nos atraviesa y requiere una urgente responsabilidad estatal: la creación de políticas redistributivas del cuidado con perspectiva de género y diversidad y desde la interseccionalidad teniendo como uno de los principios rectores al interés superior de NNA.

Retomando el concepto de socioafectividad como eslabón que contribuye a reconocer, ampliar y desbiologizar los cuidados, rompiendo con los estereotipos arraigados para evitar su

³⁹ Salituri Amezcua, Martina; Videtta, Carolina A., “La interseccionalidad de tres principios del contemporáneo derecho de las familias: socioafectividad, interés superior del niño y perspectiva de géneros”, RDF 98, 10/03/2021, 71, Cita TR LALEY AR/DOC/48/2021.

reproducción. Es así que la interseccionalidad como herramienta de trabajo es indispensable para modificar la relación del Estado con las niñeces y adolescencias, y respetar y proteger sus derechos y los de las familias.

IV.3. El rol de los cuidados alternativos desde la perspectiva de niñez y adolescencia y la protección a la familia

A. Introducción

Cuando hablamos de niñez y adolescencia, es necesario realizar un abordaje contextual y tener presente la heterogeneidad de experiencias en el ser niño, niña y adolescente de acuerdo a factores sociales, económicos, culturales y de géneros. Es dentro de esa diversidad donde nos encontramos con niños, niñas y adolescentes están temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo interés superior exige que no permanezcan en ese medio. En consecuencia, tanto la CDN como la Ley Nacional N° 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, exigen del estado protección y asistencia especial.

En particular, advirtiendo el impacto y la gravedad en el goce de los derechos que dichas medidas tienen en NNA, el artículo 20 de la Convención dispone que los Estados garantizarán otros tipos de cuidado.

En este sentido, en el marco de la Programación Científica UBACYT que lleva adelante la Secretaría de Investigación de la UBA titulado “Las guardas de hecho y su prohibición. Un estudio sociojurídico desde el derecho comparado” (Proyecto 20020190100232BA) que se desarrolla en el Instituto de Investigaciones Sociales y Jurídicas Dr. Ambrosio L. Gioja de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, estudiando los debates y las intervenciones estatales existentes en torno al artículo 611 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN, en adelante) hemos visibilizado situaciones en las que algunos/as niños, niñas o adolescentes no tienen posibilidades de retornar a sus grupos familiares de origen y tampoco resulta viable la adopción, por lo que se recurre a otras figuras de cuidado contempladas en la normativa nacional o provincial que, al mismo tiempo, implican otras formas de ser y estar en familia.

Por ello, en este apartado nos proponemos abordar la interrelación entre cuidados y familias, pero enfocados en grupos familiares alternativos a los fines de visibilizar el valor social y económico de las tareas que realizan las personas que las componen y la responsabilidad del Estado, no solo en garantizar dichos espacios como parte de su política pública, sino también en acompañar y cuidar a quienes lo integran y desarrollan.

B. Cuidados y familias: provisión y protección desde la pluralidad

En consonancia con la normativa internacional de los derechos humanos, el artículo 14 bis de la Constitución Nacional dispone que el Estado garantizará la protección integral de la familia, sin dar una definición cerrada de esta. Ello conduce a una protección en sentido amplio, toda vez que quedan contempladas las diferentes formas de organización familiar existentes y aquellas que en el futuro pudieren existir.⁴⁰

Advirtiéndose la importancia del cuidado durante la niñez y adolescencia y la familia como espacio propicio para su provisión, en virtud del artículo 20 de la CDN y lo manifestado por la Corte IDH en la Opinión Consultiva N° 17⁴¹, es obligación del Estado brindar una protección especial y reforzada a los/as NNA sin cuidados parentales, garantizando otros tipos de cuidado. Al mismo tiempo, el artículo 75 inc. 23 de la Constitución Nacional impone la adopción de medidas de acción positiva para garantizar la igualdad real y el pleno goce y ejercicio de los derechos, en particular respecto de NNA.

En este sentido, cobran relevancia los espacios familiares socioafectivos alternativos, pues constituyen una forma de garantizar el derecho a vivir y crecer en familia desde una visión plural "(...) aceptando la diversidad de formas familiares y la multiplicidad que presenta el vivir y "ser" cuidado por una. Parte también de entender a los NNA como sujetos de derecho, con voz y con posibilidades de ser escuchados respetuosamente, atendiendo a sus proyectos de vida, contruidos o en construcción".⁴² En el mismo sentido, "el Comité reconoce que "familia" aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños (...)"⁴³.

Ahora bien, estos espacios familiares pueden darse en el marco de una medida excepcional, a través de lo que se conoce como "acogimiento familiar" o "familias de tránsito", o bien finalizada la misma.

Con respecto a la primera, la modalidad de acogimiento familiar en familias de la comunidad del NNA, ha sido incorporada en distintas normativas provinciales y constituye un recurso de cuidado limitado en el tiempo, que tiene por objetivo la conservación o recuperación del ejercicio y goce de los derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias, hasta que los niños, niñas y adolescentes recuperen el derecho a vivir en familia (ya sea la de origen, adoptiva o por otras figuras previstas en el CCyCN). En definitiva, y sin desconocer el trabajo desarrollado por los dispositivos de alojamiento estatales o supervisados por el Estado, esta

⁴⁰ CORTE IDH, 24/11/2017, Opinión Consultiva OC-24/17 Solicitada por la República de Costa Rica sobre "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo".

⁴¹ CORTE IDH, 28/08/2002, Opinión Consultiva OC-17 Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño".

⁴² RAFFO, Pablo E. y PORTILLO, Claudia E., Niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales. Registro de Cuidadores Familiares: una nueva forma de restituir derechos, RDF, AR/DOC/621/2023.

