



El derecho del niño y la niña a la familia

Cuidado alternativo. Poniendo fin a la
institucionalización en las Américas



Organización de los
Estados Americanos

CIDH Comisión
Interamericana de
Derechos Humanos

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

OEA/Ser.L/V/II.
Doc. 54/13
17 octubre 2013
Original: Español

DERECHO DEL NIÑO Y LA NIÑA A LA FAMILIA. CUIDADO ALTERNATIVO. PONIENDO FIN A LA INSTITUCIONALIZACIÓN EN LAS AMÉRICAS.

2013

Internet: <http://www.cidh.org>

OAS Cataloging-in-Publication Data

Inter-American Commission on Human Rights. Rapporteurship on the Rights of the Child.

Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas / [Preparado por la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos].

p. ; cm. (OAS. documentos oficiales ; OEA/Ser.L)

ISBN 978-0-8270-6095-1

1. Children's rights--America. 2. Children--Legal status, laws, etc.--America. 3. Child welfare--America. 4. Human rights. 5. Domestic relations--America.

6. Parent and child (Law)--America. I. Title. II. Title: Cuidado alternativo. III. Series: OAS. documentos oficiales ; OEA/Ser.L.

OEA/Ser.L/V/II. Doc.54/13

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

MIEMBROS

José de Jesús Orozco Henríquez

Tracy Robinson

Felipe González

Dinah Shelton

Rodrigo Escobar Gil

Rosa María Ortiz

Rose-Marie Belle Antoine

Secretario Ejecutivo: Emilio Álvarez Icaza Longoria

Secretaria Ejecutiva Adjunta: Elizabeth Abi-Mershed

El presente informe fue elaborado en el marco de un Convenio entre la CIDH y UNICEF. Su preparación y publicación ha sido posible gracias al apoyo financiero de UNICEF y para la traducción al inglés, de ALDEAS SOS. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos agradece a la abogada consultora Angels Simon, por la preparación de este informe, así como a la abogada de la Secretaría Ejecutiva Marisol Blanchard por sus aportes al mismo. Además reconoce las contribuciones del consultor Javier Palummo en la sistematización de la información recabada en los cuestionarios y los procesos de consulta, así como en la redacción del primer borrador de contenidos correspondiente al capítulo VI de este informe. El proceso de elaboración de este informe se inició con el Comisionado y Relator sobre los Derechos de la Niñez, Prof. Paulo Sergio Pinheiro, y fue concluido bajo la dirección y supervisión técnica de la Comisionada y Relatora sobre los Derechos de la Niñez, señora Rosa María Ortiz.



PRÓLOGO

Después de haberse cumplido más de dos décadas de la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN), ninguna duda cabe que este instrumento internacional de derechos humanos supuso una de las mayores transformaciones en la concepción de la niñez desde el punto de vista del derecho, a la vez que trajo también consigo profundas implicancias en las actitudes sociales y culturales hacia los niños y las niñas. La transformación más profunda operada por la CDN fue el reconocimiento del niño y la niña como sujetos titulares de derechos, además de reconocerles el derecho a una protección especial y reforzada debido a su condición de personas en desarrollo y crecimiento.

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos han desarrollado ampliamente el concepto de *corpus juris* de derechos de la niñez para establecer un marco de protección holístico bajo los artículos 19 Convención Americana sobre Derechos Humanos y VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que integra los estándares internacionales de derechos humanos desarrollados en materia de niñez, incluida la CDN.

Los desarrollos positivos que trajo consigo la CDN son destacados, particularmente en los avances logrados con la creación de los marcos normativos para garantizar la implementación de la CDN. Otro avance destacado es la progresiva aprobación de políticas públicas, programas y servicios, y el fomento de la asignación de recursos económicos y humanos, para promover y proteger los derechos de los niños y las niñas a la luz de la perspectiva holística de derechos de la infancia promovida por la CDN. El Comité de Derechos del Niño subraya que los Estados deben diseñar sus intervenciones de forma integral, coordinada y complementaria, con el fin de garantizar de modo efectivo todos los derechos de los niños. En esta lógica, la CDN exige de los Estados que aseguren las condiciones necesarias para el efectivo ejercicio, disfrute y vigencia de todos los derechos, para todos los niños, y que las intervenciones no se limiten a ofrecer respuestas aisladas y desconectadas entre sí, y que tampoco sean sólo de carácter reactivo frente a vulneraciones concretas de derechos. El establecimiento en los Estados de la región de los Sistemas Nacionales de Promoción y Protección de Derechos del Niño responde a esas demandas de la CDN.

La CDN y la Declaración y la Convención Americanas, atribuyen a la familia un papel preponderante en la garantía del cuidado, bienestar y protección de los niños, por ser el espacio natural para su crecimiento y desarrollo, particularmente en sus primeras etapas de vida. De esta manera, la CDN establece que el Estado tiene la obligación de promover y propiciar un apoyo adecuado a las familias para que éstas puedan cumplir con sus responsabilidades parentales compartidas en el cuidado y crianza de los hijos, y de ese modo garantizar la protección de los niños y de sus derechos. Sin embargo, las personas más cercanas a los niños, que deberían protegerlos y cuidarlos, pueden en algunos casos exponerlos a situaciones que atenten contra su integridad personal y desarrollo integral. Para prevenir violaciones a los derechos de los niños, los Estados deben fortalecer el entorno familiar y comunitario del niño con el fin de garantizar la efectiva protección de sus derechos.

Una de las obligaciones de los Estados que es imperativo reflejar en los Sistemas Nacionales de Promoción y Protección de Derechos del Niño, es garantizar el derecho del niño a ser criado en su ámbito familiar y comunitario, y dar adecuada atención a los niños que no cuentan con los cuidados de sus familias, o bien que se encuentran en riesgo de perderlos. Sin embargo, la realidad difiere de los estándares fijados por el derecho internacional de los derechos humanos. En primer lugar, preocupa que no pueda establecerse con exactitud cuántos niños y niñas en la región se encuentran en cuidado alternativo en un centro o institución, y cómo están siendo atendidos. A pesar de no contar con datos precisos, la información disponible muestra que existen demasiados niños institucionalizados innecesariamente que, con el apoyo adecuado, podrían ser cuidados y criados por sus familias. Es necesario que los Sistemas Nacionales de Promoción y Protección de Derechos del Niño centren mayores esfuerzos en las acciones de fortalecimiento de las capacidades de las familias para la crianza de sus hijos y para la prevención y detección temprana de situaciones de violencia, abuso y negligencia hacia niñas y niños. Un segundo aspecto observado se refiere a la ausencia o déficits en la regulación del funcionamiento de los centros e instituciones que acogen a los niños que requieren de protección especial. Las regulaciones deben garantizar un adecuado funcionamiento que respete y proteja los derechos de los niños. Y en tercer lugar, y vinculado a lo anterior, la estructura de funcionamiento de las instituciones residenciales, de especial manera aquellas de grandes dimensiones que no pueden prestar una atención personalizada de calidad, exponen a los niños y las niñas a otras vulneraciones graves a sus derechos, como es el caso de la violencia, el abuso y los tratos negligentes que impactan en su desarrollo.

Por ese motivo, el Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños, presentado en el año 2006, puso de manifiesto los elevados índices de violencia a los cuales se podían ver expuestos los niños que carecían de cuidados parentales y que eran internados en instituciones residenciales, en comparación con los niños que se encontraban en cuidados alternativos de carácter familiar. El reciente Informe Global “Hacia Un Mundo Sin Violencia”, desarrollado por la Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños, en seguimiento al Estudio Mundial de 2006, pone en evidencia que a pesar de algunos desarrollos positivos promovidos en los últimos años, persisten serios desafíos en el ámbito de la protección de la niñez sin cuidados parentales. El reciente Informe Global constata además que los niños y niñas en instituciones, en todas las regiones del mundo, se encuentran entre los grupos más vulnerables a riesgos de ser víctimas de violencia y estigma.

Las Directrices de las Naciones Unidas sobre Modalidades Alternativas de Cuidados de los Niños del año 2009, plantearon una serie de principios de carácter general para promover políticas públicas que fortalecieran las posibilidades de las familias de cuidar y criar a sus hijos, a la vez que fijaron los estándares mínimos de las modalidades de cuidado alternativo en aquellos casos en que fuera necesario separar al niño de sus progenitores por motivos de protección y estar en el interés del niño.

En el marco de la colaboración estratégica en las Américas, la Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños y

la Relatora sobre los Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hemos identificado que persiste la urgente necesidad de impulsar cambios que transformen el actual panorama en esta materia en la región.

El presente Informe Temático profundiza el análisis del contexto regional en esta materia y reitera su preocupación por la grave situación en la que siguen viviendo miles de niños en el hemisferio. Para revertir este estado actual de cosas, y prevenir que los niños se vean privados de su derecho a vivir y crecer en su familia y a ser cuidados y criados en un entorno familiar, y a la vez que garantizar su derecho a una vida digna y libre de toda forma de violencia, el presente Informe establece los estándares aplicables en esta materia y formula una serie de recomendaciones concretas a los Estados para apoyar a las familias en sus responsabilidades de crianza. El Informe identifica también cuáles deben ser los principios y las garantías de protección en caso que sean necesarios los cuidados alternativos, y urge a los Estados a poner fin a la institucionalización de niños y niñas mediante un proceso planificado que permita atender adecuadamente las necesidades de protección y el interés superior de los niños.

El importante Informe que tenemos el honor de presentar supone un aporte decisivo desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en esta temática. Estamos convencidas de que el presente informe será un recurso sustantivo para acelerar progresos en la implementación nacional de los estándares de derechos de la niñez y en la protección de los derechos humanos de niños y niñas particularmente expuestos a la vulneración de sus derechos y a la violencia.

Marta Santos Pais
Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas
sobre la Violencia contra los Niños

Rosa María Ortiz
Comisionada y Relatora sobre Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana
de Derechos Humanos

Washington, Diciembre 2013.

**DERECHO DEL NIÑO Y LA NIÑA A LA FAMILIA.
CUIDADO ALTERNATIVO.
PONIENDO FIN A LA INSTITUCIONALIZACIÓN EN LAS AMÉRICAS.**

INDICE

	Página
I. RESUMEN EJECUTIVO	1
II. INTRODUCCIÓN	5
III. EL DERECHO A LA FAMILIA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	9
A. El <i>corpus juris</i> de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes	9
B. El deber de protección especial a los niños, niñas y adolescentes	12
C. El derecho del niño a la familia	16
D. Medidas que impliquen separación de la familia: principios de necesidad, excepcionalidad y temporalidad (transitoriedad).....	24
E. Leyes, políticas y prácticas de apoyo y protección a la familia	29
1. Condiciones materiales para una vida digna	43
2. Prevención de la violencia contra la niñez.....	53
3. La prevención de la renuncia a la guarda y el abandono.....	61
IV. PRINCIPIOS APLICABLES A LAS DECISIONES SOBRE CUIDADO ALTERNATIVO; GARANTÍAS PROCESALES Y DERECHOS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS	66
A. El objetivo de preservación y restitución de derechos	67
B. Principio del interés superior del niño	68
C. Principios para la determinación y aplicación de las medidas especiales de protección que impliquen separación de la familia.....	75
1. Principios de excepcionalidad y temporalidad	76
2. Principios de legalidad y legitimidad	78
3. Principios de necesidad e idoneidad	86
4. Principio de diligencia excepcional	87
5. Principios de especialidad y profesionalización.....	88
6. Diferenciación respecto de las intervenciones sancionadoras..	93
7. Garantías del Procedimiento y la Protección Judicial	96
a. Procedimiento establecido por ley y autoridad competente	99
b. Razonabilidad del plazo	102
c. Revisión de las medidas especiales de protección	105
d. Derecho del niño a ser oído.....	106

	Página
e. Derecho a la representación legal y la asistencia letrada	113
V. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR.....	119
A. Familia ampliada o extendida y familias de acogida	119
B. El acogimiento pre-adoptivo	123
C. El acogimiento informal	124
VI. EL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL	129
A. Recurso de última instancia	129
B. Primera infancia	135
C. Terminología	137
D. El deber de regulación: centros e instituciones públicas y privadas.....	138
E. Centros e Instituciones de acogimiento residencial privados y mixtos .	144
F. Requisitos y procedimiento para el ingreso y el egreso de los niños en los centros e instituciones de acogimiento residencial	146
G. La habilitación, autorización de funcionamiento y registro administrativo	150
H. El deber de supervisión e inspección	154
I. Mecanismo de control independiente.....	159
J. Presentación de quejas, denuncias y peticiones.....	166
K. Prevención, investigación, sanción y reparación frente a la violación de derechos.....	176
L. Establecimiento de estándares mínimos de prestación de servicios en el acogimiento residencial.....	179
1. Régimen de funcionamiento	183
2. Ubicación y dimensiones	185
3. Espacio físico y equipamiento	189
4. Carácter personalizado de la atención y estabilidad de los vínculos.....	193
5. Plan individualizado de atención	195
6. Aspectos relativos al personal	196
7. Separación por edades y por necesidades de protección y de cuidado.....	203
8. Mantenimiento de registros, expedientes personales y otra documentación.....	206
9. Mecanismos de participación	208
10. La regulación de los sistemas disciplinarios y el uso de la fuerza	210
11. La revinculación familiar y reintegración social	222
12. Sistemas para la compilación y análisis de datos e información.....	224

	Página
M. La vigencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes	226
1. Derecho a la vida y a la integridad personal.....	226
2. Derecho a la libertad personal.....	236
3. Derecho a la salud física y mental	242
4. Derecho a la alimentación	256
5. Derecho a la educación y a la recreación	258
VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	264
Anexos	287

**DERECHO DEL NIÑO Y LA NIÑA A LA FAMILIA.
CUIDADO ALTERNATIVO.
PONIENDO FIN A LA INSTITUCIONALIZACIÓN EN LAS AMÉRICAS.¹**

I. RESUMEN EJECUTIVO

1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la “Comisión Interamericana”, “la Comisión”, o la “CIDH”) presenta este informe en el cual se analizan las obligaciones estatales derivadas del derecho del niño a la familia y formula una serie de recomendaciones destinadas a fortalecer la protección de los niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos. En este sentido, analiza en detalle la obligación del Estado de fortalecer las capacidades de las familias de cuidar y criar a sus hijos a través de la elaboración de programas y de la prestación de servicios adecuados, principalmente en el marco de los Sistemas Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos del Niño, con particular atención en aquellas familias que se encuentren en especial condición de vulnerabilidad en el goce de sus derechos.

2. La CIDH presenta asimismo los parámetros aplicables al cuidado alternativo, así como algunos derechos que deben ser especialmente protegidos en casos de niños sin cuidados parentales. En este informe se identifican las principales dificultades que representa el modelo de acogimiento en instituciones residenciales para la adecuada protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran internados en ellas. La Comisión también ha encontrado que el modelo de acogimiento en grandes instituciones residenciales, que mantienen bajo su cuidado a un elevado número de niños sin muchas posibilidades de prestarles una atención personalizada, y que generalmente operan en regímenes de funcionamiento cerrados o que restringen de modo innecesario el contacto con el exterior, no satisfacen el objetivo de preservación y restitución de los derechos de los niños.

3. En base a ello, la Comisión recomienda a los Estados que fortalezcan un proceso de desinstitucionalización de los niños que se encuentran en este tipo de establecimientos, y que fortalezcan otras modalidades de acogimiento alternativo más favorables y acordes con la protección de los derechos de los niños, tales como el acogimiento familiar. Este cambio de enfoque no significa un grado menor de protección, sino medidas de protección más acordes con las necesidades de los niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales.

4. La Comisión destaca en el informe que de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, los Estados están obligados a favorecer de la manera más amplia posible el desarrollo y la fortaleza de la familia como medida de

¹ Para los fines del informe, cuando la Comisión utilice el término “niño” o “niños” se referirá indistintamente a todas las niñas, los niños y adolescentes, entendiendo por éstos a toda persona menor de 18 años cumplidos, conforme al concepto utilizado por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el *corpus juris* internacional sobre la materia. Lo anterior sin perjuicio de que en algunas oportunidades la Comisión en el presente informe haga referencia a “niños, niñas y adolescentes” o “niños y niñas”.

protección del niño. Lo anterior implica desarrollar políticas públicas, programas y servicios de apoyo y fortalecimiento de las familias. Así, de acuerdo con los derechos contenidos en el artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, la “Declaración Americana”, la “Declaración” o la “DADH”), y el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la “Convención Americana”, la “Convención” o la “CADH”), los Estados deben articular aquellas acciones apropiadas para apoyar a las familias, y abordar las principales causas de separación de los niños de sus progenitores.