⁴³ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación general N° 7 (2005). Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1.

figura contribuye a la desinstitucionalización de cara a los potenciales efectos devastadores sobre su salud mental y su desarrollo holístico.⁴⁴

De este modo, uno de los caracteres principales de la figura es el acompañamiento y el cuidado positivo, brindando un espacio familiar que proteja afectiva y materialmente y garantice derechos desde la autonomía progresiva sin sustituir voces y vínculos. Al mismo tiempo, se deja entrever la diversidad familiar que debe atravesar a la figura, sin priorizar un tipo de familia de acogimiento por sobre otros.

Sin embargo, pese a la trascendencia de la figura, es posible advertir que a nivel nacional la Ley N° 26.061, sin ahondar en la figura, establece las llamadas medidas excepcionales, entre ellas, la convivencia alternativa a la de su grupo familiar y, a nivel provincial, sólo regulan la figura de forma específica la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁴⁵, Misiones⁴⁶, Río Negro⁴⁷, San Juan⁴⁸, San Luis⁴⁹, Tierra del Fuego⁵⁰ y Mendoza⁵¹. De esta manera, puede repararse en la falta de una ley nacional con lineamientos generales que regulen la figura y otorgue recursos propios para sostenerlas y acompañarlas.⁵²

Como sostiene Herrera, "en el derecho argentino se carece de una normativa integral o una regulación en la legislación civil de fondo que delimite la figura de las ubicaciones transitorias. A pesar de ello, esta se utiliza en la práctica a través de figuras reguladas en los ámbitos provinciales bajo diferentes denominaciones: familias sustitutas, solidarias, colocación familiar o abrigo, otorgándoseles diferentes roles, funciones, responsabilidades o institucionalidad. Pero todas ellas presentan un denominador común de suma relevancia: dar respuesta a las situaciones de extrema gravedad donde un niño no puede permanecer en su familia de origen (...)".⁵³

En relación al segundo escenario, el panorama se vuelve complejo cuando, finalizada la medida de excepción no resulta posible el retorno a la familia de origen, pero tampoco resulta posible el camino de la adopción.

⁴⁴ CONSEJO DE DEECHOS HUMANOS, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, A/HRC/35/21, párr. 74.

⁴⁵ Ley N° 6.516, 09/12/2021, disponible en https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/V2/ver-archivo-pdf.asp?archivo=L0006516CABA.pdf

⁴⁶ Ley N° II-36, 20/05/2021, disponible en <http://www.saij.gob.ar/>

⁴⁷ Ley N° 5.497, 29/12/2020, disponible en <https://web.legisrn.gov.ar/digesto/normas/ver?id=2021010007>

⁴⁸ Ley N° 689-S, 19/11/2014, disponible en <http://www.saij.gob.ar/>

⁴⁹ Ley N° IV-0871, 27/11/2013, disponible en <https://e-legis-ar.msal.gov.ar/htdocs/legisalud/migration/html/22985.html>

⁵⁰ Ley N° 1037, 12/03/2015, disponible en <https://www.legistdf.gob.ar/lp/leyes/Provinciales/LEYP1037.pdf>

⁵¹ Ley N° 9.383, 05/04/2022, disponible en <http://www.saij.gob.ar/>

⁵² ALEMÁN, María del Carmen, BEGUIRISTAIN, Camila D., PARDINI, Emilia y SARQUIS, Lorena, Acompañamiento familiar de niños, niñas y adolescentes como medida de excepción - Aportes para una ley marco nacional, Rubinzal Online, 764/2022.

⁵³ HERRERA, Marisa, Socieafectividad e Infancia. ¿de lo clásico a lo extravagante?, en *Tratado de Niños Niñas y Adolescentes*, FERNANDEZ, Silvia Eugenia (directora), Abeledo Perrot, CABA, 2015, Tomo I, pág. 982.

Respecto a la inviabilidad de la adopción, en primer lugar, cabe señalar que dentro de los principios generales que rigen esta fuente filial, el inciso f del artículo 595 del CCyCN determina que a partir de los diez años los NNA deben prestar su consentimiento expreso. De esta manera, se pone en el centro la opinión de las niñeces y las adolescencias en consonancia con el concepto mismo de la adopción que pone a los NNA como protagonistas de dicho proceso. Tal es la relevancia que se le quiso otorgar, que el inciso i del artículo 634 de la normativa civil sanciona con la nulidad absoluta a la adopción obtenida sin el consentimiento del NNA mayor de diez años.

En consecuencia, y teniendo en cuenta los contextos familiares complejos sobre los que se toman las medidas de excepción y las repercusiones a nivel subjetivo, existen NNA que no prestan su consentimiento por diversos factores y dicha decisión debe ser respetada.

En segundo lugar, debe considerarse la voluntad de las personas aspirantes a guardas con fines de adopción. En este sentido, la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos de la República Argentina, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, publicó en octubre de este año la estadística de los postulantes.⁵⁴ De la misma, surge que de los 1874 legajos existentes al momento, el mayor porcentaje de disponibilidad adoptiva según la edad de la NNyA se encuentra entre los 1 y 5 años (entre un 84,36% y 65,85%) disminuyendo a partir de los 6 años (45,52%) y siendo casi ausente a partir de los 13 años (0,43%).

Asimismo, desde una lectura interseccional, la disponibilidad adoptiva para un perfil adoptivo sin discapacidades o enfermedades es del 81,48%, mientras que para un perfil adoptivo con discapacidades o enfermedades es del 18,52%.

En atención a ello, debe definirse la situación del NNA en miras a evitar la institucionalización hasta que se adquiriera la mayoría de edad o crear herramientas de cuidado y acompañamiento para la construcción de su autonomía de cara al egreso del sistema de protección.

En este contexto, es posible reconocer el derecho de NNA a vivir en familia a través de figuras socioafectivas y de cuidado, sin que la adopción se vuelva la única medida para satisfacerlo. De esta manera, cabe destacar que las personas que se comprometen con este proyecto despliegan una multiplicidad de acciones que contribuyen a construir y fortalecer la autonomía de NNA para la inclusión social, pero sobre todo a formar con una red de apoyo y contención.