5. La CIDH reconoce que existen situaciones que requieren una intervención de protección por parte del Estado que implique la separación temporal, o incluso permanente, del niño de su familia en atención a la protección de sus derechos y a su interés superior. Situaciones de riesgo de esta naturaleza requieren una vigilancia rigurosa y especializada por parte del Estado. En este sentido, los Estados tienen el deber de regular las causales que justifiquen la separación del niño de su familia por motivos de protección. Para que la injerencia en la vida familiar sea acorde con los parámetros del derecho internacional de los derechos humanos, la separación procede sólo en circunstancias excepcionales, cuando existen razones determinantes para ello, y en función del interés superior del niño.

6. En lo relativo a las causas que usualmente dan lugar a la separación de los niños de sus familias, la Comisión ha identificado que entre las mismas se encuentran: la pobreza o las limitaciones materiales de las familias pertenecientes a sectores sociales excluidos; la violencia en el hogar; la renuncia a la guarda y el abandono. La Comisión ha constatado que en la práctica la pobreza sigue siendo el gran telón de fondo de las situaciones en que se separa a un niño de su familia y se lo ingresa en una institución residencial de acogida.

7. La CIDH destaca el deber de prevención y protección que tienen los Estados en relación a la violencia contra los niños en todos los ámbitos, incluso en el ámbito privado. En este sentido, los Estados tienen el deber de prevención y protección de los niños frente a la violencia en la familia. La Comisión señala el deber de los Estados en materia de prevención de las situaciones que usualmente dan lugar a la separación del niño de su familia por motivos de protección, como parte de los deberes derivados del artículo 19 de la CADH, en relación con el artículo 17.1 de la CADH. Así mismo, la Comisión aborda los principios y garantías aplicables en aquellos casos en que proceda la separación del niño de su familia por motivos de protección y en atención a su interés superior.

8. Es importante subrayar que la intervención de las autoridades públicas a través de una medida de protección no se contradice con el derecho a la vida familiar, sino que surge como consecuencia directa de la ausencia de los cuidados parentales adecuados y de la obligación de proteger y garantizar los derechos de los niños que tiene el Estado de acuerdo con el artículo 19 de la Convención y VII de la Declaración. La exigencia que se deriva de la Convención Americana es que las medidas de protección especial que impliquen la separación del niño de sus progenitores se apliquen de acuerdo con el principio de legalidad y con respeto de las garantías procesales.

9. En el informe se destaca que la separación del niño de su familia debe responder a la aplicación de una medida especial de protección dictada por la autoridad competente, ser legítima, conforme a la ley, adoptada con las debidas garantías procesales, y tener como objetivo la salvaguarda de sus derechos. La Comisión nota que, por lo general, la regulación de las causales que dan lugar a la separación del niño de su familia se incluyen algunas formulaciones genéricas o abiertas Y en este sentido reitera que las decisiones en este tipo de procesos deben basarse en criterios objetivos y estar debidamente motivadas con base en el aporte de equipos técnicos multidisciplinarios, y evaluaciones especializadas que realicen. Asimismo, la regulación debe contemplar de modo claro los requisitos y los procedimientos para el ingreso y el egreso de los niños y niñas a los centros de acogimiento de carácter residencial, con el objetivo que ningún niño sea acogido en un centro de estas características sin que sea estrictamente necesario e idóneo, atendiendo a su interés superior, ni permanezca en el mismo por tiempo innecesario.

10. La Comisión ha seguido atentamente situaciones relativas a las condiciones en las que se encuentran los niños y niñas internados en instituciones residenciales, y ha mostrado su preocupación por las distintas vulneraciones a los derechos humanos que ha identificado, en diversas oportunidades.

11. En el presente informe se evidencia que la institucionalización expone a los niños a mayores riesgos de sufrir diversas formas de violencia, abuso, negligencia, e incluso explotación, en comparación con los niños que se encuentran en otras modalidades de cuidado alternativo. En este sentido, en las Américas, así como en todas las regiones del mundo, los niños, niñas y adolescentes en instituciones de acogimiento se ven expuestos a una violencia de carácter estructural, derivada de las condiciones de cuidado en las que operan muchas de estas instituciones. La violencia en las instituciones es generalmente el resultado de un conjunto de factores asociados con el funcionamiento mismo de estos establecimientos, como la precariedad de sus instalaciones en términos de salubridad y seguridad, el hacinamiento, la falta de personal capacitado para trabajar con niños, el aislamiento social, la aplicación de medidas disciplinarias o de formas de control que incluyan el uso de la violencia o la medicación psiquiátrica innecesaria, y la utilización de algunas formas de tratamiento que constituyen en sí mismas una forma de violencia, entre otros.

12. La CIDH pone en evidencia la necesidad urgente e inaplazable que los Estados de la región adopten una legislación apropiada que regule el funcionamiento de las instituciones residenciales de acogimiento tanto de carácter público como privado, entre ellas en lo referente a: la autorización y habilitación de funcionamiento; los estándares de prestación del servicio; los mecanismos de supervisión y control, y sanciones adecuadas de tipo administrativo, civil y/o penal, según corresponda, en los casos de incumplimiento de la normativa. La Comisión ha observado que los Estados no siempre disponen de información sobre el funcionamiento y las condiciones de las instituciones residenciales, especialmente aquellas de carácter privado o mixto.

13. La Comisión Interamericana ha identificado que generalmente, los niños, niñas y adolescentes que ingresan en una institución residencial pasan largos periodos de

tiempo institucionalizados. Esta permanencia prolongada en las instituciones es atribuible en general a la ausencia de planes individualizados que promuevan la reintegración familiar y comunitaria del niño, así como a la falta de programas y servicios adecuados y suficientes que ayuden a las familias a superar las causas que dieron lugar a su institucionalización y fortalezcan sus capacidades para cumplir con las responsabilidades parentales.

14. En adición, a la Comisión le preocupa constatar que determinados grupos de niños, tales como los niños, niñas y adolescentes con algún tipo de discapacidad, afrodescendientes o indígenas, se encuentran sobre-representados en las instituciones residenciales, y que su egreso de las mismas es desproporcionadamente bajo.

15. La Comisión pone también de manifiesto sus preocupaciones en relación a las dificultades identificadas en la región en lo relativo a la estricta observancia de las garantías contenidas en los artículos 8 y 25 de la CADH en las decisiones que se adoptan respecto de la separación de los niños de sus progenitores. En este sentido, la CIDH recuerda que cuando la medida de protección implique la separación del niño de su familia, la adopción de la misma debe quedar sujeta a revisión judicial, de modo que se dé satisfacción al artículo 11.2 de la CADH y al artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (en adelante la “Convención sobre los Derechos del Niño” o la “CDN”)². Adicionalmente, los procedimientos en esta materia deben ser tramitados con una diligencia excepcional; ser adaptados y accesibles al niño con el fin de garantizar su derecho a participar en los procesos que les afecten; y, asegurar la disponibilidad de una representación legal independiente y especializada para el niño, que permita defender sus intereses y derechos de modo efectivo.

16. La Comisión Interamericana concluye que las medidas especiales de protección que impliquen la separación del niño de su familia son medidas de carácter excepcional, una vez agotadas todas las posibilidades de apoyo a la familia, y siempre que constituyan de modo objetivo y razonado la mejor opción para el interés superior del niño y la protección de sus derechos. El objetivo que persigue este tipo de medidas es garantizar la protección y la seguridad del niño a través de su acogimiento alternativo, de modo temporal, mientras se realizan las acciones adecuadas para superar las circunstancias que dieron lugar a la separación, y promover la reintegración del niño a su familia, siempre que no fuera contrario a su interés superior, o bien encontrar otra solución permanente para el niño.

17. La Comisión señala la prelación de modalidades de cuidado alternativo fijadas por el derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido,, en primer lugar debe considerarse su acogimiento en la familia extendida, y en caso de eso no ser posible, en una familia de acogida, señalándose como medida de último recurso el ingreso en un centro de acogimiento y cuidado que pueda prestar una atención personalizada en un ambiente similar al de una familia. La institucionalización en centros de grandes dimensiones debe ser progresivamente sustituido por los anteriores.

² Aprobada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.

18. El informe finaliza con una serie de conclusiones y recomendaciones a los Estados basados en los estándares del derecho internacional de los derechos humanos en la materia. La Comisión espera que el presente informe sirva como herramienta para los Estados y los asista en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales respecto del deber de respeto y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, especialmente de aquellos privados de cuidados parentales o que se encuentran en riesgo de perderlos.

II. INTRODUCCIÓN

19. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano principal de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “OEA”) encargado de promover y proteger los derechos humanos en el hemisferio. Los derechos humanos de la niñez han sido un tema de especial interés para la Comisión a través de los años. En tal sentido, durante su 100° período ordinario de sesiones, celebrado en Washington D.C. del 24 de septiembre al 13 de octubre de 1998, la Comisión decidió crear la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez a la cual le encomendó el estudio y la promoción de actividades que permitan evaluar la situación de los derechos humanos de los niños y las niñas en los Estados Miembros de la OEA, y proponer medidas efectivas a los Estados Miembros para que adecuen su normativa interna y sus prácticas a fin de respetar y garantizar el goce y el ejercicio de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en la región.

20. Es así que la Comisión y la Relatoría, a través del sistema de peticiones y casos, medidas cautelares, audiencias, visitas e informes, han prestado especial atención a la situación de los niños en las Américas. En las últimas décadas ha habido un cambio profundo en los marcos normativos, las políticas públicas y en la forma de prestar servicios sociales a la infancia y a la familia en los Estados Americanos, especialmente a partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, a pesar de estas importantes transformaciones, persisten las dificultades y los retos en traducir a la realidad los principios del derecho internacional de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, reconocidos en los marcos normativos. Adicionalmente, existe todavía la necesidad en los Estados de la región de profundizar algunos temas en los marcos legislativos, con el fin de adecuarlos a los principios y estándares exigidos por el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente en relación con los derechos y obligaciones contenidos en el artículo 19 de la Convención Americana y el artículo VII de la Declaración Americana.

21. La CIDH ha tomado conocimiento de la situación de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en instituciones residenciales. En múltiples oportunidades ha recibido con preocupación informaciones sobre los motivos de ingreso de los niños en este tipo de instituciones y sobre las condiciones en las cuales permanecen en ellas y el tipo de cuidado que reciben en vista que no cumplen con los estándares de derecho internacional de los derechos humanos.

22. Expresiones de esta preocupación también fueron manifestadas por el Comité de los Derechos del Niño que en el año 2005 organizó el Día de Debate General sobre la temática de los niños sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, y por el

Experto Independiente para el Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños (en adelante referidos como el Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños o el Experto Independiente y el “Estudio sobre la Violencia contra los Niños” o “el Estudio”, respectivamente), quien incluyó sus principales observaciones al respecto en el Estudio y en su informe ante la Asamblea General de las Naciones Unidas³. En el ámbito del Sistema Universal lo anterior llevó a que en el año 2009 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobara las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños⁴.

23. Con motivo de lo referido, la Comisión tomó la decisión de elaborar un informe sobre la situación de los niños sin cuidados parentales que se encuentran internados en instituciones residenciales de acogida en las Américas. Durante el proceso de elaboración del informe, y como resultado de la información que fue recabada, la Comisión estimó oportuno tomar en consideración las obligaciones de los Estados en relación al deber de protección de la familia, reconocido en los artículos 17.1 de la Convención y VI de la Declaración ADH, y de favorecer las capacidades de las familias como medida de protección a los niños. La CIDH considera que las políticas de protección a la familia representan un componente fundamental para prevenir la separación del niño de su familia por motivos de protección, así como para facilitar la reintegración familiar y la superación de las causas que dieron lugar al acogimiento alternativo.

24. Adicionalmente, la CIDH ha estimado oportuno encuadrar su análisis y recomendaciones respecto de las instituciones residenciales en el marco de los planes y/o estrategias nacionales de acogimiento alternativo, y de los principios bajo los cuales éstos han de regirse de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos. La CIDH ha realizado sus recomendaciones tomando en consideración que el deber de protección del Estado respecto de los niños sin cuidados parentales adecuados, o que se encuentran en riesgo de perderlos, ha de preverse y organizarse dentro de los sistemas nacionales de promoción y protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

25. Con miras a obtener información sobre la situación de las niñas, niños y adolescentes en las instituciones residenciales en los distintos Estados Miembros, en mayo de 2011 la Comisión envió a los Estados y a las organizaciones de la sociedad civil una solicitud de información contenida en un cuestionario que ha sido incluido como anexo al

³ El Estudio completo puede ser consultado en: <http://www.unviolencestudy.org/spanish/index.html>.

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por su Resolución A/61/299 de 29 de Agosto de 2006 el Informe del Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños. Este informe contiene los principales hallazgos del Estudio y un conjunto de recomendaciones a los Estados. El informe puede ser consultado en: http://www.unicef.org/violencestudy/spanish/reports/SG_violencestudy_sp.pdf.

⁴ Aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 64/142, de 18 de diciembre de 2009. La Asamblea General de las Naciones Unidas acogió favorablemente las Directrices señalando que ningún país tenía objeciones en contra de su contenido, lo cual da medida del nivel de aceptación que las mismas consiguieron en todos los Estados del mundo. Pueden consultarse en: <http://www.crin.org/docs/100426-UNGuidelines-Spanish.pdf>.

presente informe⁵. Los Estados que respondieron el cuestionario enviado por la CIDH fueron: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Guyana, Granada, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay y República Dominicana. Por su parte las organizaciones de la sociedad civil que hicieron llegar sus respuestas por escrito al cuestionario fueron: Gire, Casacidn, Dissability Rights International Mexico, Yumildre y la Universidad de Lanús.

26. También en el marco de la preparación del presente informe la Comisión realizó tres consultas de carácter subregional durante las cuales se invitó a representantes gubernamentales, de organizaciones de la sociedad civil y académicos de la región con el fin de recoger información adicional sobre los aspectos normativos, técnicos, y las prácticas, referidos a la situación de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran acogidos en instituciones residenciales en las Américas⁶. Adicionalmente, se realizó un relevamiento de información secundaria de investigaciones, estudios e informes sobre la temática, incluida la producida por organismos internacionales, por académicos, instituciones gubernamentales y organizaciones no gubernamentales. La información aportada por los Estados, por las organizaciones de la sociedad civil y académicos, a través de las respuestas al cuestionario y en el marco de las consultas subregionales, fue de gran utilidad para la Comisión y ésta agradece la participación y las contribuciones de todos ellos. La Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe (LACRO) y la Oficina de la Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños realizaron valiosas contribuciones y aportes al proceso de elaboración de este informe, además de prestar apoyo para la realización de las consultas regionales, y la Comisión desea también expresarles su agradecimiento.

27. El presente informe se divide en cuatro capítulos sustantivos. El primero analiza el derecho del niño a vivir y a ser criado por su familia y el deber del Estado de prestar apoyo a las familias como medida de protección a los niños, niñas y adolescentes. La segunda parte trata de los principios aplicables al cuidado alternativo de los niños, las garantías judiciales que deben ser observadas en la determinación de una medida de protección especial que implique la separación del niño de su familia, y los derechos especialmente protegidos en este tipo de procedimientos. En tercer lugar, el informe identifica el modelo de cuidado alternativo de acogimiento familiar, destacando que es en éste donde de modo general se cumple con el respeto a los derechos de los niños. Finalmente, el informe se centra en el acogimiento residencial, y las obligaciones de los Estados en términos de regulación, calidad del servicio y supervisión, destinando una especial atención a las instituciones residenciales y las principales problemáticas que la CIDH ha identificado en la región.

⁵ El cuestionario fue preparado por la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez de la CIDH en cooperación con la Oficina Regional de UNICEF para América Latina y El Caribe (LACRO). La solicitud de información fue acompañada por un documento conceptual que fue elaborado con el aporte de la Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños.

⁶ Las consultas se llevaron a cabo en Trinidad y Tobago (3 y 4 de mayo de 2011), Perú (23 y 24 de junio de 2011), Guatemala (25 y 26 de julio de 2011).

28. La Comisión nota que los centros de acogimiento residencial tienen diversas denominaciones en función de los países del hemisferio, además de existir múltiples variantes y modalidades. La Comisión ha encontrado que términos iguales o similares son utilizados en los países de la región, para definir entornos de acogimiento alternativo significativamente diversos. A los efectos de este informe, utilizamos el término acogimiento residencial, para aquellos centros con un régimen de tiempo completo tal como es el caso de los orfanatos, albergues, hogares para niños, casas de acogida, entre otras instituciones que responden a la descripción mencionada. Asimismo, la CIDH se refiere a residencias de carácter médico o psiquiátrico. Los centros que serán abordados pueden ser públicos, privados o mixtos, de tipo transitorio o de emergencia, o bien de tipo permanente.

29. En este informe la Comisión distingue el acogimiento familiar del centro de acogimiento y de la institución residencial⁷. La distinción terminológica busca separar dos grandes modelos de atención y cuidado distinto del familiar. El concepto “centros de acogimiento” es empleado para describir entornos de dimensiones pequeñas, con un número reducido de niños, y que se organizan y funcionan de un modo similar a como lo hace un ambiente familiar, en un régimen abierto y con interacción con la comunidad, accediendo los niños a los servicios que en la misma se prestan. El concepto “instituciones residenciales” es reservado para establecimientos de grandes dimensiones, con un elevado número de niños, y que generalmente operan en un régimen de funcionamiento cerrado, es decir, prestándose los servicios en el interior de la propia institución, y no propiciándose, o bien de modo limitado, la interacción de los niños con el entorno comunitario.

30. La Comisión reconoce que los Estados Miembros han realizado importantes esfuerzos con miras a armonizar sus legislaciones internas, políticas públicas y prácticas con las disposiciones de la Convención y la Declaración Americanas y con el *corpus juris* de los derechos de los niños. No obstante, persisten dificultades en términos de prevención y de respuesta frente a las situaciones que originan el acogimiento alternativo, así como de regulación y supervisión de los centros de acogimiento y de las instituciones residenciales. Persisten también serios desafíos en cuanto a las condiciones en las cuales éstas acogen y atienden a los niños. El presente informe identifica los principales problemas y retos que enfrentan los Estados de la región y desarrolla los estándares internacionales de derechos humanos que deben ser observados por los sistemas de protección. A estos efectos, el informe incluye una serie de recomendaciones para que los Estados Miembros puedan dar adecuado cumplimiento a sus obligaciones internacionales respecto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

⁷ Tomando como base las directrices 23 y 29 de las Directrices sobre Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños y las referencias sobre estas denominaciones que se encuentran en el manual "Avanzando en la implementación de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños", Centre for Excellence for Looked After Children in Scotland (CELCIS) de la Universidad de Strathclyde; Servicio Social Internacional (SSI); Oak Foundation; Aldeas Infantiles SOS Internacional; y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) 2012, páginas 34 y 35. Puede consultarse en: http://www.unicef.org/uruguay/spanish/Implementacion_de_las_Directrices_sobre_las_modalidades_alternativas_de_cuidado_de_los_ninos.pdf.

III. EL DERECHO A LA FAMILIA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

A. El *corpus juris* de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes

31. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la “Corte Interamericana”, “la Corte”, o la “Corte IDH”) se han referido en forma consistente en sus decisiones al *corpus juris* en relación a los derechos humanos de los niños, las niñas y adolescentes. El concepto de *corpus juris* en materia de niñez se refiere al conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de los niños, las niñas y adolescentes.

32. La Corte y la Comisión han señalado que el concepto de *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos distintos (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones), así como por las decisiones adoptadas por los órganos de derechos humanos internacionales⁸. Esta noción propia del derecho internacional de los derechos humanos y de la interpretación de los tratados tiene una particular importancia por contribuir a avanzar sustancialmente en la protección y defensa de los derechos humanos de los niños mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección⁹. Sobre el particular, la Corte ha entendido que:

[t]al interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte [...] como la Corte Europea [...], han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales¹⁰.

33. La Corte y la Comisión han aplicado esta noción de *corpus juris* de forma reiterada y consistente en sus decisiones relativas a los derechos de los niños, niñas y

⁸ Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 115; CIDH. *La infancia y sus derechos en el sistema Interamericano de protección de derechos humanos (segunda edición)*, OEA/Ser.L/V/II.133 Doc.34, 29 octubre 2008 (en adelante “*La infancia y sus derechos en el sistema Interamericano de protección de derechos Humanos*”), párr. 39; CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., doc. 78, 13 julio 2011 (en adelante “*Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*”), párr. 16.

⁹ Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 193, y *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114.

¹⁰ Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 193, y, Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114.

adolescentes para fijar los alcances de las obligaciones de los Estados en relación a los derechos de la niñez. Ambos órganos del Sistema Interamericano han sostenido que el referido *corpus juris* cumple un importante papel en lo que refiere a la interpretación de las distintas disposiciones de la Declaración y la Convención Americanas en esta materia¹¹. En ese sentido, la Corte ha subrayado que el *corpus juris* en materia de los derechos de la niñez es el resultado de los importantes desarrollos que ha experimentado el derecho internacional de los derechos humanos en este campo y que tuvo como hito destacado la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Dicha Convención supuso el reconocimiento de los niños y niñas como sujetos titulares de derechos, de su dignidad como personas, así como de la especial protección de la que son merecedores por su condición de desarrollo. Al respecto, en su jurisprudencia la Corte señala que:

Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana¹².

34. Por consiguiente, para interpretar el significado, contenido y alcances de los derechos de los niños en particular en relación con los artículos 19 de la Convención Americana¹³, VII de la Declaración Americana¹⁴ y 16 del Pacto de San Salvador¹⁵, - los cuales garantizan el derecho de los niños a medidas de protección especiales por parte de su familia, la sociedad y el Estado-, es importante recurrir por referencia, no sólo a las disposiciones contenidas en los referidos instrumentos del Sistema Interamericano de

¹¹ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 121; *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párrs. 165, 166, 167 y 168; *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232, párrs. 107 y 112; y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrs. 166 a 168.

¹² Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 194.

¹³ Artículo 19: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y el Estado”. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

¹⁴ Artículo VII: “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a la protección, cuidados y ayuda especiales”. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.

¹⁵ Artículo 16, Derecho de la Niñez: “Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo”. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

Derechos Humanos, sino además a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas con respecto a la protección de la niñez.

35. En lo que se refiere a la comunidad internacional de Estados, ésta a través de la adopción de un gran número de resoluciones y de instrumentos internacionales de diversa naturaleza sobre diversos aspectos relacionados con los derechos de la niñez, ha asentado una clara posición en cuanto a reconocer que los niños, niñas y adolescentes son titulares de todos los mismos derechos que los adultos y además merecedores de una protección especial¹⁶. La ratificación casi universal de la Convención sobre los Derechos del Niño da medida clara de este sólido consenso existente. La Comisión y la Corte han señalado que esta integración del sistema regional con el sistema universal de los derechos humanos, a los efectos de interpretar la Convención Americana, encuentra su fundamento en el artículo 29 de la Convención Americana y en la práctica reiterada de la Corte y de la Comisión en esta materia¹⁷.

36. En virtud de lo anterior, y en relación a la temática que es objeto del presente informe, la Comisión considera que el marco jurídico de protección de los derechos humanos de los niños debe tomar en consideración, para la interpretación de los contenidos y alcances del artículo 19 de la Convención Americana y del artículo VII de la Declaración Americana, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas así como las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños¹⁸.

¹⁶ Por ejemplo, cada año la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba una “Resolución Ómnibus” dedicada a los derechos de los niños. En la actualidad el Consejo de Derechos Humanos aprueba anualmente una Resolución sobre los Derechos del Niño, y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprueba Resoluciones sobre la Cuestión de la Niñez Afectada por los Conflictos Armados. A su vez, en relación con los procedimientos especiales del sistema de las Naciones Unidas, es de destacar la existencia de mandatos relacionados con los derechos de la niñez, entre ellos se encuentran: la Relatora especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; el Relator especial sobre el derecho a la educación; la Relatora especial sobre la trata de personas, especialmente las mujeres y los niños. Otros procedimientos especiales han abordado también los derechos de los niños dentro de su ámbito temático de competencia, por ejemplo: la Relatora especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud incluidas sus causas y consecuencias; la Relatora especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos; el Relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes; y, el Relator especial sobre los derechos humanos de las personas internamente desplazadas. Adicionalmente, es de destacar la existencia de una Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la violencia contra los niños y una Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la Niñez y los conflictos armados.

¹⁷ CIDH. Informe No. 41/99, Caso 11.491, Menores detenidos contra Honduras, de 10 de marzo de 1999, párrafo 72. Corte IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232, párrafo 112.

¹⁸ En relación a las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños es relevante hacer notar que el Comité de los Derechos del Niño, en el marco de la competencia que le otorga el artículo 43 de la CDN para supervisar el cumplimiento de la CDN por los Estados Partes, solicita a los Estados Partes que tengan en cuenta el contenido de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños al momento de reportar al Comité sobre el nivel de cumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas de la CDN, en virtud del artículo 44 de la CDN. Por consiguiente, el Comité entiende que el contenido de las Directrices aporta elementos para comprender de mejor manera y aplicar adecuadamente los artículos de referencia de la CDN en lo relativo a la temática de niños sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos. Documento “Orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados partes en virtud del artículo 44, párrafo 1 b), de la Convención sobre los Derechos del Niño”, aprobadas por el Comité en su 55º período de sesiones (13 de septiembre a 1º de octubre de 2010), CRC/C/58/Rev.2.).

37. Además, en lo aplicable, también se tomarán en consideración otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general así como aquellos instrumentos internacionales de carácter específico que sean pertinentes, tanto del Sistema de Naciones Unidas como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

38. Adicionalmente, el marco del *corpus juris* incluye también, a los efectos interpretativos, las decisiones adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en cumplimiento de su mandato, así como las decisiones de otros órganos de derechos humanos y mecanismos especiales del Sistema Universal¹⁹. Lo anterior evidencia no sólo la existencia de un marco jurídico común en el derecho internacional de los derechos humanos aplicable en materia de niñez, sino también la interdependencia que existe en el ámbito internacional entre los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos de los niños, y que ha sido puesto de manifiesto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

39. Por último, la Comisión subraya que los Estados Miembros que no han ratificado la Convención Americana están igualmente sometidos al *corpus juris* relativo a los derechos de los niños, toda vez que el artículo VII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece que todos los niños tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales²⁰.

B. El deber de protección especial a los niños, niñas y adolescentes

40. El artículo 19 de la Convención Americana establece que “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. De forma similar se pronuncia la Declaración Americana en su artículo VII el cual reconoce que “[t]oda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.”

41. La Comisión y la Corte han sido claras en señalar que los niños y las niñas "poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos (...) y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado"²¹. Por consiguiente, el artículo 19 de la CADH debe entenderse como un derecho adicional y complementario que el tratado establece para los niños, quienes por su estado de desarrollo necesitan de protección especial²². Esta

¹⁹ CIDH. *La infancia y sus derechos en el sistema Interamericano de protección de derechos Humanos*, párrafo 43. CIDH. *Informe sobre justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párrafo 19.

²⁰ CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 20. Ver también *La infancia y sus derechos en el sistema Interamericano de protección de derechos Humanos*.

²¹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 54.

²² Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 54, 55 y 60; *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 244; *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 152; y especialmente: Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 147 y Corte IDH. *Caso*

protección especial que reconoce el derecho internacional de los derechos humanos a los niños se fundamenta en su condición de personas en crecimiento y se justifica en base a las diferencias, respecto de las personas adultas, en cuanto a las posibilidades y los desafíos para el efectivo ejercicio y la plena vigencia de sus derechos²³.

En palabras de la Corte:

Tal como se señalara en las discusiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, sociedad y el Estado²⁴.

42. El deber de protección especial se fundamenta en el reconocimiento de las condiciones especiales del niño quien, debido a su desarrollo progresivo en todas sus facetas - a nivel físico, cognitivo, emotivo, psicológico y social -, depende de los adultos

...continuación

Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 113; *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 164; *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 408; y *Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 184; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrs. 124, 163-164, y 171; *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 126 y 134; *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 146 y 185; y *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 172.

²³ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 51.

La necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En el prólogo de la "Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas" se menciona expresamente esta concepción de la protección especial a la niñez. Además, se encuentra reconocida en la "Declaración Universal de Derechos Humanos", en el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", en el "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", así como también se menciona en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y organizaciones internacionales con mandato en materia de niñez. Al respecto, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas contiene un artículo de redacción similar a la del artículo 19 de la CADH; el Artículo 24.1 establece que "[t]odo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado". El Comité de los Derechos Humanos, órgano de tratado encargado de supervisar el cumplimiento del Pacto, en su Comentario General 17 aclara que "[l]a aplicación de esta disposición entraña, por consiguiente, la adopción de medidas especiales para proteger a los niños, además de las medidas que los Estados deben adoptar en virtud del artículo 2, para garantizar a todas las personas el disfrute de los derechos previstos en el Pacto" (par.1). Los instrumentos internacionales especializados antecesores a la Convención sobre los Derechos del Niño reflejan también el concepto de protección especial, así, la "Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño" y la "Declaración de los Derechos del Niño" de 1959.

²⁴ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 54.

para el efectivo acceso y disfrute de todos sus derechos, así como para el ejercicio de las acciones jurídicas tendientes a exigir los mismos²⁵. Esta dependencia de los adultos, y su intensidad, se ve modificada de acuerdo con la evolución de las capacidades del niño y grado de madurez. Así, para asegurar sus derechos más fundamentales los niños dependen directamente de los adultos para recibir la atención y los cuidados necesarios, en particular en las primeras etapas de su vida. Es debido a esta especial situación en la cual se encuentran los niños en el ejercicio de sus derechos, que el derecho internacional de los derechos humanos ubica a los Estados en una posición de garante de carácter reforzado, lo cual implica la adopción de una serie de medidas de distinto tipo y contenido dirigidas a la niñez²⁶.

43. De esta manera; en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos de los artículos 19 de la CADH y VII de la DADH, se desprende la obligación para los Estados Miembros de tomar todas las medidas necesarias para garantizar la vigencia efectiva de los derechos de los niños, removiendo para ello todos los obstáculos, y tomando en consideración las particulares condiciones y retos que enfrentan los niños en el goce de sus derechos²⁷.

44. Al analizar el alcance y contenidos del deber de protección especial, habrá que tomar en consideración que naturalmente esta condición de dependencia de los niños va evolucionando con el tiempo de acuerdo con el crecimiento, estadios de madurez y progresiva autonomía personal. Ello conlleva una correlativa adaptación del contenido de los deberes y responsabilidades de la familia, la comunidad y el Estado en relación al niño. Así, los deberes y responsabilidades de la familia, la comunidad y el Estado hacia el niño deberán ser realizados respetando el grado de desarrollo del niño y su autonomía

²⁵ Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 185; *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 164; *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 126; *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrs. 126 y 134; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 177; y *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 116. Comité de los Derechos del Niño. Comentario General No. 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 40° período de sesiones, U.N. Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006. párrafo 17.

²⁶ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 56 y 60; *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrs. 126 y 134; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 177; *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 116; *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 164; *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 152, y *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 244. *Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párrafo 184.

²⁷ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 60. Este consenso internacional tiene reflejo así mismo en otros instrumentos internacionales como el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 24, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” en su artículo 16.

progresiva para adoptar decisiones sobre sí mismo y sobre el ejercicio de sus derechos²⁸. Esta lógica es consecuente con la visión del niño como sujeto titular de derechos, que deben ser respetados y promovidos en su integralidad, dejándose así atrás la concepción del niño entendido como simple objeto y recipiente de asistencia y atención.

45. La obligación de protección especial contenida en el artículo 19 de la CADH se vincula con el artículo 1.1 de la CADH²⁹ en lo relativo a las obligaciones de respeto y garantía, y con el artículo 2 de la CADH³⁰ referido al deber de adoptar disposiciones de derecho interno de la índole que fueran necesarias y adecuadas para dar efectividad a este deber de protección especial a la niñez.

46. Dentro de las medidas de derecho interno que los Estados Miembros deberán adoptar para cumplir con las obligaciones derivadas del artículo 19 de la CADH y del artículo VII de la DADH están: i) aquellas de carácter general que tienen como destinatarios a todos los niños en su conjunto y que están orientadas a promover y garantizar el disfrute efectivo de todos sus derechos, ii) aquellas medidas de carácter específico dirigidas a determinados grupos de niños, que se establecen en función de las circunstancias particulares de vulnerabilidad en las que se encuentran estos niños y atendiendo a sus necesidades de protección especiales, y iii) la Corte además ha señalado que, “es preciso ponderar no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño”³¹, es decir, supone la determinación y aplicación de una medida especial de protección idónea, adecuada e individualizada, que considere las necesidades de protección del niño como individuo en su contexto particular. De este modo la Corte ha diferenciado los distintos niveles de obligaciones que comprometen a los Estados vinculadas al artículo 19 de la Convención.

47. En relación a los niños sin cuidados parentales adecuados o que se encuentran en riesgo de perderlos, considerando la posición preeminente que ocupa la

²⁸ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “[e]n el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, aquéllos ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal”. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párrafo 129. Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 84 y 85 y Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006, 40º período de sesiones, párrafo 17.