⁵⁴ Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos de la República Argentina, Estadísticas al 1/10/2023, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/justicia/adopcion/Estad%C3%ADsticas-DNRUA>

La primera de ellas es de carácter nacional y está contemplada en la Ley Nacional N° 27.364 por la que se crea el “Programa de Acompañamiento para el Egreso de jóvenes sin cuidados parentales (PAE)” de aplicación para las/los adolescentes/jóvenes sin cuidados parentales desde los trece años hasta los veintiún años de edad que residen en dispositivos de cuidado formal en virtud de una medida de protección excepcional. Nos referimos al acompañamiento personal a través de la asignación de una/un referente que puede ser designada/o por los organismos de protección de la adolescencia o juventud competentes en cada jurisdicción en base a una nómina confeccionada por dichos organismos o por la solicitud del/la adolescente/joven.

Dicho referente debe contribuir al desarrollo de la autonomía respetando las siguientes dimensiones: a) salud, salud sexual, procreación responsable y planificación familiar; b) educación, formación y empleo; c) vivienda; d) derechos humanos y formación ciudadana; e) recreación y tiempo libre; f) habilidades para la vida independiente; g) identidad; y, h) planificación financiera y manejo del dinero.

De esta manera, teniendo como referencia lo que implican los cuidados, no es posible negar la enorme trascendencia que realizan dichos/as referentes para garantizar y proteger el interés superior, la igualdad, no discriminación y acompañamiento integral y personalizado.

Por eso, reconociendo el valor social y económico de dichas funciones y el costo que implican los cuidados, la ley dispone que las/los referentes tienen derecho a percibir una remuneración que será determinada por los organismos de protección de la adolescencia u organismo de juventud competentes en cada jurisdicción, lo que constituye una forma de acompañamiento material.

La segunda figura, de carácter provincial, surge de una prueba piloto desarrollada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires a través de la Res. SC 1461/2019 y se denomina “Registro de Cuidadores Familiares de la provincia de Buenos Aires”. Su objetivo consiste en convocar, evaluar, capacitar e inscribir a personas que quieran ofrecerse como cuidadores/as de NNA de entre 10 y 17 años, alojados en instituciones.⁵⁵

De este modo, el/la cuidador/a viene a garantizar el derecho a vivir en familia mediante la creación de lazos afectivos estables y aceptación de responsabilidades de cuidado y contempla dos modalidades de cuidado: con convivencia o sin convivencia.

Al día de la fecha, siendo una figura de reciente implementación, la nómina de cuidadores/as es la siguiente: i) 7 postulaciones en alta provisoria (en vías de formación en los talleres o evaluación), de las cuales 4 postulaciones son parejas en las que hay un hombre cis;

⁵⁵ RAFFO, Pablo E. y PORTILLO, Claudia E., Niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales. Registro de Cuidadores Familiares: una nueva forma de restituir derechos, Op. Cit.

ii) 5 postulaciones en alta (listos/as para ser convocados/as); y, iii) 10 postulaciones en ‘Transitoriamente No Disponible (TND)’ (lo que incluye circunstancias por las que no se los/as puede convocar, tales como viajes o evaluación de compatibilidad con algún NNA).

Con respecto a niños, niñas y adolescentes, actualmente hay 7 que están en vinculación con cuidadores/as.

Por último, con relación a los Juzgados de la Provincia de Buenos Aires incorporados a esta figura, actualmente son 8, con el objetivo de ampliarlo.⁵⁶

Es preciso señalar que tanto la figura del/la referente como cuidador/a requieren la realización de capacitaciones, de lo que es posible concluir: por un lado, la mayor complejidad que adquiere el cuidado en NNA que atravesaron graves vulneraciones de derechos humanos en miras a que dicho cuidado adquiriera un carácter reparador y, por el otro que, lejos de lo que se cree, las tareas de cuidado no son cosa simple sino más bien un conjunto de gestiones que demandan tiempo y energía y que requiere conocimientos para la coordinación y desarrollo. En definitiva, constituye otra herramienta de acompañamiento a estas familias.

C. Derecho y realidad: los cuidados de NNA en contexto

De acuerdo a lo manifestado por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio Nacional de Desarrollo Social y UNICEF, en relación a NNA que al 30 de noviembre del año 2020 se encontraban sin cuidados parentales y en dispositivos formales de cuidado residencial/institucional y familiar, es posible concluir: 1) la cantidad de NNA en estos dispositivos es mayor a medida que aumenta la edad, estando los mayores porcentajes entre los 6 y 17 años; 2) de un total de 9.754 NNA que a nivel nacional se encontraban bajo estos dispositivos, 774 poseen alguna discapacidad, aumentando su cantidad a medida que se avanza en edad. Ello permite concluir “(...) la dificultad a partir de los 6 años o más para generar/incluir a los niños, niñas y adolescentes con discapacidad o enfermedad permanente en proyectos que restituyan sus derechos a la convivencia familiar, sea a través de la revinculación con su familia de convivencia o ampliada o, de no ser posible esto, mediante la construcción de su familia por adopción”; 3) desde un análisis de datos con perspectiva de géneros, del total de NNA a nivel nacional, el 50,53% son mujeres, el 45,55% son varones, el 0.09% son mujeres trans, el 0.06% son varones trans y el 0.02% corresponde a otras identidades de género; y, 4) el 83,3% de las jurisdicciones provinciales señalaron que el plazo de permanencia en los dispositivos de cuidado supera los 180 días.

⁵⁶ PORTILLO, Claudia (Prosecretaria de la Secretaría de Servicios Jurisdiccionales de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires – Titular del Registro Central Aspirantes a Guarda con fines de Adopción, Registro de Violencia Familiar, Registro Público de Procesos de Incidencia Colectiva y Registro de Cuidadores Familiares), en conversación con la titular, agosto de 2023.

Recientemente, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia publicó el Censo Nacional de Dispositivos de Cuidado Residencial de niñas, niños y adolescentes⁵⁷, de donde surge que al 1 de diciembre de 2022 los dispositivos censados informan un total de 9.062 niñas, niños, adolescentes y jóvenes adultos alojados. Del análisis poblacional, se observa que dichos datos coinciden con los mencionados anteriormente, ya que el mayor porcentaje poblacional se encuentra entre los 6 y 17 años.