²⁹ El artículo 1 de la Convención establece la obligación de respetar los derechos: “1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”

³⁰ El artículo 2 de la Convención establece el deber de adoptar disposiciones de derecho interno: “Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

³¹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 61.

familia en la vida del niño y la responsabilidad primaria de la familia en ofrecer al niño las condiciones necesarias para su bienestar y protección su ausencia o limitación, sitúa al niño en una situación de especial vulnerabilidad que puede llegar a afectar todos sus derechos, incluidos los derechos a la vida, a la integridad personal y a su desarrollo integral. Frente a ello, el Estado debe adoptar las medidas especiales, adecuadas e idóneas, para proteger los derechos del conjunto de niños que se hallen, o puedan encontrarse, en esta situación. Dicha obligación de protección derivada del artículo 19 de la CADH, y de los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la CADH, supone la obligación por parte del Estado de adoptar el marco normativo, las políticas públicas, programas, servicios, así como crear las instituciones y organismos apropiados, y cualquier otra medida necesaria, para la protección y la garantía de los derechos de los niños que se encuentran en este grupo especialmente expuesto a la vulneración de sus derechos.

48. Adicionalmente, y tomando en consideración que la Corte ha señalado que las obligaciones de protección y garantía resultan determinables en función de las necesidades de protección del sujeto de derecho³², existe el deber de adoptar una intervención particularizada para atender las necesidades individuales de protección del niño que no cuente con los cuidados parentales adecuados o se halle en riesgo de perderlos. Esta intervención, que tiene como fin adoptar una medida especial de protección, ha de llevarse a cabo en el marco de un procedimiento adaptado para ello, respetuoso con el principio de legalidad y contando con las debidas garantías, tal y como se analizará de forma pormenorizada en apartados posteriores.

C. El derecho del niño a la familia

49. La Convención Americana reconoce los derechos vinculados a la familia y a la vida familiar libre de injerencias ilegítimas en dos preceptos de su articulado, de modo diferenciado. Por un lado, la Convención Americana en el artículo 17.1 reconoce el derecho a la protección a la familia y el artículo 11.2 reconoce el derecho a una vida familiar libre de injerencias ilegítimas, del cual se desprende una obligación de respeto, interdicando las injerencias arbitrarias o ilegítimas al derecho a la vida familiar³³. En los mismos términos, el artículo VI de la Declaración reconoce el derecho a la familia y el artículo V reconoce la protección de la vida familiar contra ataques abusivos.

50. A continuación se analizará, en primer lugar, el derecho a la familia y la preeminencia que el derecho internacional de los derechos humanos le otorga a la familia como vínculo interpersonal y medio natural para el desarrollo personal integral de todos

³² Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 154. En el mismo sentido: Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 56 y 60; *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 45; *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 121.

³³ Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párrs. 156, 157 y 158; *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 66 a 71; *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párrs. 142 a 145.

sus integrantes, y en particular de los niños por su propia condición. Asimismo, se expondrá la estrecha relación existente entre el derecho del niño a la familia y la realización de sus derechos y, por tanto, con el artículo 19 de la CADH. Al final de la sección se hará una referencia general a las características que toda intervención en el ámbito de la vida familiar debe tener a los efectos de no constituir una injerencia ilegítima a la vida familiar, incompatible con la Convención y la Declaración Americanas. Los principios y las garantías que han de regir en las intervenciones que limiten el contenido del derecho a la familia y la vida familiar, para que sean acordes con la Convención y la Declaración Americanas, serán posteriormente desarrollados de modo pormenorizado en apartados sucesivos de este informe. En una sección posterior, se analizará en profundidad el contenido del artículo 17.1 de la Convención, en particular en lo tocante a las obligaciones de carácter prestacional que del mismo se derivan para los Estados.

51. El derecho internacional de los derechos humanos reconoce a la familia como el núcleo central de protección de la infancia y la adolescencia, además de reconocer el derecho que los niños tienen de vivir con su familia³⁴. Específicamente, la Convención

³⁴ De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el concepto de familia no debe reducirse únicamente al vínculo matrimonial ni a un concepto unívoco e inamovible de familia. La Corte, en la decisión “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, serie A No. 17., citando una decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos, sostiene que el concepto de vida familiar “no está reducid[o] únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio” (párr. 69). La Corte Interamericana además “estima que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano” (párr. 70). En otra de sus decisiones, la Corte Interamericana, de modo más específico, ha constatado que “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que “el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio” a la vez que rechaza “una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”)”, Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 142 y 145. Es más, la Corte considera la posible existencia de injerencias arbitrarias contra el derecho a la vida privada, reconocido en el artículo 11.2 de la Convención, en la imposición de una determinada visión de familia a la luz del 17.1: “[E]n efecto, esta Corte considera que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención”, *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, párr. 175. “El Tribunal constata que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos”, *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, párr. 120. Ver también *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242. párr. 98. La Comisión utiliza el término familia en consonancia con la jurisprudencia del sistema interamericano, esto es, en sentido amplio que se ha descrito.

En el ámbito del sistema de Naciones Unidas, es de destacar el entendimiento del Comité de los Derechos del Niño sobre el concepto de familia; así, el Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006, 40º período de sesiones, párr. 15 y 19, indica que “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 y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño. [...] El Comité observa que

Continúa...

Americana en su artículo 17.1 establece que “[l]a familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, pronunciándose en términos similares el artículo VI de la Declaración Americana, al señalar que “[t]oda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”.

52. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño realiza un reconocimiento similar al indicar en su preámbulo a la familia como el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños. Adicionalmente, la CDN declara en diversas de sus disposiciones el derecho del niño a vivir con sus padres y a ser cuidado por ellos, así como el deber de los Estados de apoyar a la familia para que ésta pueda cumplir cabalmente con sus funciones³⁵. El reconocimiento del derecho a la familia y a desarrollar una vida familiar libre de injerencias ilegítimas se encuentra también reconocido en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos en los artículos 15 del Protocolo de San Salvador³⁶, 16.3 de la Declaración Universal³⁷, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁸, y en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales³⁹. Otros instrumentos internacionales de derechos humanos de carácter específico, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴⁰, reconocen asimismo el derecho a la familia, y en particular este instrumento citado subraya que debe garantizarse que todos los niños con discapacidad⁴¹ tengan la

...continuación

en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños”.

³⁵ En particular los artículos 3.2, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 18, 20, 21 y 27 de la CDN, los cuales serán analizados en un momento posterior en este informe.

³⁶ El artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” establece el Derecho a la Constitución y Protección de la Familia: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado, quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material. (...) 3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar (...)”

³⁷ Artículo 16.3: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”

³⁸ Artículo 23.1: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”

³⁹ Artículo 10.1: “1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. (...)”.

⁴⁰ Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por la resolución 61/106, el 13 de diciembre de 2006.

⁴¹ La Comisión al referirse al concepto de “discapacidad”, o “niño con discapacidad”, utiliza la definición contenida en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (artículo 1).

oportunidad de vivir y crecer con una familia, reconociendo los particulares desafíos que este grupo puede enfrentar para ver realizado este derecho⁴².

53. La Corte y la Comisión se han pronunciado en diversas decisiones sobre el derecho a la protección a la familia reconocido en el artículo 17.1 de la CADH, en relación con el artículo 19 de la CADH, para fijar los contenidos y alcances de las obligaciones de los Estados Miembros en relación a los derechos establecidos en estos artículos. La Corte se ha manifestado en los siguientes términos:

En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños (...). Y el Estado se halla obligado no solo 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". En ese sentido, "[e]l reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos"⁴³.

54. Existe en el derecho internacional de los derechos humanos el reconocimiento del derecho del niño a vivir en su familia y a ser cuidado y criado por sus progenitores en el seno de la misma. La responsabilidad primaria por el bienestar del niño y el goce de sus derechos recae en sus progenitores y en los miembros de su familia de origen independientemente de la composición y la forma de constitución de ésta.. A su vez, los progenitores tienen una serie de derechos y responsabilidades en el marco de las relaciones familiares de carácter paterno-filial, que deben ser respetados y garantizados por los Estados. Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño señala que corresponde a los padres, o en su caso a los representantes legales, la responsabilidad primordial para la crianza y el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social del niño, debiendo ser su preocupación fundamental el interés superior del niño y su bienestar. La CDN es además precisa en establecer la obligación de los Estados consistente en prestar el apoyo y la asistencia adecuada a los padres y a las familias en el cumplimiento de sus responsabilidades parentales.

55. El artículo 5 de la CDN se refiere en estos términos a las responsabilidades parentales en la crianza de los hijos, y al deber de parte de los Estados de respetar el ejercicio de las funciones parentales:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia

⁴² Ver artículos 19 y 23 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁴³ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 66. Ver también Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 156; *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 125.

ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

De modo más específico, pero en términos similares, se expresa el artículo 14.2 de la CDN:

Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho [derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión] de modo conforme a la evolución de sus facultades.

56. El artículo 18 de la CDN adiciona en su enunciado las obligaciones del Estado de apoyo y asistencia a los progenitores y a la familia en el cumplimiento de sus responsabilidades parentales:

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. (...)

57. El derecho a la familia se relaciona estrechamente con la efectiva vigencia de todos los derechos del niño debido al lugar que ocupa la familia en la vida del niño y su rol de protección, cuidado y crianza. En el período correspondiente a los primeros años de vida del niño, cuando la dependencia de los adultos es mayor para la realización de sus derechos, la vinculación del derecho a la familia con los derechos a la vida, el desarrollo y la integridad personal, es particularmente importante. Coherente con el rol que la familia desempeña en la vida del niño, la Convención sobre los Derechos del niño relaciona el derecho a la familia con la realización del principio del interés superior del niño establecido en el artículo 3 de la CDN⁴⁴. En este artículo, la CDN vincula, de modo particular la

⁴⁴ El Comité de los Derechos del Niño ha entendido que el denominado “principio del interés superior del niño”, reconocido en el artículo 3 de la CDN, representa uno de los cuatro principios fundamentales en los cuales se basa e inspira toda la Convención sobre los Derechos del Niño y su aplicación. Comité de los Derechos del Niño, Comentario General número 5 “Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”, CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, 34 período de sesiones, párr. 12.

realización de los derechos y los intereses del niño con dos elementos: i) por un lado, con los derechos y deberes de los padres, tutores u otras personas responsables legalmente del niño, ii) y de otro, con la responsabilidad de los Estados de velar por la protección y el cuidado que sean necesarios para el bienestar del niño. Esta vinculación da cuenta de la importancia fundamental y primaria que la familia tiene en la vida del niño y en la realización de sus derechos y su interés superior, muy especialmente en la primera infancia, a la vez que establece la obligación del Estado de velar para que existan las condiciones para que esta protección efectiva pueda darse por parte de los progenitores y la familia del niño, considerando la realización de todos los derechos del niño y, en caso que ello no fuera posible o se vulneraran sus derechos, adoptar las medidas adecuadas para la protección del niño. Adicionalmente, en consonancia con la interpretación holística de la CDN que realiza el Comité de los Derechos del Niño, la realización del interés superior del niño debe considerarse a la luz de la autonomía progresiva del niño en la toma de decisiones que le afecten y en el ejercicio de sus derechos⁴⁵.

58. El derecho a la familia se vincula también de modo particular con el derecho a la identidad y con el derecho al nombre reconocido en el artículo 18 de la Convención Americana. El artículo 18 de la Convención Americana establece que:

Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

59. La Corte y la Comisión han conocido de casos en los cuales han analizado el derecho al nombre y lo dispuesto en el artículo 18 de la Convención Americana. La Corte Interamericana, refiriéndose al contenido del artículo 18 de la Convención, estableció que el derecho al nombre constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado⁴⁶. Por su parte, la Comisión, en relación a casos sobre desapariciones forzadas de niños, ha reconocido la existencia del derecho a la identidad asociado a otros derechos

...continuación

El artículo 3 de la CDN establece: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. (...)”

⁴⁵ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrs. 74, 84 y 85. Comentario General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), aprobada por el Comité de los Derechos del Niño en su 62 período de sesiones, párrs. 43 y 44.

⁴⁶ Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párrs. 182 y 184.

como el derecho a tener un nombre, una nacionalidad, una familia y a mantener relaciones familiares, todos incluidos en la Convención Americana⁴⁷.

60. Por su parte la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas en su artículo 8 establece el derecho a la identidad en los siguientes términos:

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

61. El artículo 8 de la CDN es claro en señalar que uno de los elementos que integran el derecho a la identidad es el derecho del niño a “preservar sus relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilegítimas”. La personalidad y la identidad del niño se forjan a través de una multiplicidad de factores entre los cuales se destaca la creación de los vínculos afectivos entre el niño y las personas más cercanas a él, quienes le proveen de cuidado y afecto y le imparten la orientación y dirección propias de su crecimiento personal. La influencia de las personas más próximas al niño en su proceso de crianza y en la construcción progresiva de su personalidad en todas sus facetas hace que se establezca un vínculo intrínseco entre el derecho a la familia y el derecho a la identidad.

62. En relación al derecho a la identidad la Corte ha indicado:

[el derecho a la identidad] puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien

⁴⁷ CIDH. Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República de El Salvador, Caso 12.517, Gregoria Herminia Contreras y otros, párr.217. Ver también la posición sostenida por la CIDH en el caso ante la Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Sentencia de 1 de marzo de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 117 “[...] el derecho a la identidad, en particular tratándose de niños y de desaparición forzada, es un fenómeno jurídico complejo que adquirió relevancia con la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este derecho ha sido reconocido por la jurisprudencia y por la doctrina tanto como un derecho autónomo, así como expresión de otros derechos o como un elemento constitutivo de éstos. El derecho a la identidad está íntimamente asociado al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, al derecho a tener un nombre, una nacionalidad, una familia y a mantener relaciones familiares. La supresión o modificación total o parcial del derecho del niño a preservar su identidad y los elementos que lo integran compromete la responsabilidad del Estado”.

no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez⁴⁸.

Y agrega la Corte:

Así, tratándose de niños, niñas y adolescentes, con base en lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a las relaciones de familia⁴⁹.

En una decisión reciente la Corte ha precisado nuevamente la vinculación entre el derecho a la identidad y el derecho a la familia:

Las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la identidad⁵⁰.

63. Vinculado a lo anterior, es de destacar la posición sostenida por la CIDH y la Corte en lo relativo a situaciones en las cuales los niños se han visto separados de sus progenitores y su familia biológica por una actuación atribuible al Estado. En estas oportunidades en las cuales la la CIDH y la Corte han tenido la oportunidad de pronunciarse, han concluido que existía una vulneración no solo al derecho a la protección familiar sino también al derecho a la identidad, además de conculcarse el artículo 19 de la CADH.

En palabras de la Corte:

[...] el hecho que en todos estos años M [nombre de la niña] no haya tenido contacto o vínculos con su familia de origen no le ha permitido crear las relaciones familiares que jurídicamente corresponden. Por ende, la imposibilidad de M de crecer con su familia biológica y la ausencia de

⁴⁸ Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 123. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 122, y *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232, párr. 113.

⁴⁹ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011, Medidas Provisionales respecto de Paraguay, Asunto L.M., párr. 15. Ver también Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párrafo. 122. En el mismo sentido ver la “Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional” artículo 3.

⁵⁰ Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 113.

medidas dirigidas a relacionar al padre con su hija afectó el derecho a la identidad de la niña M, además de su derecho a la protección familiar⁵¹.

64. En consecuencia, analizado bajo las obligaciones estatales derivadas de los artículos 17.1 y 19 de la Convención Americana, los niños tienen el derecho a vivir con su familia, principalmente su familia biológica⁵², y a que las medidas de protección que debe dispensarles el Estado, reconocidas en el artículo 19, prioricen el fortalecimiento de la familia como elemento principal de protección y cuidado del niño⁵³. Los Estados se hallan obligados a favorecer, de la manera más amplia posible, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar como medida de protección del niño⁵⁴. De lo anterior se infiere la necesidad que los Estados cuenten con un sistema nacional de protección de derechos que incluya políticas de apoyo, fortalecimiento y asistencia familiar, que tengan en cuenta el rol de las familias como ámbito natural en el cual se desarrollan los niños y donde se les proporciona el cuidado y la protección necesaria para su desarrollo integral y armonioso⁵⁵.

D. Medidas que impliquen separación de la familia: principios de necesidad, excepcionalidad y temporalidad (transitoriedad)

65. Asimismo, surgen obligaciones para los Estados ante situaciones en las cuales la familia vea limitadas en la práctica sus capacidades o habilidades para cumplir con

⁵¹ Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 123.

⁵² Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 119.

⁵³ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 71, 72, 73 y 76.

⁵⁴ Véase Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 66; *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 125; y *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 157. CIDH, Informe No. 83/10, Caso 12.584, Fondo, Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Fornerón, Argentina, 29 de noviembre de 2010, párr. 105. Véase también, Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), directrices 12 y 13. En el mismo sentido, artículos 1, 2 y 3 de la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986.

⁵⁵ En la misma lógica se pronuncian varios de los Comentarios Generales del Comité de los Derechos del Niño que han abordado temáticas conectadas con la relevancia de los cuidados de la familia y el deber de apoyo de parte del Estado, en particular: Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 3, El VIH/SIDA y los derechos del niño, CRC/GC/2003/3, de 17 de marzo de 2003, 32º período de sesiones; Comité de Derechos del Niño, Comentario General No. 4, La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003; Comentario General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006, 40º período de sesiones; Comentario General No 8, El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), CRC/C/GC/8, de 21 de agosto de 2006, 42º período de sesiones; Comité de Derechos del Niño, Comentario General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, 43º período de sesiones; Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 13, "Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia", CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011.

sus responsabilidades de cuidado y protección del niño. Frente a las circunstancias particulares en las que se encuentre la familia, se originará el deber por parte del Estado de adoptar una medida especial de protección tendente a apoyar a la familia para superar tal situación. Sin embargo, en caso de que el interés superior del niño lo justifique, las autoridades deben tomar medidas especiales de protección que impliquen la separación del niño de su familia.

66. El derecho a la familia tiene como uno de sus contenidos la posibilidad de defensa ante cualquier intromisión ilegítima o injerencia arbitraria en la vida familiar. La Convención Americana en el artículo 11.2 y la Declaración Americana en el artículo V establecen que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida familiar⁵⁶. Del necesario balance entre los derechos contenidos en los artículos 17.1 y 11.2 y el artículo 19 de la Convención, y V y VI de la Declaración con el VII del mismo instrumento, se derivan los principios de necesidad, excepcionalidad y temporalidad de las medidas especiales de protección que supongan la separación del niño de sus progenitores o de su familia por motivos de protección.

Al respecto la Corte ha manifestado que:

[e]l niño 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, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia⁵⁷.

(...) el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal⁵⁸.

⁵⁶ Convención Americana, artículo 11.2: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación." Y Declaración, artículo V.: "Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar." En el mismo sentido de prohibir las injerencias arbitrarias en la vida personal el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La CDN en su artículo 16 reconoce expresamente el derecho a una vida familiar libre de injerencias arbitrarias o ilegítimas a los niños, como titulares de derechos.

⁵⁷ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 71 y *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 157.

⁵⁸ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, punto resolutivo 5 y párrafo 77.

67. Estos principios de necesidad, excepcionalidad y temporalidad en relación a la eventual separación de un niño de su familia por motivos de protección han sido establecidos también en el ámbito del sistema universal de derechos humanos, en particular por la CDN, así como por otros instrumentos y normas internacionales, como las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, y por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en muchas de sus decisiones. Precisamente, las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños han fijado pautas adecuadas de orientación política y práctica relativas a la protección y al bienestar de los niños privados del cuidado parental o en riesgo de perderlo, basadas en los principios mencionados.

68. Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 9 establece que:

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

(...)

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. (...)

69. Las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, en su directriz 14, señalan lo siguiente en relación a las medidas de protección que impliquen la separación del niño de sus progenitores o de su familia:

[I]a separación del niño de su propia familia debería considerarse como medida de último recurso y, en lo posible, ser temporal y por el menor tiempo posible. Las decisiones relativas a la remoción de la guarda han de revisarse periódicamente, y el regreso del niño a la guarda y cuidado de sus padres, una vez que se hayan resuelto o hayan desaparecido las causas que originaron la separación, debería responder al interés superior del niño [...].

70. Existen situaciones y circunstancias que requieren de una intervención de protección de parte del Estado que implican la separación temporal del niño de sus progenitores con el objetivo de proteger sus derechos y su bienestar, atendiendo así al interés superior del niño. Del deber especial de protección reconocido en el artículo 19 de la Convención se deriva, por consiguiente, la obligación de establecer medidas especiales

de protección destinadas a los niños respecto de los cuales se determine que no cuentan con los cuidados parentales adecuados y que en aras a su interés superior, protección y bienestar, deban ser separados de forma transitoria de su núcleo familiar. En este sentido, la CDN establece de forma expresa en su artículo 20 el deber de los Estados de garantizar medidas especiales de protección y de cuidado alternativo para niños que no cuenten con los cuidados parentales adecuados:

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.
2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.
3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. (...)

71. La Comisión y la Corte han reiterado en sus decisiones estos principios de necesidad, excepcionalidad y temporalidad de las medidas de protección que impliquen la separación del niño de sus progenitores⁵⁹. Para que la injerencia sea acorde con los parámetros de la Convención Americana, la separación procede sólo en circunstancias excepcionales, cuando existan razones determinantes para ello, y en función del interés superior del niño. Además, para dar adecuada satisfacción al artículo 11.2 de la Convención y V de la Declaración relativos a la prohibición de injerencias ilegítimas o arbitrarias en la vida familiar, la determinación de la concurrencia de las circunstancias que justifiquen la adopción de estas medidas de cuidado alternativo debe realizarse por parte de la autoridad competente de conformidad con la ley y con los procedimientos aplicables, con estricto respeto a las garantías del debido proceso, y debe estar sujeta a revisión judicial⁶⁰. Adicionalmente, en caso de producirse una separación de un niño respecto de su núcleo familiar, el Estado debe hacer todo lo posible por preservar ese vínculo interviniendo temporalmente y orientando su accionar a la reincorporación del niño a su familia y su comunidad, siempre que eso no sea contrario a su interés superior. La Corte Interamericana ha sido muy clara al establecer que en estas situaciones, los niños deben ser devueltos a sus padres tan pronto lo permitan las circunstancias⁶¹.

⁵⁹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 75 y 77, y CIDH. Informe No. 83/10, Caso 12.584, Fondo, Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Fornerón, Argentina, 29 de noviembre de 2010, párrs. 103, 108 y 110, y, Corte IDH. *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242. párrs. 47 y 48.

⁶⁰ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 113. Ver, CIDH. Informe No. 83/10, Caso 12.584, Fondo, Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Fornerón, Argentina, 29 de noviembre de 2010, párr. 110; Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párrs. 116 y 117.

⁶¹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 75 y 77.

72. Asimismo, de los principios de necesidad, excepcionalidad y temporalidad que se derivan del análisis conjunto de los artículos 11.2, 17.1 y 19 de la Convención, V, VI y VII de la Declaración se infiere el objetivo de las medidas especiales de protección de carácter temporal que supongan la separación del niño de sus progenitores. En este sentido, las medidas especiales de protección que impliquen la ubicación del niño bajo cuidados alternativos han de estar orientadas, desde su diseño, determinación, aplicación y revisión, a la restitución de derechos, primordialmente al restablecimiento de la vida familiar y a la superación de los motivos que originaron la adopción de la medida de separación. Lo anterior siempre y cuando la reintegración del niño a su familia de origen no fuera contraria a los intereses del niño. En consecuencia, la medida debe estar sujeta a una revisión periódica con el objetivo de hacer seguimiento a las condiciones del niño y su bienestar, así como para permitir la adecuada intervención sobre las circunstancias que posibiliten la reintegración del niño a su familia de origen y a la guarda de sus progenitores, tan pronto como sea posible.

73. La Comisión considera que, de acuerdo a las exigencias que se derivan del artículo 11.2 de la Convención y V de la Declaración, debe ser posible verificar en todo momento la idoneidad y legitimidad de las medidas especiales de protección que impliquen la separación del niño de sus progenitores y de su familia biológica. Tanto la decisión sobre la aplicación de una medida de esta naturaleza, como la revisión de la misma, deberán satisfacer los requisitos de legitimidad e idoneidad y, por tanto, estar fundadas en criterios objetivos previamente establecidos por la norma, realizarse por el personal técnico especializado capacitado para conducir este tipo de evaluaciones, y quedar sujeta a la revisión de la autoridad judicial⁶².

74. En aquellas situaciones y casos en los cuales se acredite la imposibilidad del restablecimiento del vínculo del niño con sus progenitores o su familia ampliada, se adoptarán medidas especiales de protección de carácter permanente que faciliten una solución definitiva a la situación del niño, en atención a su interés superior, y en particular a su derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de una familia. La figura jurídica de la adopción facilita una solución permanente en estos casos. El adecuado respeto de los derechos de los niños derivados de los artículos 17,1 y 11. 2 de la Convención, en relación con los derechos de los progenitores, implica que las decisiones relativas a la remoción definitiva de la patria potestad de los progenitores y la declaratoria de adoptabilidad del niño se realicen por la autoridad judicial competente, con estricto respeto a la ley y a las garantías procesales⁶³. Las medidas especiales de protección de carácter permanente no son materia objeto de análisis en este informe, aunque se harán algunas referencias puntuales a la figura de la adopción cuando sea pertinente en la lógica expositiva de los contenidos del informe.

⁶² Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 113. CIDH, Informe No. 83/10, Caso 12.584, Fondo, Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Fornerón, Argentina, 29 de noviembre de 2010, párrs. 103 y 110.

⁶³ Ver artículos 9 y 21 de la CDN.

75. En conclusión, un análisis conjunto de los artículos 11.2, 17.1 y 19 de la Convención Americana y de los artículos V, VI y VII de la Declaración Americana, conlleva a las siguientes obligaciones para el Estado: i) en primer lugar, una obligación de garantía de parte de los Estados que implica adoptar medidas destinadas a la protección de la familia que permitan y faciliten el adecuado ejercicio de los derechos y deberes parentales y prevengan así situaciones de desprotección del niño; ii) se desprende, así mismo, la obligación de los Estados de diseñar y aplicar medidas especiales de protección de carácter temporal que atiendan adecuadamente las necesidades de protección del niño cuando la familia, pese a haber recibido el apoyo apropiado, no pueda cumplir en forma adecuada con las obligaciones de cuidado, o cuando la permanencia en dicho ámbito sea contraria al interés superior del niño, debiéndose adoptar medidas de protección que impliquen la separación del niño de su familia y el acogimiento en una modalidad de cuidados alternativos; y iii) a la luz de los artículos mencionados, las medidas de cuidado alternativo deben ser debidamente justificadas de acuerdo a la ley, tener un carácter transitorio y estar orientadas a la restitución de derechos, la recomposición de los vínculos familiares y la reintegración al medio familiar, tan pronto como ello sea posible, tomando en consideración el interés superior del niño y deben estar sujetas a revisión judicial⁶⁴.

E. Leyes, políticas y prácticas de apoyo y protección a la familia

76. Las leyes y las políticas de apoyo y protección a la familia contribuyen a facilitar el ejercicio de las funciones parentales de los progenitores, así como a evitar que las familias puedan verse inmersas en situaciones que limiten sus posibilidades de ofrecer el cuidado y bienestar adecuados a sus hijos. Al respecto, tal y como se ha mencionado, la Corte ha señalado que los Estados se hallan obligados a favorecer, de la manera más amplia posible, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar como medida de protección del niño, estableciendo una intrínseca vinculación del contenido del artículo 17.1 con el 19 de la Convención⁶⁵.

77. El derecho a la protección a la familia reconocido en los artículos 17.1 de la CADH y V de la DADH cobra una particular relevancia en lo que se refiere a la temática de los niños sin cuidados parentales adecuados o en riesgo de perderlos. De modo general, las leyes, políticas, prácticas y medidas de apoyo y fortalecimiento a la familia constituyen un importante medio para la protección de los derechos del niño. Si consideramos el rol que ocupa la familia en la vida del niño, estas leyes, políticas y medidas destinadas a la familia tienen el potencial de contribuir directamente y de modo positivo a hacer efectiva la

⁶⁴ Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing). Aprobadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985, Reglas 17 y 18. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 125. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 75.

⁶⁵ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 66; *Caso Atala Rizzo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 169; *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párrs. 156 y 157; y *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 116.

vigencia y el ejercicio de todos los derechos del niño, incluido el derecho a vivir en su familia y a ser criado por ella. De modo particular, la adopción y aplicación de distintas medidas y políticas públicas de protección a la familia tiene relevancia para prevenir las situaciones de desprotección para el niño, que podrían dar lugar incluso a la separación de éste de su núcleo familiar. Además constituyen medidas idóneas en el marco de los procesos de reintegración del niño a su familia de origen, al servir para apoyar a la familia en la superación de las causas que dieron lugar a la adopción de la medida especial de protección.

78. Si tomamos en consideración el *corpus juris* en esta materia, que incluye el Protocolo de San Salvador⁶⁶ y la Convención sobre los Derechos del niño, diversas disposiciones establecen que, a los efectos de garantizar y promover los derechos de los niños, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones parentales⁶⁷. Otros instrumentos internacionales también enfatizan esta obligación del Estado de fortalecer del modo más amplio posible las capacidades de las familias para el ejercicio de sus funciones parentales, vinculando esta obligación a la protección del niño y sus derechos. En ese sentido, el Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas expresamente ha vinculado la protección de la que es merecedora la familia reconocida en el artículo 23.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos con el cumplimiento del deber de protección de los niños por su especial condición, reconocido en el artículo 24.1 del mismo Pacto⁶⁸. Por su parte, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, también conocidas como las Directrices de Riad⁶⁹, han señalado que “[t]oda sociedad deberá asignar elevada prioridad a las necesidades y el bienestar de la familia y de todos sus miembros” y que, asimismo, “el Estado debe velar por la estabilidad y el bienestar del núcleo familiar, facilitando, a través de sus políticas, la prestación de los servicios adecuados para éstas, garantizando las condiciones que permitan alcanzar una vida digna”⁷⁰. La “Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la

⁶⁶ El Protocolo de San Salvador en su artículo 15 declara que “[l]os Estados Partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a: a.) conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto; b.) garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar; c.) adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral; d.) ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.”

⁶⁷ Específicamente, los artículos 18 y 27 de la CDN.

⁶⁸ Comité de los Derechos Humanos, Comentario General No. 17, Artículo 24 - Derechos del niño, 35º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (1989). Y Comentario General No. 19, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (1990).

⁶⁹ Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), instrumento aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

⁷⁰ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 67. Ver también Directrices de Riad, directrices de la 11 a la 13. Asimismo, Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño sobre la temática de los Niños sin cuidados parentales, 2005, Reporte de la 40 Sesión del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/153, párrafos 636-689.

protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional” (en adelante, Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños)⁷¹ destaca la alta prioridad que los Estados deben dar al bienestar de la familia y del niño, y manifiesta que el bienestar del niño depende del bienestar de la familia⁷².

79. El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas dedicó un Día de Debate General a la temática de los niños sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos el año 2005. Una de las principales conclusiones emitidas por el Comité de los Derechos del Niño como resultado de los debates que se sostuvieron con los Estados, organismos especializados de las Naciones Unidas, organizaciones de la sociedad civil, academia y expertos, pone de manifiesto la necesidad de desarrollar políticas públicas integrales y complementarias entre sí con el fin de apoyar a las familias en el desarrollo de sus responsabilidades parentales, y evitar así situaciones de desprotección para los niños:

Tomando como base las premisas básicas que los niños no se desarrollan correctamente fuera de una crianza en un ambiente familiar y que los padres necesitan una oportunidad decente para criar a sus niños, el Comité recomienda que los Estados Partes elaboraren, adopten y ejecuten, en colaboración con la sociedad civil, es decir, con las organizaciones no gubernamentales, las comunidades, las familias y los niños, una política nacional integral sobre las familias y los niños que apoye y fortalezca a las familias. La política nacional no sólo debe centrarse en las subvenciones del Estado y la asistencia material a las familias que lo necesitan, sino a ofrecer a las familias apoyo en forma de los denominados planes de servicio, como el acceso a los servicios sociales y sanitarios, servicios de orientación familiar que sean adaptados a los niños, educación y vivienda adecuada. El Comité recomienda que las familias y las asociaciones familiares se integran en el desarrollo de las políticas familiares nacionales y los planes de servicio⁷³.
(...)

El Comité recomienda que los Estados elaboren y apliquen una política integral para la prevención de la colocación de niños en cuidados alternativos que se base en un enfoque multidisciplinario, incluya una legislación adecuada y un sistema de servicios gratuitos. El Comité

⁷¹ “Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional”, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986.

⁷² Artículos 1 y 2. Declaración aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986.

⁷³ Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño sobre la temática de los Niños sin cuidados parentales, 2005, Reporte de la 40 Sesión del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/153, párr. 645. Traducción libre.

recomienda, además, que todas las políticas de prevención deben basarse en el principio del interés superior del niño⁷⁴.