Asimismo, son 1.310 niñas, niños y adolescentes y jóvenes adultos con algún tipo de discapacidad alojados en esos dispositivos, lo que representa el 14,5% de la población total. Desde otra óptica, los dispositivos informan que un 45,1% admite población con discapacidad, 43,1% población con enfermedades asociadas a la salud mental y sólo un 19,2% admite población en situación de uso o consumo de sustancias. Cabe destacar que estos dispositivos requieren de personal capacitado específicamente, instalaciones y abordaje particulares. Un 14,4% de los dispositivos no admiten ninguno de estos perfiles poblacionales.

Realizando una lectura integral de los datos anteriormente señalados, surge que los/as NNA permanecen en dispositivos de cuidado por periodos mayores de tiempo al plazo legal previsto, disminuyendo las posibilidades de egreso a medida que crecen en edad o poseen alguna discapacidad.

Sin embargo, esto no quiere decir que los/as NNA en dispositivos formales de cuidado residencial/institucional y familiar deseen ser adoptados/as, pues incluso dándose los requisitos para declarar la adoptabilidad, no es su interés insertarse en un nuevo grupo familiar y su deseo está enfocado en el fortalecimiento individual.

De ahí la trascendencia de los cuidados desplegados por estas familias que, aun sin vínculo filial, a la par que garantizan el derecho humano al cuidado y con él un conjunto derechos económicos y sociales, generan otro vínculo de igual trascendencia como lo es el socioafectivo, que nutre y construye la identidad dinámica.⁵⁸

Asimismo, cabe considerar que el Comité sobre los Derechos del Niño ha dicho que "en el ejercicio de sus derechos, los niños pequeños tienen necesidades específicas de cuidados físicos, atención emocional y orientación cuidadosa, así como en lo que se refiere a tiempo y espacio para el juego, la exploración y el aprendizaje sociales (...), por lo que (...) no se debe discriminar a grupos específicos de niños pequeños. La discriminación puede consistir en una

⁵⁷ Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, Censo Nacional de Dispositivos de Cuidado Residencial de niñas, niños y adolescentes, 1° ed, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, 2023, pág. 38.

⁵⁸ LOPEZ, Daniela A. y SILVA, Sabrina A., Estática y dinámica: idas y vueltas en busca de un abordaje omnicompreensivo de la identidad, disponible en https://jndcbahablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Lopez-silva_ESTATICA.pdf

peor nutrición, en una atención y cuidado insuficientes, en menores oportunidades de juego, aprendizaje y educación, o en la inhibición de la libre expresión de sentimientos y opiniones”.⁵⁹

Con todo ello, podemos concluir que estas figuras reflejan la interrelación innegable entre cuidados y familias desde una visión plural y hacen a la igualdad y no discriminación, pues brindan espacios de acompañamiento material y afectivo a NNA en situaciones de vulnerabilidad, lo que tiene un plus mayor.

De lo expuesto, al desarmar la idea de homogeneidad e instalar la heterogeneidad de experiencias en el ser niño, niña y adolescente, el cuidado de las niñeces y adolescencias atravesadas por la condición de encontrarse sin cuidados parentales, interpela y transforma las prácticas, las instituciones y las maneras en las que las/os distintas/os actoras/es planifican, ejecutan y supervisan las políticas públicas en la materia.

De esta manera, la consagración y ampliación de principios y derechos humanos progresivos, conlleva a que el sistema integral propuesto por la Ley Nacional N° 26.061 se encuentre acompañado y reforzado por un conjunto de políticas públicas que contemplen el impacto diferenciado cuando se trata de NNA sin cuidados parentales. En especial, se requiere del reconocimiento, asistencia y protección de otras formas familiares que, aun sin vínculo filial, al mismo tiempo que brindan cuidados materiales y afectivos, garantizan una multiplicidad de derechos.

En este sentido, las figuras socioafectivas y de cuidado coadyuvan al fortalecimiento individual e influyen significativamente en el desarrollo físico y emocional de NNA. Asimismo, y teniendo en cuenta que en las observaciones finales realizadas por el Comité de los Derechos del Niño para Argentina ⁶⁰ dicho órgano expresó su preocupación por el insuficiente apoyo, cuidado y asistencia de NNA en dispositivos de cuidado residencial, se vuelven un eslabón clave para garantizar entornos familiares que acompañen en la transición de la niñez/adolescencia a la edad adulta.

Finalmente, teniendo en cuenta la pregunta “¿quién cuida a quienes cuidan?”, también deben intensificarse los esfuerzos en la creación de mecanismos que asistan y fortalezcan a estas familias que ejercen el rol de cuidado, ya que no puede desconocerse la mayor complejidad que adquiere el cuidado en NNA que atravesaron graves vulneraciones de derechos humanos y el tiempo, energía y conocimientos que ello requiere.

⁵⁹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación general N° 7 (2005). Realización de los derechos del niño en la primera infancia, Op. Cit.

⁶⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina, 2018. Recuperado de <https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/>

IV.4. Cuidado y autonomía progresiva

A. *Introducción: autonomía progresiva y protección reforzada de derechos*

Una disposición vertebral del aludido “corpus juris internacional” es el art. 5 de la CDN que alude a la “evolución de sus facultades” para determinar el ejercicio de derechos por parte de los NNA. O sea, acorde con el principio de autonomía o capacidad progresiva bajo el cual se pretende dar respuesta a un dato de la realidad fácilmente contrastable: el grado de desarrollo físico e intelectual de las personas menores de edad - es decir, todas aquellas que no han alcanzado los 18 años - no es idéntico, estanco ni hermético; por el contrario, es dinámico, paulatino y complejo. La experiencia e información que posee un niño/a de 2 años no es semejante a la de un/a adolescente de 17 años y 364 días; tampoco edades iguales significan competencias iguales, pues las facultades varían conforme a las circunstancias personales de cada NNA, y dependen del tipo de acto o decisión de que se trate, por lo tanto, un mismo NNA puede comprender las implicancias de un suceso y no de otro (conf. Opinión Consultiva nro. 17, párrafo 101).