80. En la misma línea varias de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños se refieren al deber de los Estados Miembros de diseñar y aplicar medidas y políticas de apoyo y asistencia a las familias:

...[a]l ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños, los esfuerzos deberían ir encaminados principalmente a lograr que el niño permanezca bajo la guarda de sus padres o, cuando proceda, bajo la de otros familiares cercanos, o que vuelva a ella. El Estado debería velar por que los guardadores tengan acceso a formas de apoyo familiar⁷⁵.

Los Estados deberían aplicar políticas de apoyo a la familia para facilitar el cumplimiento de los deberes que incumben a ésta en relación con el niño y promover el derecho del niño a mantener una relación con el padre y la madre. Estas políticas deberían afrontar las causas fundamentales del abandono de niños, la renuncia a su guarda y la separación del niño de su familia (...)⁷⁶.

Los Estados deberían elaborar y aplicar políticas coherentes y mutuamente complementarias orientadas a la familia con objeto de promover y reforzar la capacidad de los padres para cumplir sus deberes de cuidado de sus hijos⁷⁷.

Los Estados deberían aplicar medidas eficaces para prevenir el abandono de niños, la renuncia a la guarda y la separación del niño de su familia. Las políticas y programas sociales deberían, en particular, dar a las familias los medios para adquirir la conciencia, las aptitudes, las capacidades y las herramientas que les permitan proveer debidamente a la protección, el cuidado y el desarrollo de sus hijos. (...)⁷⁸.

81. A los efectos de comprender el alcance y contenido de las obligaciones que se derivan del derecho a la protección a la familia contenido en el artículo 17.1 de la Convención Americana, vinculado con el artículo 19 CADH y VI de la Declaración y a la luz del *corpus juris* en esta materia, corresponde abordar en primer lugar las obligaciones generales de cumplimiento contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH.

⁷⁴ Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño sobre la temática de los Niños sin cuidados parentales, 2005, Reporte de la 40 Sesión del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/153, párr. 650. Traducción libre.

⁷⁵ Directriz 3.

⁷⁶ Directriz 32.

⁷⁷ Directriz 33.

⁷⁸ Directriz 34.

82. El artículo 1.1 de la Convención Americana establece que:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El alcance de esta disposición ha sido analizado reiteradamente por la Comisión y la Corte a los efectos de determinar el concepto de las obligaciones positivas en materia de derechos humanos. La Corte, específicamente, ha establecido jurisprudencia firme en cuanto a que:

(...) los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia⁷⁹.

Sobre la obligación de garantía la Corte ha establecido que puede ser cumplida de diferentes maneras, en función del derecho específico que el Estado deba garantizar y de las particulares necesidades de protección⁸⁰. Esta obligación implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos⁸¹.

83. Por su parte, el alcance del concepto jurídico de adecuación legislativa o de otro carácter dentro del Sistema Interamericano se complementa por el artículo 2 de la Convención Americana, que dispone:

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus

⁷⁹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 92.

⁸⁰ Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 236 y *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párrs. 111 y 113; *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 298, y *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 62.

⁸¹ Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 236 y *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166; *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 62; y *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*. Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párrafo 175. CIDH. *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II., doc. 57, 31 diciembre 2009, párr. 37.

procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Al respecto de la interpretación de este artículo, la Corte ha establecido que:

(...) el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes: por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que violen las garantías previstas en la Convención, y por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia de dichas garantías. Más aún, esta adopción de medidas se hace necesaria cuando hay evidencia de prácticas contrarias a la Convención Americana en cualquier materia⁸².

84. Respecto de la obligación de protección a la familia reconocido en el artículo 17.1 de la Convención Americana, implica el deber del Estado de adoptar el marco normativo interno, así como las políticas públicas sociales, los programas y los servicios, además de adaptar la institucionalidad y las prácticas, para hacer efectivo este derecho. En ese sentido, es necesario que el Estado le otorgue al derecho un contenido concreto y determinado, a través de las normas y de las políticas públicas de desarrollo y aplicación, a fin que las personas puedan tener efectivamente acceso al derecho, éste pueda ser ejercido y, en su caso, exigido ante las autoridades públicas y los tribunales de justicia. A los efectos de dotar de contenido el derecho contenido en el artículo 17.1 de la CADH, deberá tomarse necesariamente en consideración la función social que la propia Convención le otorga a la familia, es decir, la función primaria de proveer protección, cuidado y bienestar adecuados respecto de todos sus integrantes, y en particular la protección de los derechos de los niños.

85. En relación al cumplimiento adecuado y efectivo de la obligación de adoptar las medidas internas de toda índole que sean apropiadas para proveer el apoyo y fortalecimiento a las familias, el Comité de los Derechos del Niño y el Comité de los Derechos Humanos coinciden en expresar su preocupación sobre el tipo y la calidad de la información que reciben de los Estados sobre el cumplimiento de esta obligación, sobre la idoneidad de las medidas para conseguir su finalidad y el nivel de cobertura de las mismas. Cabe mencionar que el Comité de los Derechos del Niño, en el marco de la competencia que le otorga el artículo 43 de la CDN para supervisar el cumplimiento de la CDN por los Estados Partes, solicita expresamente a los Estados que al momento de informar al Comité⁸³ se refieran a datos relativos al cumplimiento de la obligación de prestar apoyo a

⁸² Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 Serie C No. 162, párr. 172. CIDH. *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II., doc. 57, 31 diciembre 2009, párr. 37. Ver también Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 134; *Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párrafo 207; *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Serie C No. 104, párrafo 180; *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C No. 69, párrafo 178.

⁸³ Obligación de reportar en virtud del artículo 44 de la CDN.

las familias en el desempeño de su responsabilidades parentales. En concreto, el Comité solicita a los Estados Partes que faciliten datos desglosados sobre el “número de servicios y programas destinados a prestar la asistencia adecuada a los padres y los tutores legales en el desempeño de sus responsabilidades en lo que respecta a la crianza del niño, y el número y porcentaje de niños y familias que se han beneficiado de esos servicios y programas”⁸⁴. El Comité de los Derechos Humanos, por su parte, ha llamado la atención sobre el hecho que “a menudo los informes de los Estados Partes no dan suficiente información sobre la manera en que el Estado y la sociedad desempeñan su obligación de dar una protección a la familia y a las personas que la integran”⁸⁵. En relación con el derecho a la protección a la familia reconocido en el artículo 23 del Pacto, indica además que “para dar de una manera eficaz la protección prevista en el artículo 23 del Pacto, es preciso que los Estados Partes adopten medidas de carácter legislativo, administrativo o de otro tipo. Los Estados Partes deberían suministrar información detallada sobre el carácter de esas medidas y sobre los medios utilizados para asegurar su aplicación efectiva”⁸⁶.

86. En consecuencia, el contenido de este derecho ha de estar orientado a promover y garantizar que las familias dispongan de las posibilidades y los medios mínimamente necesarios para poder cumplir con su rol y sus funciones, y en particular, vinculado con el artículo 19 de la CADH, cuenten con los elementos necesarios para proporcionar los cuidados adecuados a los niños. El contenido y alcances de las obligaciones derivadas del artículo 17.1 de la CADH deben ser interpretados conjuntamente con los artículos 3.2, 18.2, y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño que, en la misma línea de lo que se acaba de mencionar, establecen que “a los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención [los derechos reconocidos a los niños], los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños”⁸⁷. Al respecto, la Corte ha considerado que:

⁸⁴ Documento “Orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados partes en virtud del artículo 44, párrafo 1 b), de la Convención sobre los Derechos del Niño”, aprobadas por el Comité en su 55º período de sesiones (13 de septiembre a 1º de octubre de 2010), CRC/C/58/Rev.2. El Comité solicita a los Estados Partes que en relación con el grupo de artículos comprendidos bajo la sección “Entorno familiar y modalidades alternativas de cuidado (artículos 5, 9 a 11, 18 (párrafos 1 y 2), 19 a 21, 25, 27 (párrafos 4) y 39)”, aporten la información sobre las medidas de apoyo a las familias bajo el acápite 1.

⁸⁵ Comentario General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990), párrafo 1.

⁸⁶ Comentario General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990), párrafo 3.

⁸⁷ Artículo 3.2 CDN: “Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores y otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”; artículo 18.2 CDN: “A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.”; artículo 27: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. 3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas

La protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella⁸⁸.

87. El contenido que se le debe otorgar al derecho a la protección a la familia del artículo 17.1 de la CADH se vincula directamente con la realización de los derechos del niño, tal y como éstos son reconocidos en el *corpus juris* en materia de niñez, pero cabe resaltar que son los Estados los que fijan las medidas concretas para hacer efectivo este derecho, tal como la propia Corte ha señalado al interpretar los alcances del artículo 2 de la CADH. Sin embargo, lo anterior no exime del hecho que todo Estado parte debe ser capaz de justificar la pertinencia del medio particular que haya elegido y demostrar que puede lograr el efecto y el resultado deseado⁸⁹. En consecuencia, existe un deber de actuación positiva del Estado para regular y dar efectividad al contenido de este derecho en base a la función social de la familia. Cabe recordar, además, que conforme a lo establecido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las obligaciones asumidas internacionalmente por los Estados Miembros deben ser cumplidas de buena fe, lo cual precluye tanto las acciones como las omisiones, o inactividad de los Estados que vayan en detrimento del cumplimiento de sus obligaciones internacionales derivadas del tratado⁹⁰.

88. Tal como hiciera la Corte en relación al artículo 2 de la CADH, el Comité de los Derechos del Niño se ha pronunciado también para indicar que, en relación a las “medidas administrativas, legislativas y de otra índole” que deben adoptar los Estados Partes de conformidad con el artículo 4 de la CDN⁹¹, “[e]l Comité no puede prescribir en

...continuación

apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda. (...)”.

⁸⁸ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 53. En igual sentido, Comité de los Derechos Humanos Comentario General 17, Derechos del Niño (Art. 24), 07/04/1989, CCPR/C/35, párrs. 2, 3 y 6.

⁸⁹ Este criterio ha sido establecido por los diversos Comités de Tratados a la hora de analizar las obligaciones que se derivan de los artículos de contenido similar al artículo 2 de la CADH que contienen las obligaciones generales en materia de aplicación de los respectivos tratados. Ver Comentario General 3 (1990). La índole de las obligaciones de los Estados Partes, artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 4. Asimismo, la Recomendación general No. 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, párrafo 23.

⁹⁰ Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”

⁹¹ Artículo 4 de la CDN: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

detalle las medidas que cada Estado Parte considerará apropiadas para garantizar la aplicación efectiva de la Convención⁹²". Sin embargo, el Comité establece unos lineamientos en el marco de los cuales este órgano considera que los Estados deberán dar cumplimiento al artículo 4 de la CDN. Estos lineamientos están contemplados principalmente en el Comentario General número 5 del Comité de los Derechos del Niño sobre las "Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño." Si bien estos lineamientos no agotan las medidas que los Estados deben implementar para dar cumplimiento a la obligación de garantizar la vigencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sí establecen criterios y pautas mínimas que orientan sobre el adecuado cumplimiento de esta obligación.

89. Los contenidos del Comentario General número 5, así como las precisiones contenidas en diversos de los Comentarios Generales del Comité, son de utilidad para ayudar a establecer las obligaciones de los Estados al momento de hacer efectivo el derecho a la protección a la familia a través de medidas de carácter positivo, a la luz de lo que se ha expuesto en los párrafos antecedentes y, en particular, en lo relativo a la adopción de las políticas públicas de carácter social, los programas, servicios, y la institucionalidad necesaria para ello. Al respecto, es relevante destacar los principales aspectos contenidos en el Comentario General número 5:

i) la formulación de las medidas y políticas públicas, en este caso destinadas al apoyo y fortalecimiento de las familias, requiere primeramente de un análisis de la realidad basado en investigaciones técnicamente sólidas y en la recolección de datos confiables que permitan identificar las causas estructurales y las circunstancias que debilitan sustancialmente las posibilidades materiales, o de otra índole, de las familias para ofrecer a sus hijos los cuidados y el bienestar necesarios para su desarrollo integral y la protección de sus derechos tal y como son reconocidos en la CDN;

ii) en base a esta información el Estado estará en condiciones de formular una estrategia nacional o plan de acción integral, sólido y fundamentado, sobre el cual articular todas aquellas decisiones o medidas de cualquier índole, incluidos los programas, servicios, prestaciones, asignaciones y beneficios que se consideren oportunos e indicados para hacer frente a las situaciones detectadas. El tipo de medidas y sus características concretas y específicas son elementos que no son susceptibles de ser prescritas en detalle por el Comité de los Derechos del Niño, sino que le corresponde a los Estados adoptar aquellas medidas que estime oportunas en el cumplimiento de sus responsabilidades internacionales, aunque la lógica general de algunas medidas o intervenciones pueda haber demostrado en la práctica tener impactos positivos para hacer frente a determinados contextos o desafíos;

⁹² Comité de los Derechos del Niño, Comentario General número 5 "Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)", CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, 34 periodo de sesiones, párr. 26.

iii) la fijación de objetivos claros, resultados e indicadores en los planes y estrategias permitirá poder medir los esfuerzos necesarios, en términos financieros y de recursos humanos, para la consecución de los fines establecidos, y el marco temporal requerido para ello, y realizar así una planificación realista. En esta forma los Estados pueden planificar de forma más adecuada, mejorar su gestión y verificar el grado de cumplimiento de sus obligaciones internacionales, en especial cuando están implicados derechos económicos, sociales y culturales;

iv) vinculado al cumplimiento adecuado de las obligaciones internacionales de los Estados, y a los principios relativos al buen gobierno, y en particular el principio de transparencia y de rendición de cuentas, implica que deban realizarse evaluaciones periódicas sobre la eficacia de los planes y estrategias y los resultados que se han obtenido, con el fin de que estas evaluaciones puedan informar de forma oportuna las decisiones futuras sobre las políticas públicas y los ajustes y actualizaciones a introducir;

v) la formulación de los planes y políticas públicas deberá realizarse mediante un proceso de consulta y participación social;

vi) se destaca la relevancia del establecimiento de una coordinación intersectorial, puesto que invariablemente muchos departamentos gubernamentales y diversos organismos administrativos influyen en la vida de las familias y de los niños, y en el goce de sus derechos. Esta coordinación permitirá que puedan llevarse a cabo políticas integrales y complementarias, que incrementen la efectividad de las intervenciones públicas;

vii) garantizar la efectiva accesibilidad, disponibilidad, adaptabilidad y calidad de los servicios y programas a nivel local, acercando los servicios y su gestión a las familias, los niños y sus comunidades;

viii) la implementación del principio de transparencia activa, por el cual los Estados están en la obligación de difundir proactivamente la existencia y el contenido de estas políticas, programas y servicios a las familias a las cuales van dirigidos y que pudieran beneficiarse de los mismos. “Ello impone al Estado la obligación de suministrar al público la máxima cantidad de información en forma oficiosa, entre otros, respecto a la información que se requiere para el acceso a dichas prestaciones. Dicha información debe ser completa, comprensible, brindarse en un lenguaje accesible y encontrarse actualizada. Asimismo, dado que sectores importantes de la población no tienen acceso a las nuevas tecnologías y, sin embargo, muchos de sus derechos pueden depender de que conozcan la información sobre cómo hacerlos efectivos, el Estado

debe encontrar formas eficaces para realizar la obligación de transparencia activa en tales circunstancias”⁹³.

ix) la creación de mecanismos de queja que sean conocidos, ágiles, confiables y efectivos.

90. La Comisión Interamericana constata que persisten debilidades en cuanto a la información, datos y estadísticas de los que disponen los Estados en relación a los niños que se encuentran sin cuidados parentales, lo cual impide que pueda llevarse adelante una planificación adecuada de las políticas públicas, programas y servicios de forma adecuada, a la vez que supone un impedimento para que pueda prestarse la atención idónea a los niños que se encuentran en estas circunstancias y a sus familias. Por consiguiente, una de las primeras acciones que deben emprender los Estados es la creación de mecanismos que les permitan conocer los datos sobre la cantidad de niños que se encuentran sin los cuidados parentales y las causas que han dado lugar a esta situación. En este mismo sentido se ha pronunciado el Comité de los Derechos del Niño al manifestar los siguientes aspectos:

El Comité toma nota con preocupación de la falta de datos y estadísticas sobre el número de niños privados del cuidado parental. En particular, se observa que existe una falta de datos sobre los niños que están en cuidado informal, por ejemplo bajo el cuidado de familiares, o que están totalmente sin cuidados, como los niños que viven en la calle⁹⁴.

El Comité recomienda que los Estados refuercen sus mecanismos de recopilación de datos y elaboren indicadores acordes con la Convención, a fin de garantizar que los datos se recogen en relación a todos los niños en cuidados alternativos, incluido el cuidado informal. Además, alienta a

⁹³ Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 294. Si bien el Comité de los Derechos del Niño menciona la “amplia difusión” de las políticas, la Corte Interamericana en una decisión reciente ha señalado de modo más específico la obligación de “transparencia activa” en relación a los programas y servicios a los cuales determinadas personas, por su condición, puedan tener derecho según la legislación interna. *Mutatis mutandi*, *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 79. Asimismo, el alcance de esta obligación se precisa en la resolución del Comité Jurídico Interamericano sobre los “Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información”, que establece que, “[l]os órganos públicos deben difundir información sobre sus funciones y actividades —incluyendo su política, oportunidades de consultas, actividades que afectan al público, presupuestos, subsidios, beneficios y contratos— de forma rutinaria y proactiva, aún en la ausencia de una petición específica, y de manera que asegure que la información sea accesible y comprensible”. Comité Jurídico Interamericano, “Principios sobre el derecho de acceso a la información”, 73º período ordinario de sesiones, 7 de agosto de 2008, OEA/Ser. Q CJI/RES.147 (LXXIII-O/08), resolutive cuarto.

⁹⁴ Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño sobre la temática de los Niños sin cuidados parentales, 2005, Reporte de la 40 Sesión del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/153, párr. 681. Traducción libre. Puede consultarse en: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/DiscussionDays.aspx>.

los Estados Partes a utilizar esos indicadores y datos para formular políticas y programas sobre el cuidado alternativo⁹⁵.

91. El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha enfatizado además la importancia de que la intervención del Estado tome en consideración aquellos grupos que se encuentren en una situación de vulnerabilidad de sus derechos: “[s]erá necesario concentrarse especialmente en determinar los grupos de niños marginados y desfavorecidos y darles prioridad. El principio de no discriminación enunciado en la Convención exige que todos los derechos garantizados por la Convención se reconozcan para todos los niños dentro de la jurisdicción de los Estados, (...) [pero] el principio de no discriminación no impide que se adopten medidas especiales para disminuir la discriminación”⁹⁶. Aún más:

[e]sta obligación de no discriminación [del artículo 2 de la CDN] exige que los Estados identifiquen activamente a los niños y grupos de niños cuando el reconocimiento y la efectividad de sus derechos pueda exigir la adopción de medidas especiales. Por ejemplo, el Comité subraya en particular, la necesidad de que los datos que se reúnan se desglosen para poder identificar las discriminaciones existentes o potenciales. La lucha contra la discriminación puede exigir que se modifique la legislación, que se introduzcan cambios en la administración, que se modifique la asignación de recursos y que se adopten medidas educativas para hacer que cambien las actitudes. Hay que poner de relieve que la aplicación del principio no discriminatorio de la igualdad de acceso a los derechos no significa que haya que dar un trato idéntico⁹⁷.

92. La Comisión ha constatado que los Estados de la región han realizado importantes esfuerzos en el sentido de proteger a la familia y que para ello han desarrollado políticas públicas, programas y servicios tendentes a fortalecer las capacidades de la familia y por ese medio garantizar que sus integrantes puedan gozar y ejercer efectivamente sus derechos. La Comisión celebra que los Estados cumplan de este modo con sus obligaciones derivadas del artículo 17.1, sin embargo, también ha observado

⁹⁵ Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño sobre la temática de los Niños sin cuidados parentales, 2005, Reporte de la 40 Sesión del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/153, párr. 682. Traducción libre. Puede consultarse en: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/DiscussionDays.aspx>.

⁹⁶ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 5 “Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”, CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, 34 período de sesiones, párr. 30. Ver también II Conferencia Mundial de Derechos Humanos adoptada del 14 al 25 de junio de 1993, Viena, Austria, pág. 69 párrafo 21: “[d]eben reforzarse los mecanismos y programas nacionales e internacionales de defensa y protección de los niños, en particular las niñas, los niños abandonados, los niños de la calle y los niños explotados económica y sexualmente, incluidos los utilizados en la pornografía y la prostitución infantil o la venta de órganos, los niños víctimas de enfermedades, en particular el SIDA, los niños refugiados y desplazados, los niños detenidos, los niños en situaciones de conflicto armado y los niños víctimas del hambre y la sequía o de otras calamidades”.

⁹⁷ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 5 “Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”, CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, 34 período de sesiones, párr. 12.

que, en términos generales, es necesario robustecer el carácter integral y complementario de las medidas, su cobertura y financiamiento, así como realizar revisiones periódicas de su eficacia en relación a los objetivos que se proponían. En adición, la Comisión señala la relevancia de que las referidas políticas sociales de apoyo a las familias tomen en oportuna consideración las particularidades culturales, religiosas y lingüísticas de las familias.

93. Por su parte, en las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, se recomiendan una serie de políticas y programas sociales de distinto carácter, destinadas a fortalecer y apoyar a las familias en el cumplimiento de sus responsabilidades parentales⁹⁸. El Comité de los Derechos del Niño, a través de sus Comentarios Generales y de sus Observaciones Finales a los Estados, ha realizado algunas recomendaciones sobre acciones y medidas de apoyo, asistencia y fortalecimiento a las familias. Asimismo, el Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños también identificó una serie de medidas y servicios de apoyo a las familias⁹⁹. Estas referencias proporcionan indicaciones de carácter general sobre qué tipo de acciones tienen el potencial de mejorar las condiciones, las capacidades y las habilidades de la familia en la crianza y en el bienestar básico de sus hijos, y por tanto en la vigencia de los derechos de los niños¹⁰⁰.

94. La Comisión observa que existen situaciones y circunstancias diversas en el contexto de las cuales las familias pueden ver limitadas sus posibilidades y capacidades para cumplir cabalmente con sus funciones parentales y proveer el cuidado y la protección necesarios para sus hijos. Entre estas situaciones se encuentran los contextos de dificultad o penuria económica que puedan enfrentar las familias y sus consecuencias sobre sus

⁹⁸ Para detalle de las medidas propuestas ver directrices de 32 a 38.

⁹⁹ Se enumeran, por ejemplo, “los servicios sociales y de salud básicos, asequibles y de calidad; visitas domiciliarias por parte de trabajadores sociales, enfermeras visitadoras o grupos de apoyo de base comunitaria (...); programas que enseñan habilidades de crianza; apoyo con medios de subsistencia para aliviar las presiones de la pobreza y medidas que permitan a los progenitores que tienen graves cargas de cuidado tomar un descanso de vez en cuando”, páginas 207 y 208, además de otras medidas que se enumeran a lo largo del informe. El Estudio sobre la Violencia contra los Niños subrayó que según toda la información que fue recabada para la elaboración de este Estudio y todas evidencias que fueron presentadas, las conclusiones apuntaban a que: “[l]os beneficios de mantener a los niños y niñas con sus familias son indiscutibles en términos de su salud y felicidad y de su interés superior. además, el costo de apoyar a las familias para que mantengan a sus hijos en casa es sustancialmente menor que el de institucionalizarlos”, pág. 208. Puede ser consultado en: <http://www.unviolencestudy.org/spanish/index.html>.

¹⁰⁰ Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño sobre la temática de los Niños sin cuidados parentales, 2005, Reporte de la 40 Sesión del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/153, párrafos 636-689. Ver también Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 3, El VIH/SIDA y los derechos del niño, CRC/GC/2003/3, de 17 de marzo de 2003, 32º período de sesiones; Comentario General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006, 40º período de sesiones, párr. 21; y Comentario General No. 8, Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 13, “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011. Entre las medidas de apoyo y asistencia a las familias a las que hace referencia el Comité de los Derechos del Niño se encuentran de modo genérico: la creación de instituciones, instalaciones y servicios que apoyen a la familia en el cuidado de los niños incluidas guarderías y escuelas de jornada completa, que ayuden a los padres a compaginar la vida laboral con sus responsabilidades familiares y parentales (en el mismo sentido el propio artículo 18 de la CDN); programas de orientación y formación a las familias en derechos de la niñez y en crianza positiva y sin violencia; y prestaciones o asistencia material directa con el fin de asegurar un nivel de vida adecuado y digno para la familia y el niño que permita su desarrollo integral.

condiciones básicas de vida; las condiciones personales especiales de uno o ambos progenitores, ya sean de carácter médico o de otra índole; o bien los requerimientos o necesidades especiales de atención y cuidado que requiera el propio niño por alguna condición o situación personal suya particular, de carácter médico u otro. En otros casos, la necesidad de una intervención de protección especial para el niño surge como consecuencia de situaciones en las cuales el niño es víctima de abuso, malos tratos, negligencia, abandono, explotación u otra forma de violencia en el seno de su propio hogar¹⁰¹. Las distintas situaciones ameritan intervenciones y medidas de carácter diverso de parte de las autoridades públicas, adaptadas a las circunstancias, debiendo asegurarse de forma adecuada el respeto y la garantía de los diversos derechos involucrados, es decir, tanto los derechos de los niños como los derechos de sus progenitores.

95. De la información analizada por la Comisión se deriva que, en la región, las principales causas subyacentes que originaron la adopción de una medida especial de protección consistente en la separación del niño de sus progenitores, son las siguientes¹⁰²: i) la situación socio-económica de la familia; ii) la violencia; y iii) el abandono o el trato negligente. Si bien la causa de separación de un niño de sus progenitores únicamente con base en la pobreza ha sido superada en el derecho internacional de los derechos humanos, es de destacar que los niños, niñas y adolescentes que pertenecen a las clases sociales más vulnerables a la pobreza siguen representando la mayoría de los casos objeto de una medida de separación. De la información que la Comisión ha recabado en la región se desprenden conclusiones que van en la misma línea: la pobreza sigue siendo el gran telón de fondo de las medidas especiales de protección y la separación de los niños de sus familias. La violencia hacia los niños se erige como otra de las principales causas¹⁰³. A continuación se analizarán los alcances y contenidos de las obligaciones que se derivan para los Estados en materia de protección a la familia en relación a las situaciones más habituales de desprotección que se acaban de citar.

¹⁰¹ Las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños identifican algunas situaciones de la realidad que, de modo general, pueden afectar a las familias y tener impactos en sus capacidades de protección y cuidado a los niños, entre ellas las Directrices destacan: las condiciones socio-económicas; la situación de discriminación que pueden enfrentar algunas familias; las condiciones personales o médicas de los progenitores y/o del niño; y, la necesidad de adquirir conocimientos y formación en el cuidado apropiado de los hijos, la crianza positiva y sin violencia y la protección de los derechos de sus hijos.

¹⁰² El Estudio sobre la Violencia contra los Niños también identificó a éstas como las principales causas que originan la adopción de una medida especial de protección que implique la separación del niño de su familia, ver pág. 185 y 186. <http://www.unviolencestudy.org/spanish/index.html>.

¹⁰³ Por ejemplo, un estudio realizado en Argentina, "Situación de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina. Relevamiento nacional y propuestas para la promoción y el fortalecimiento del derecho a la convivencia familiar y comunitaria" Secretaría Nacional de Niñez Adolescencia y Familia (SENNAF) y UNICEF, Junio 2012, arroja las siguientes cifras: violencia y maltrato 44%, abandono 31%, abuso sexual 13%, causas vinculadas con situaciones en las cuales los padres padecen enfermedades de salud mental, consumen sustancias psicoactivas, se encuentran privados de su libertad o han fallecido 11%. Ver, Ministry of Labour, Human Services and Social Security, Assessment of procedural and physical standards in children's residential care institutions in Guyana. Summary and Recommendations, August 2006, pág. 14. Ver también, Observatorio del Sistema Judicial, Discurso y realidad: La aplicación del Código de la Niñez y la Adolescencia en Maldonado, Montevideo y Salto, UNICEF, Montevideo, 2009.

Ministerio del Trabajo, Servicios Humanos y Seguridad Social, Evaluación de Estándares Procedimentales y Físicos en los Centros de Cuidado Residencial en Guyana, Resumen y Recomendaciones, Agosto 2006.

1. Condiciones materiales para una vida digna

96. La pobreza puede constituir una de las causas subyacentes a la limitación de las capacidades materiales de las familias para proveer el bienestar adecuado para sus hijos y las condiciones mínimas para una vida digna. La pobreza, además, puede convertirse en uno de los motivos por los cuales los progenitores tomen la decisión de renunciar a la guarda de los hijos, entregarlos en adopción o abandonarlos¹⁰⁴. La Corte ha establecido que la pobreza no puede ser por sí sola la causa de la separación del niño de sus padres, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención, sino que ha de considerarse un indicio de la necesidad de tomar medidas para apoyar a la familia¹⁰⁵.

97. En el sentido de lo que se acaba de mencionar, las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños señalan en su directriz 15 que:

La pobreza económica y material, o las condiciones imputables directa y exclusivamente a esa pobreza, no deberían ser nunca la única justificación para separar un niño del cuidado de sus padres, para recibir a un niño en acogimiento alternativo o para impedir su reintegración en el medio familiar, sino que deberían considerarse como un indicio de la necesidad de proporcionar a la familia el apoyo apropiado.

98. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ha mostrado su preocupación por el hecho que las circunstancias socio-económicas de la familia sean el principal motivo que subyace en un elevado porcentaje de casos en los cuales las autoridades públicas adoptan la decisión de separar a un niño de sus progenitores por motivos de protección:

El Comité está profundamente preocupado por el hecho de que los niños que viven en la pobreza están sobre-representados entre los niños separados de sus padres, tanto en los países desarrollados como en desarrollo¹⁰⁶.

¹⁰⁴ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales declaró en 2001 que la pobreza es "una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales" (E/C.12/2001/10, párr. 8). La extrema pobreza, a su vez, ha sido definida como "una combinación de escasez de ingresos, falta de desarrollo humano y exclusión social" (A/HRC/7/15, párr. 23), en que una falta prolongada de seguridad básica afecta a varios ámbitos de la existencia al mismo tiempo, comprometiendo gravemente las posibilidades de las personas de ejercer o recobrar sus derechos en un futuro previsible (véase E/CN.4/Sub.2/1996/13).

¹⁰⁵ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 76.

¹⁰⁶ Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño sobre la temática de los Niños sin cuidados parentales, 2005, Reporte de la 40 Sesión del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/153, párr. 658. Traducción libre.

De conformidad con el artículo 27 de la Convención [CDN], el Comité insta a los Estados Partes a garantizar que la pobreza como tal no lleve a la decisión de separación y de colocación del niño fuera de su hogar. Recomienda que los Estados Partes adopten todas las medidas necesarias para elevar el nivel de vida de las familias que viven en la pobreza, entre otras cosas, mediante la implementación de estrategias de reducción de la pobreza y de desarrollo comunitario, que incluyan la participación de los niños. La Comisión pide a los Estados Partes incrementar los esfuerzos para proporcionar asistencia material y apoyo a los niños económicamente y/o socialmente desfavorecidos y sus familias. Por otra parte, los Estados Partes deben velar por que los niños que viven en la pobreza tengan acceso a los servicios sociales y de salud, educación y vivienda adecuada¹⁰⁷.

99. La Comisión entiende que la pobreza es en sí misma un problema de derechos humanos urgente por afectar la dignidad humana y ser a la vez causa y consecuencia de violaciones de los derechos humanos, constituyéndose como una condición que conduce a otras violaciones. Se caracteriza además por vulneraciones múltiples e interconexas de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. La Comisión coincide con la Relatora Especial sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en entender que “las personas que viven en la pobreza tropiezan con enormes obstáculos, de índole física, económica, cultural y social para ejercer sus derechos. En consecuencia, sufren muchas privaciones que se relacionan entre sí y se refuerzan mutuamente —como las condiciones de trabajo peligrosas, la insalubridad de la vivienda, la falta de alimentos nutritivos, el acceso desigual a la justicia, la falta de poder político y el limitado acceso a la atención de salud—, que les impiden hacer realidad sus derechos y perpetúan su pobreza. Las personas sumidas en la extrema pobreza viven en un círculo vicioso de impotencia, estigmatización, discriminación, exclusión y privación material que se alimentan mutuamente”¹⁰⁸.

100. Asimismo, la Comisión comparte la visión de que “la pobreza extrema no es inevitable. Es, al menos en parte, una situación creada, propiciada y perpetuada por acciones y omisiones de los Estados y otros agentes económicos. Al dejar de lado a las personas que vivían en la extrema pobreza, las políticas públicas del pasado han transmitido la pobreza de generación en generación. Las desigualdades estructurales y sistémicas de orden social, político, económico y cultural, que a menudo no se abordan, profundizan aún más la pobreza”¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño sobre la temática de los Niños sin cuidados parentales, 2005, Reporte de la 40 Sesión del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/153, párr. 659. Traducción libre.

¹⁰⁸ Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos de las Naciones Unidas, presentados por la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 21º período de sesiones, A/HRC/21/39, 18 de julio de 2012, párrafo 4.