Va de suyo, la autonomía progresiva exige alejarse de sistemas rígidos o centrados en la edad para atender otro componente más poroso como la madurez suficiente; de la cual, a su vez, deriva una afirmación no menor: a mayores facultades adquiridas por los NNA le corresponde el derecho a asumir un nivel cada vez más alto de responsabilidad respecto de la regulación de los asuntos que los afectan. Ello se explica a partir de la inminente interacción y retroalimentación que guarda la autonomía progresiva con los principios generales de la CDN⁶¹ - en particular, el interés superior del niño (art. 3, CDN) y la participación (art. 12) -, por cuanto apunta a la condición jurídica y social de los NNA que, por un lado, carecen de la plena autonomía del adulto, pero por el otro, son sujetos de derechos⁶².

Explica el Comité de los Derechos del Niño en su observación general N° 12 sobre “El derecho del niño a ser escuchado”⁶³ que “el niño tiene derecho a recibir dirección y orientación, que tienen que compensar la falta de conocimientos, experiencia y comprensión del niño y estar en consonancia con la evolución de sus facultades (...). Cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables del niño transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad. Esta transformación no tendrá lugar en un punto

⁶¹ Ver: Comité de los Derechos del Niño, 27/11/2003, Observación General nro. 5, CRC/GC/2003/5, en: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsiQql8gX5Zxh0cQqSRzx6Zd2%2FQRsDnCTcaruSeZhPr2vZQMqmhlfEo7plKbViUohP68AqgUKSq8kLJXMNTlpf9VZbzCJMclV3cDztYhaQ2op>.

⁶² Comité de los Derechos del Niño, 20/07/2029, Observación General nro. 12, CRC/C/GC/12, párrafo 1, en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/437/02/PDF/G0943702.pdf?OpenElement>.

⁶³ Ídem, párrafos 84 y 85. El resaltado es propio.

fijo del desarrollo del niño, sino que se producirá paulatinamente a medida que se alienta al niño a aportar sus opiniones”.

Esta condición se ve reafirmada por el artículo 12 de la Convención, que estipula que deberán tenerse debidamente en cuenta las opiniones del niño, siempre que el niño esté en condiciones de formarse un juicio propio. En otras palabras, *a medida que los niños adquieren facultades tienen derecho a asumir un nivel cada vez mayor de responsabilidad respecto de la regulación de los asuntos que los afectan*.

Sin embargo, esa *mayor responsabilidad* a la que refiere el Comité no tracciona ni menoscaba la protección reforzada de derechos. Bien hace hincapié en una observación general posterior, elaborada por fuerza e impacto de la autonomía progresiva como lo es la N° 20 dedicada a “La efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”⁶⁴ en la que se asevera que “el derecho a ejercer niveles cada vez mayores de responsabilidad no anula las obligaciones que incumben a los Estados de garantizar protección. El abandono gradual de la protección de la familia u otro entorno de cuidado, junto con la relativa inexperiencia y la falta de poder, pueden exponer a los adolescentes a violaciones de sus derechos. El Comité destaca que promover la identificación de riesgos potenciales por parte de los adolescentes y elaborar y aplicar programas para mitigarlos aumentará la eficacia de la protección. Garantizarles el derecho a ser escuchados, impugnar las violaciones de sus derechos y obtener reparación permite a los adolescentes ir haciéndose cargo progresivamente de su propia protección”; agregándose que “Al tratar de asegurar un equilibrio adecuado entre el respeto al desarrollo evolutivo de los adolescentes y unos niveles de protección apropiados, se deben tener en cuenta una serie de factores que influyen en la toma de decisiones, como el nivel de riesgo implicado, la posibilidad de explotación, la comprensión del desarrollo de los adolescentes, el reconocimiento de que las competencias y la comprensión no siempre se desarrollan por igual en todos los ámbitos al mismo ritmo, y el reconocimiento de la experiencia y la capacidad de la persona”. Este apartado pretende abordar los cruces y efectos entre autonomía progresiva, participación e interés superior del niño y las tres dimensiones que componen a los cuidados como derecho humano – derecho a ser cuidado/a, al autocuidado y a cuidar -, a partir de algunas experiencias argentinas asociadas al derecho de las adolescencias a que los procesos de maduración, aprendizaje y desarrollo progresivo de competencias tenga lugar con la apropiada orientación y acompañamiento, sea a través del entorno principal de cuidado – las familias – y/o el subsidiario – el Estado –.

⁶⁴ Comité de los Derechos del Niño, 06/12/2016, CRC/C/GC/20, párrafos 19 y 20, en: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2F5F0vH%2Bg0BeHNYSXI2ulaeIW9Y1jn%2Ba4Z2iaNPMKIJhzvzg%2BJKOrQeoRE7vfMUMHawFfFQYybp%2B06K%2FKawf3HS3T64R>.

Antes de adentrarnos en el objetivo planteado, cabe traer a colación la Declaración del Comité de los Derechos del Niño de fecha 11 de octubre de 2023 que refiere a los contornos de este rol de orientación y acompañamiento de NNA de las familias y su interacción con las obligaciones del Estado. Sobre este punto destaca el Comité que “En el ejercicio de sus derechos, los niños deben recibir dirección y orientación adecuadas de sus padres. También deberían recibir protección directa del Estado, en los casos en que los padres no brinden una protección adecuada o, en algunos casos, abusen de los derechos de los niños. Los Estados también tienen la responsabilidad de desarrollar la capacidad de los padres, las familias extensas, las autoridades legales tutores y miembros de la comunidad para brindar dirección y orientación adecuadas a los niños. El Comité reitera que el artículo 5 afirma que todos los niños tienen derechos, independientemente de su edad, y que, a medida que crecen, se desarrollan, maduran y amplían su círculo social más allá de su familia, tienen derecho a un nivel cada vez mayor de responsabilidad, agencia y autonomía en el ejercicio de esos derechos. Las capacidades en evolución de los niños deben ser reconocidas y respetadas por aquellos adultos que brindan dirección y orientación en la vida de los niños. El Comité observa que las responsabilidades, derechos y deberes de los padres de guiar a sus hijos no son absolutos, sino que, más bien, están delimitados por la condición de los niños como titulares de derechos. La dirección y orientación de los padres debe ejercerse de manera que se respeten y garanticen los derechos de los niños. El artículo 18 del Convenio, que subraya la responsabilidad primordial de los padres o tutores legales por la crianza y el desarrollo del niño, establece que "el interés superior del niño será su preocupación básica".

El Comité reafirma que el concepto de la evolución de las capacidades de los niños es fundamental para el reconocimiento de su condición de titulares de derechos independientemente de sus padres, y contribuye a proteger al niño del control familiar arbitrario. Establece que cuando los niños alcanzan un nivel suficiente de madurez y capacidad para ejercer sus derechos de forma independiente, habrá una necesidad cada vez menor de dirección y orientación de los padres. A medida que los niños adquieren capacidades, tienen derecho a un nivel cada vez mayor de responsabilidad por la regulación de los asuntos que les afectan. Las capacidades en evolución deberían verse como un proceso positivo y habilitante, no como una excusa para prácticas autoritarias que restringen la autonomía y la autoexpresión de los niños y que a menudo se justifican de manera inexacta señalando la relativa inmadurez de los niños.⁶⁵

B. El derecho de las adolescencias sin cuidados parentales por fuera de los circuitos del sistema de protección integral de derechos (SPID)

⁶⁵ Comité de los Derechos del Niño, Declaración sobre el artículo 5 de la Convención, 11/10/2023, disponible en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/crc/statements/CRC-Article-5-statement.pdf>.

Como se advirtiera en los apartados anteriores, el cuidado es un derecho humano que titularizan todos los NNA y está directamente relacionado con el derecho a la convivencia familiar, primariamente, en el ámbito de la familia de origen; o una vez agotadas las posibilidades de permanencia, a través de la adopción u otras figuras jurídicas acordadas en función del interés superior del niño, teniendo debidamente en cuenta su opinión en consonancia con la edad y madurez.

Ahora bien, la realidad demuestra que no todos/as los/as adolescentes sin cuidados parentales son o fueron destinatarios/as de las aludidas medidas de protección excepcional de derechos; o habiéndolo sido, resuelven no continuar bajo ese tipo particular de protección por parte del Estado - lo que se conoce como “abandono unilateral del programa”⁶⁶ -. Tanto uno como otro supuesto, dificultan la correcta aplicación de las garantías y herramientas analizadas en los apartados anteriores.

Un ejemplo elocuente lo constituye la sentencia dictada por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 7 el 22 de noviembre de 2022, que hace lugar a la medida cautelar solicitada por una adolescente de 17 años y ordena a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) y se proceda a cambiar la titularidad del cobro de la Asignación Universal por Hijo para Protección Social (AUH) de manera tal que pase a ser percibida por la actora bajo su única responsabilidad; fundándose en el contexto de extrema gravedad que atravesaba al encontrarse distanciada de su familia, tras haber sido víctima de violencia en este ámbito y sin ningún ingreso que le permita asegurar un nivel de vida adecuado. Este pedido había sido previamente interpuesto en sede administrativa sin resultado positivo por aplicación del art. 11 del Decreto N° 840/2020⁶⁷ en el que se dispone que el efectivo pago de la asignación se podrá realizar al hijo/a adolescente mayor de 16 años “cuando medie acuerdo de ambos” progenitores⁶⁸; un requisito de imposible cumplimiento en

⁶⁶ El “abandono unilateral de programa” es identificado por la provincia de Buenos Aires como el segundo motivo de frecuencia del cese de una medida excepcional (conf. Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo social y UNICEF, “Situación de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina. Actualización 2020”, marzo 2022, en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/09/situacion_de_nnya_sin_cuidados_parentales_-_2020_03.05_1.pdf, p. 86). Para ampliar, ver: SILVA, S. “¿Una problemática (in)visible? Las adolescencias sin cuidados parentales y el sistema de seguridad social”, RDF 2023-III, AR/DOC/876/2023.

⁶⁷ ARTÍCULO 11.- Sustitúyese el artículo 7° del Decreto N° 614/13, el cual quedará redactado de la siguiente forma: "ARTÍCULO 7°.- El efectivo pago de las asignaciones correspondientes a los sujetos comprendidos en el artículo 1° de la Ley N° 24.714, se realizará a la madre o al padre o, cuando medie acuerdo de ambos, a un tercero o, a la hija o al hijo adolescente desde los DIECISÉIS (16) años de edad; independientemente del o de la integrante del grupo familiar que genera el derecho al cobro de la prestación, salvo en los casos de guarda, curatela, tutela y cuidado personal que se realizará al guardador o a la guardadora, curador o curadora, tutor o tutora o cuidador o cuidadora que respectivamente correspondiere".

⁶⁸ El Decreto nro. 840/2020 está destinado a modificar el alcance e implementación de la AUH instruida en el art. 14 bis de la Ley N° 24.714 (en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/5229033/20201104?suplemento=>); tras el dictado del fallo analizado, el Poder Ejecutivo Nacional dicta el Decreto 5/2023 con la finalidad de garantizar el acceso a los recursos de la seguridad social a los NNA con medida excepcional de protección de derechos y alojadas en

un contexto signado por el distanciamiento y la desvinculación familiar – característica fáctica intrínseca a la privación de cuidado parental –, tal como concluye el decisorio jurisprudencial: “al comprobarse la inexistencia del vínculo entre la actora y la madre hace que el actuar de la accionada, prima facie, resulte desproporcionado y contrario al interés superior de la adolescente, ya que requerirle la autorización de la madre para percibir el beneficio (fin que la accionada considera legítimo), en el caso en concreto, limita intensamente el ejercicio del derecho a educarse y desarrollar un plan de vida adecuado”.⁶⁹

En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 21 sobre “Los niños de la calle”⁷⁰ advierte que garantizar el derecho humano a un nivel de vida adecuado (art. 27, CDN) “no se limita a las medidas (a) para ayudar a los padres y a otras personas responsables del niño. *La obligación de proporcionar asistencia material y programas de apoyo en caso de necesidad también debe interpretarse en el sentido de la asistencia directa a los niños. Esto es especialmente importante para los niños de la calle que carecen de conexiones familiares o se encuentran en situación de maltrato familiar.* La asistencia material directa a los niños, en forma de servicios, puede ser prestada por el Estado o a través de apoyo estatal a las organizaciones de la sociedad civil”⁷¹.

Sin perjuicio de ello, es preciso notar que un abordaje adecuado de los casos como el sintetizado requiere motorizar los medios del SPID, entre ellos, la puesta en práctica de medidas de protección a través de la intervención de los organismos administrativos especializados, de manera tal que se logre el aclamado equilibrio entre autonomía progresiva y protección especial; o, en otras palabras, asegurar la sinergia necesaria entre el derecho a ser cuidado/a y al autocuidado de las adolescencias según su circunstancia particular, y con su debida participación.

C. Progenitores adolescentes en ejercicio de la responsabilidad parental

dispositivos residenciales o familiares de cuidado (en: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-5-2023-377862/texto>).

⁶⁹ Con motivo de casos como el reseñado en diciembre de 2022, la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) inició un amparo colectivo solicitando se declare inconstitucional el requisito de “acuerdo entre los progenitores” del Decreto 840/2020 y que la autoridad del sistema de seguridad social implemente un mecanismo expedito, sencillo y accesible para la realización de cambios de titularidad de la AUH en favor de adolescentes de 16 y 17 años. En fecha 3/08/2023 la Fiscalía en lo Civil y Comercial y Contencioso Administrativo Federal Nro. 8 recomendó rechazar la acción colectiva por entender que para dirimir la cuestión es necesario que cada caso concreto sea evaluado a fin de determinar la madurez y aptitud de los solicitantes para cobrar y administrar la prestación sin necesidad del consentimiento de sus padres o madres y/o responsables. El caso aún se encuentra a la espera de una resolución judicial. Información disponible en <https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/dictaminan-que-el-requisito-de-conformidad-parental-para-el-cobro-de-la-asignacion-universal-debe-revisarse-a-traves-de-acciones-individuales/>.

⁷⁰ Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/21, 21/07/20117, párrafo 49, en: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2F5F0vEfsFWjOdIKsIb9tVif2Lw3W%2BoNyj4fIDevfppUiedKCQtr4RHLuZqAEHMKQfU9uI%2F%2B7kgkwyE%2Fgcy402QB6KUe>. El resaltado es propio.

⁷¹ El destacado es propio.

El art. 644 del CCyCN⁷² recepta el derecho de los/as progenitores/as adolescentes, casados o no, a ejercer la responsabilidad parental de sus hijos/as pudiendo decidir por sí las tareas necesarias para el cuidado, la educación y la salud. La norma también reconoce a las personas que ejercen la responsabilidad parental del/la progenitor/a adolescente la posibilidad de oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño/a, e intervenir ante supuestos de omisión. A todo evento, el consentimiento del/la progenitor/a adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquier de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del hijo/a, entre ellos, la decisión libre e informada de su adopción.

Desde el enfoque jurisprudencial, los casos suelen involucrar el derecho de las adolescentes mujeres a cuidar de sus hijos/as, y con él, el deber de adoptar un enfoque interseccional que tenga debidamente en cuenta las vulnerabilidades sociales asociadas a la edad y al género⁷³. Sobre el punto, interesa traer a colación la sentencia dictada por la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata el 23 de junio de 2022⁷⁴, mediante la cual se deja sin efecto la legalidad de la medida abrigo⁷⁵ decretada por la instancia de grado respecto a una niña que reside junto a su progenitora de 15 años de edad, sujeta ésta a una medida de igual tenor por la que ambas residen junto a la familia ampliada; a propósito de la apelación interpuesta por el Ministerio Público y fundada en que la legalidad de la medida recurrida invisibiliza a la adolescente en su rol de cuidadora de la niña, quien no está privada de su medio familiar ni existe causal que amerite la separación, entendiéndose que “El régimen convalida que los progenitores adolescentes puedan llevar adelante los actos de la vida cotidiana de los hijos, y ellos son los protagonistas y principales responsables de la crianza, con ciertas limitaciones. (...) La regla que les atribuye este ejercicio limitado, atiende al principio de autonomía progresiva al permitirles sentirse responsables, mediante la toma de decisiones respecto de sus hijos. También afianza esa capacidad progresiva el poder realizar

⁷² Art. 644.- Progenitores adolescentes. “Los progenitores adolescentes, estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud.

Las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo.

El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos. En caso de conflicto, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local”.

⁷³ Ver también Cámara Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la I Circunscripción Judicial de Neuquén, 09/08/2018, “Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente S/ Inc. de declaración de adoptabilidad”, en: <http://200.41.231.85/cmoeext.nsf/c0843597647346ce032576fe0048f287/46cf2eabba8e1ab50325831b005bfa9b?OpenDocument>; Cámara Nacional de Apelaciones, Sala I, 28/09/2018, “L. G., M. A. s/ control de legalidad - ley 26.061”, TR LALEY AR/JUR/89889/2018; Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27/11/2018, “S., M. A. s/ art. 19 de la C.I.D.N.”, Rubinzal Culzoni Online RC J 10429/18.

⁷⁴ Cámara de Apelación Civil y Comercial, Sala II, 23/06/2023, “J. A. s/abrigo”, inédito.

⁷⁵ Las medidas excepcionales reguladas en los arts. 39 y ss. de la Ley Nacional ° 26.061, son denominadas “medidas de abrigo” por la normativa bonaerense (art. 35 bis, Ley ° 13.298).

las tareas necesarias para el cuidado, educación y salud del hijo, tratando de lograr un equilibrio entre los derechos del niño y sus padres, sin lesionar los derechos de estos últimos”.

Ahondar en el derecho de las adolescentes mujeres a cuidar de sus hijos/as, y con él, el deber de adoptar un enfoque interseccional que tenga debidamente en cuenta las vulnerabilidades sociales asociadas a la edad y al género nos lleva en forma directa a lo expuesto por la Corte IDH en la sentencia del 22/08/2023 en el ya mencionado caso María y Otros vs. Argentina.⁷⁶ Allí se sostuvo que “En el presente caso, esta Corte considera que en María confluían distintas desventajas estructurales que impactaron en las decisiones que se tomaron en torno a su maternidad y, finalmente, en su victimización. En particular, la Corte subraya que era una niña, con escasos recursos económicos, embarazada y proveniente de una situación de violencia familiar. Estos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación confluyeron en forma interseccional, causando una forma específica de discriminación por cuenta de la confluencia de todos estos factores”. (parágrafo 156).

La situación de desventaja estructural e interseccional en la que se encontraba María exigía que el Estado redoble sus esfuerzos en aras de brindarle un cuidado reforzado para que esta pueda ejercer su rol de progenitora siendo una persona menor de edad. Por ello, la Corte ha afirmado que “Sobre este asunto, es necesario destacar que la especial situación de vulnerabilidad de María ***acentuaba los deberes de respeto y garantía a cargo del Estado***. Sin embargo, conforme se desprende del acervo probatorio del caso, ***el Estado no adoptó medidas orientadas a permitirle afrontar su maternidad***, sino que, desde un inicio, las acciones de los diferentes actores estatales se encaminaron hacia la separación de la madre de su futuro hijo”. (parágrafo 157).⁷⁷

En la misma línea, el Tribunal Regional trae a colación las Directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 24 de febrero de 2010⁷⁸ en cuanto se asevera que “Respecto de padres adolescentes, se insta a los Estados a ejercer programas de apoyo que tengan por finalidad “dar a las madres y padres la posibilidad de ejercer las funciones parentales en condiciones de dignidad y evitar que se vean inducidos a entregar la guarda de su hijo a causa de su vulnerabilidad”. Estos principios han sido, en particular, en la OC-17/02, donde indicó que “el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior

⁷⁶ Corte IDH, Caso María y Otros vs. Argentina. Sentencia del 22 de agosto de 2023, disponible en <https://aldiaargentina.microjuris.com/wp-content/uploads/2023/10/CASO-MARIA-Y-OTROS-VS.-ARGENTINA.pdf>.

⁷⁷ El destacado es propio.

⁷⁸ Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8064.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2010/8064>.

de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.

Por último, nos interesa resaltar otro precedente jurisprudencial local resuelto el 1 de noviembre de 2018 por el Juzgado en lo Contencioso, Administrativo y Tributario N° 1 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁷⁹. Se trata de un amparo colectivo interpuesto por progenitores adolescentes ante la falta de guarderías en el establecimiento educativo al que concurren y por lo tanto, la imposibilidad de terminar la escuela a quienes – por su condición de personas menores de edad con hijos/as – se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad; solicitándose de forma cautelar que – hasta tanto se efectivice la apertura de una sala maternal/primería infancia en la escuela –, el Gobierno local arbitre las medidas para el adecuado cuidado de los/as hijos/as de los/as alumnos/as padres/madres. Ello es así resuelto, considerándose que “dado que la cuestión objeto de esta litis involucra a niños, niñas y adolescentes (tanto estudiantes madres y padres y sus hijos/as)- es relevante ponderar la normativa que específicamente se refiere a sus derechos como tales (...). El plexo normativo consagra, en principio, su derecho a la educación, en condiciones de igualdad con el resto de los estudiantes, entre varones y mujeres, sin discriminación fundada en su condición de padres y madres. Impone, *prima facie*, el deber del Estado de atender a sus necesidades específicas, derivadas de tal situación, y de adoptar medidas positivas adecuadas para hacerles accesibles el ingreso, permanencia, evaluación y terminalidad de su recorrido escolar (...)”.

Por lo expuesto, es preciso concluir que la autonomía progresiva exige reconocer el valor fundamental de la participación de los/as adolescentes en el diseño, implementación y monitoreo de las medidas y acciones destinadas a garantizar el derecho humano a los cuidados, incluso en términos colectivos. En la expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Es imprescindible empoderar a los niños, niñas y adolescentes en el conocimiento de sus derechos, en la identificación de situaciones de riesgo y vulneradoras de los mismos, así como en fortalecer su participación en la búsqueda de soluciones y en el diseño, implementación, monitoreo y evaluación de las políticas públicas destinadas a ellos y a ellas. Este tipo de estrategias no sólo son más acordes con la visión del niño y la niña como titulares de derechos, sino que incrementa las capacidades de prevención, de detección temprana y la

⁷⁹ Juzgado en lo Contencioso, Administrativo y Tributario N° 1 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1/11/2018, “Juzgado en lo Contencioso, Administrativo y Tributario N° 1 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, MJ-JU-M-115249-AR | MJJ115249 | MJJ115249. Para profundizar ver: HERRERA, M. “Políticas neoliberales, derechos sociales y derechos de infancia. Perspectiva crítica a treinta años de la Convención sobre los Derechos del Niño”, RDF 91, 5 AR/DOC/2482/2019.

autoprotección frente a situaciones vulneradoras de derechos, así como a visibilizar problemáticas ocultas, y a encontrar soluciones más efectivas”⁸⁰.

V. PETITORIO

Por todo lo expuesto, solicitamos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- a) Se nos tenga a los integrantes del Proyecto de investigación UBACyT, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA) y Observatorio de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN) mencionados en la introducción por presentados en calidad de *amicus curiae*, y por constituido el domicilio legal indicado.
- b) Se nos autorice a estar presentes en las audiencias públicas que se realicen en el marco de las presentes actuaciones.
- c) Se tengan en cuentas las consideraciones que aquí se formulan al momento de emitirse la correspondiente Opinión Consultiva.

⁸⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 30/11/2017, *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*, párrafo 513, en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/NNA-GarantiaDerechos.pdf>.