¹⁰⁹ Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos de las Naciones Unidas, presentados por la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 21º período de sesiones, A/HRC/21/39, 18 de julio de 2012, párrafo 5.

101. Los planes de lucha contra la pobreza, y los programas y servicios que de ellos se derivan, forman parte de las políticas y estrategias nacionales de derechos humanos y de desarrollo de los Estados, y contribuyen a mejorar las condiciones materiales de vida de las familias y los niños, y por ende a garantizar el derecho a la protección especial derivado del artículo 19 de la Convención y VII de la Declaración en consonancia con el derecho a la protección a la familia del artículo 17.1 de la Convención y VI de la Declaración.

102. Al respecto, la Carta de la Organización de Estados Americanos¹¹⁰ (en adelante, la Carta de la OEA, o la Carta), en su artículo 2, declara que es un propósito esencial de la OEA la erradicación de la pobreza crítica. Destina además el Capítulo VII a la temática del “Desarrollo Integral”, que, de acuerdo con la Carta “abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico”¹¹¹ y lo entiende como “un proceso integral y continuo para la creación de un orden económico y social justo que permita y contribuya a la plena realización de la persona humana”¹¹². Para su consecución, indica la Carta, se fijarán objetivos nacionales y prioridades dentro de los planes de desarrollo de los países¹¹³. En un sentido similar, la Carta Democrática Interamericana¹¹⁴ (en adelante, la Carta Democrática) declara que “la democracia y el desarrollo económico y social son interdependientes y se refuerzan mutuamente”¹¹⁵ para señalar a continuación que “los Estados Miembros de la OEA se comprometen a adoptar y ejecutar todas las acciones necesarias para (...) la reducción de la pobreza y la erradicación de la pobreza extrema, teniendo en cuenta la diferentes realidades y condiciones económicas de los países del Hemisferio”¹¹⁶. En concordancia con ambas Cartas, la Convención Americana reitera en su preámbulo que:

con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.

¹¹⁰ La Carta de la OEA puede ser consultada en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm.

¹¹¹ Artículo 30 de la Carta de la OEA.

¹¹² Artículo 33 de la Carta de la OEA.

¹¹³ Artículo 31 de la Carta de la OEA.

¹¹⁴ La Carta Democrática puede ser consultada en: http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm

¹¹⁵ Artículo 11 de la Carta Democrática.

¹¹⁶ Artículo 12 de la Carta Democrática.

103. En varias de las decisiones de la Corte, ésta ha opinado sobre el derecho a la vida en conexión con las condiciones materiales en las que viven los niños afectados directamente por la situación de pobreza de sus familias. En opinión de la Corte:

[e]n cuanto a las condiciones de cuidado de los niños, el derecho a la vida que se consagra en el artículo 4 de la Convención Americana, no solo comporta las prohibiciones que en ese precepto se establecen, sino la obligación de proveer de medidas necesarias para que la vida revista condiciones dignas¹¹⁷.

104. El concepto de vida digna en relación a los niños desarrollado por la Corte y la Comisión Interamericana es coincidente con el concepto utilizado por la CDN y por el Comité de los Derechos del Niño en sus decisiones, y supone una estrecha vinculación con el concepto de desarrollo integral del niño. El artículo 6 de la CDN reconoce “el derecho intrínseco del niño a la vida y la obligación de los Estados Partes de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”¹¹⁸; al respecto, el Comité ha establecido que la realización del derecho a la vida y el desarrollo personal del niño deben entenderse íntimamente vinculados entre sí, a la vez que con el ejercicio y el goce efectivo del resto de derechos reconocidos en la Convención¹¹⁹. Además, el Comité ha manifestado que “espera que los Estados interpreten el término “desarrollo” en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño. Las medidas de aplicación deben estar dirigidas a conseguir el desarrollo óptimo de todos los niños”¹²⁰. Al respecto, el Comité ha dicho:

Se recuerda a los Estados Partes que el artículo 6 [derecho a la vida, supervivencia y desarrollo] engloba todos los aspectos del desarrollo, y que la salud y el bienestar psicosocial del niño pequeño son, en muchos aspectos, interdependientes. (...) El Comité recuerda a los Estados Partes (y a otras instancias concernidas) que el derecho a la supervivencia y el

¹¹⁷ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 80, y punto resolutivo 7. En el mismo sentido, Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 144 y 191.

¹¹⁸ El artículo 6 de la CDN establece: “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida de lo posible la supervivencia y el desarrollo del niño.” El Comité de los Derechos del Niño eleva, además, el contenido de este artículo a carácter de principio general que debe inspirar la aplicación de toda la Convención. En ese sentido ver Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 34º período de sesiones (2003), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, par.12, y Comentario General No. 11, Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, CRC/C/GC/11 de 12 de febrero de 2009, 50º período de sesiones, párrafo 35.

¹¹⁹ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 5 “Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”, CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, 34 período de sesiones, párr. 12; Comité de los Derechos del Niño. Comentario General 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 40º período de sesiones, U.N. Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006. párrafo 10.

¹²⁰ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General número 5, párrafo 12.

desarrollo sólo pueden realizarse de una forma holística, mediante el refuerzo del resto de las demás disposiciones de la Convención, en particular los derechos a la salud, a la nutrición adecuada, a la seguridad social, a un nivel adecuado de vida, a un entorno saludable y seguro, a la educación y al juego (arts. 24, 27, 28, 29 y 31), así como respetando las responsabilidades de los padres y ofreciendo asistencia y servicios de calidad (arts. 5 y 18)¹²¹.

105. De modo similar, el artículo 27 de la CDN vincula las responsabilidades parentales y las obligaciones del Estado en relación al niño con la consecución de un nivel de vida adecuado para su desarrollo integral. De este modo el artículo 27 de la CDN introduce un parámetro objetivo que deberá ser tomado en consideración por los Estados al momento de determinar el alcance de sus obligaciones de protección al niño y de apoyo y protección a la familia:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.
3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda. (...).

106. Los conceptos de “vida digna” y “desarrollo personal integral” han sido desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana a través de diversas decisiones, en particular en relación a los niños¹²². Por consiguiente, la protección especial

¹²¹ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General número 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006, 40º período de sesiones, párrafo 10.

¹²² En el caso “Niños de la Calle” la Corte vinculó el concepto de vida digna con el concepto de “pleno y armonioso desarrollo de la personalidad” o “desarrollo integral de la personalidad”, Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 144 y 191. En otra decisión la Corte entendió que el “desarrollo del niño es un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social”, tal y como ya había sido establecido previamente por la Corte en su decisión “Instituto de Reeducción del Menor”, Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 169. En la sentencia “Instituto de Reeducción del Menor” la Corte expresamente cita los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la interpretación realizada por el Comité de los Derechos del Niño de la palabra “desarrollo” de una manera amplia y holística que abarca las distintas facetas del niño; la Corte, tal y como lo ha hecho el Comité entendió que el derecho a la vida abarca la obligación del Estado de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”, Caso Instituto de

de la cual son merecedores los niños de parte de la familia, la sociedad y el Estado debe tomar en consideración el contenido y alcances del derecho a una vida digna y el desarrollo integral de los niños como parámetros para su cumplimiento.

107. Además, la Corte se ha pronunciado para subrayar la obligación de los Estados de adoptar acciones positivas para asegurar la vigencia de los derechos de la niñez, y que ello deberá realizarse otorgándole una preeminencia a la protección y asistencia a la familia, inclusive a través de medidas de carácter económico y social, de modo que pueda cumplir cabalmente con sus responsabilidades:

(...) se desprende de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño que los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto requiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural. (...) Asimismo, el Estado, como responsable del bien común, debe, en igual sentido, resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar¹²³.

En la misma decisión, la Corte ha vinculado estas obligaciones estatales que se acaban de señalar con lo establecido en el artículo 4 de la CDN, al indicar que:

[e]l pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños se ha relacionado a las posibilidades del Estado obligado (artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño), el cual debe realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso de los niños a esos derechos, y el disfrute de los mismos, evitando retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles¹²⁴.

...continuación

Reeducación del Menor Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 161. Ver también Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 176; Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 67, 80, 84 y 86. En relación a la interpretación que realiza el Comité de los Derechos del Niño, referida por la Corte en las decisiones citadas, se puede consultar Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Comentario General No. 5 "Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)", CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, 34 período de sesiones, párrafo 12.

¹²³ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 88 y punto resolutivo 8. En un sentido similar ver Comentario General No. 17, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, artículo 24 - Derechos del niño, 35º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 165 (1989), párrafo 3.

¹²⁴ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 81, ver también párr. 64.

En otra decisión, la Corte reafirma esta interpretación sobre los alcances del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención Americana, relacionándolo con el concepto de “vida digna”, al establecer que:

Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria¹²⁵.

En adición, en la referida decisión judicial, la Corte vinculó el artículo 4 de la Convención Americana y el derecho a una “vida digna”, con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y con los derechos a la salud, la alimentación, la educación, a un medio ambiente sano y a los beneficios de la cultura, reconocidos en el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además de las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT, por tratarse en el caso de una comunidad indígena¹²⁶.

108. Cabe mencionar que la Corte y la Comisión han afirmado la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, en el mismo sentido que lo han hecho de forma consistente los órganos de derechos humanos del sistema universal de protección de los derechos humanos¹²⁷. En este sentido:

(...) la Corte considera pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y

¹²⁵ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 162.

¹²⁶ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 163, adicionalmente pueden consultarse los párrs. 168, 175, 176 y 221. En el caso de referencia, el Estado había ratificado el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además de las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT. En este caso Comunidad Yakye Axa Vs Paraguay, la Comisión alegó que el Estado “tiene el deber de garantizar las condiciones necesarias para la consecución de una vida digna, un deber que es subrayado por el compromiso recogido en el artículo 26 de la Convención Americana, de adoptar medidas apropiadas para alcanzar la completa realización de los derechos sociales. Sin embargo, a través de la omisión en sus políticas de salud el Estado disminuyó el goce de los miembros de la Comunidad Yakye Axa de las condiciones mínimas en el campo sanitario, alimenticio y habitacional” (párr. 157, e)).

¹²⁷ Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 17, Derechos del Niño (Art. 24), 07/04/1989, CCPR/C/35, párr. 3 y 6; la misma posición ha sido sostenida reiteradamente por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, tal y como se desprende de las citas contenidas en esta sección.

culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello¹²⁸.

109. De acuerdo con lo anterior, la implementación de medidas y políticas públicas que tengan por objeto la promoción y garantía de los derechos reconocidos en los artículos 19 y 17.1 de la Convención, supone tomar en consideración el artículo 26 de la Convención debido al carácter positivo y prestacional que algunas de las acciones y medidas puedan revestir. El artículo 26 de la CADH señala que:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

110. Respecto del contenido del artículo 26 de la CADH, la Corte recuerda que “el contenido del artículo 26 de la Convención fue objeto de un intenso debate en los trabajos preparatorios de ésta, nacido del interés de los Estados por consignar una “mención directa” a los “derechos” económicos, sociales y culturales; “una disposición que establezca cierta obligatoriedad jurídica [...] en su cumplimiento y aplicación”; así como “los [respectivos] mecanismos [para su] promoción y protección”¹²⁹.

111. La Corte ha aclarado que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, también se ubica en la Parte I de dicho instrumento, estando sujeto a

¹²⁸ Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 101. En relación a la opinión de la Comisión, puede consultarse, CIDH. *Democracia y derechos humanos en Venezuela*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 54, 30 diciembre 2009, párr. 954. Ver también el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, que reconoce en su preámbulo de forma expresa la “la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”.

¹²⁹ El Anteproyecto de tratado elaborado por la Comisión Interamericana hacía referencia a los derechos económicos, sociales y culturales en dos artículos que, de acuerdo con algunos Estados, sólo “recog[ían] en un texto meramente declarativo, conclusiones establecidas en la Conferencia de Buenos Aires”. La revisión de dichos trabajos preparatorios de la Convención demuestra también que las principales observaciones sobre la base de las cuales ésta fue aprobada pusieron especial énfasis en “dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos”. Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 99. Respecto de las referencias que hace la Corte al debate en el marco de los trabajos preparatorios de la CADH ver Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969). Actas y Documentos.

las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana¹³⁰. Sobre el particular, en sintonía con este principio, la Comisión ha establecido que una violación del artículo 26 puede implicar un incumplimiento del deber de respeto y garantía contenido en el artículo 1.1 de la Convención Americana.

112. Además, la Comisión se ha referido al cumplimiento por parte de los Estados del artículo 26 de la Convención Americana, y a las disposiciones contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en la Declaración Americana, indicando que lo esencial es que los derechos reconocidos en estas normas tengan “plena vigencia en la vida cotidiana de cada uno de los habitantes (...), garantizando de este modo, un mínimo de condición de vida digna a los mismos”¹³¹. Sobre el principio de “desarrollo progresivo” ha establecido que:

El carácter progresivo del deber de realización de algunos de estos derechos, según lo reconocen las propias normas citadas, no implica que [el Estado Miembro] pueda demorar la toma de todas aquellas medidas que sean necesarias para hacerlos efectivos. Por el contrario, [el Estado Miembro] tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de los derechos contenidos en dichas normas. Bajo ningún motivo, el carácter progresivo de los derechos significa que [el Estado Miembro] puede diferir indefinidamente los esfuerzos desplegados para su completa realización¹³².

113. En relación a las políticas y planes de reducción y erradicación de la pobreza, los Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos de las Naciones Unidas¹³³ establecen que el diseño y aplicación de estas políticas y planes deben basarse en un enfoque de derechos humanos, buscando promover y facilitar el goce efectivo de los mismos. La base de ese enfoque debe considerar los principios básicos de: i) dignidad, universalidad, indivisibilidad, relación mutua e interdependencia de todos los derechos, ii) disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos por las personas que viven en la extrema pobreza, iii) igualdad entre hombres y mujeres, iv) capacidad de actuación y autonomía de las personas que viven en la extrema pobreza, v)

¹³⁰ Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 100.

¹³¹ CIDH. *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V.II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, Cap. III, párr. 5. Ver también, CIDH. *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, párrs. 29 a 58.

¹³² CIDH. *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V.II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, Cap. III, párr. 6. Ver también, CIDH. *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, párrs. 29 a 58.

¹³³ Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos de las Naciones Unidas, presentados por la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 21º período de sesiones, A/HRC/21/39, 18 de julio de 2012.

participación y empoderamiento, vi) transparencia y acceso a la información, y vii) rendición de cuentas. En lo relativo a los requisitos de aplicación de las políticas y planes de reducción y erradicación de la pobreza, los Principios Rectores establecen que los Estados deberán: i) adoptar una estrategia nacional integral para reducir la pobreza y la exclusión social, ii) velar por que las políticas públicas otorguen la debida prioridad a las personas que viven en la extrema pobreza, iii) garantizar que las instalaciones, los bienes y los servicios necesarios para el disfrute de los derechos humanos estén disponibles y sean accesibles, adaptables, asequibles y de buena calidad, y iv) garantizar la coherencia de las políticas¹³⁴.

114. Adicionalmente los Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos de las Naciones Unidas hacen una referencia expresa a los derechos de la niñez, considerando que¹³⁵:

Dado que la mayoría de los que viven en la pobreza son niños, y que la pobreza en la infancia es una causa básica de pobreza en la vida adulta, los derechos de los niños deben tener prioridad. Incluso períodos breves de privación y exclusión pueden menoscabar de forma dramática e irreversible el derecho del niño a la supervivencia y el desarrollo. A fin de erradicar la pobreza, los Estados deben adoptar medidas inmediatas para combatir la pobreza en la infancia.

Los Estados deben asegurar que todos los niños tengan igual acceso a los servicios básicos, también dentro del hogar. Como mínimo, los niños tienen derecho a un conjunto de servicios sociales básicos que comprende una atención de salud de alta calidad, una alimentación adecuada, una vivienda, agua potable y saneamiento, y educación

¹³⁴ Los Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos de las Naciones Unidas prestan atención a algunos derechos específicos cuyo disfrute por quienes viven en la pobreza es particularmente limitado o está especialmente menoscabado, y se ofrecen algunas orientaciones sobre la forma de respetar, proteger y hacer efectivos esos derechos para quienes viven en la pobreza. Derechos específicos: i) derecho a la vida y a la integridad física, ii) derechos a la libertad y la seguridad de las personas, iii) derecho a igual protección ante la ley, igual acceso a la justicia y medios de reparación efectivos, iv) derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, v) derecho a la vida privada y a la protección del domicilio y la familia, vi) Derecho a un nivel de vida adecuado, vii) derecho a una alimentación y nutrición adecuadas, viii) derecho al agua y el saneamiento, ix) derecho a una vivienda adecuada, seguridad de la tenencia y prohibición del desalojo forzoso, x) derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, xii) derecho al trabajo y derechos en el trabajo, xiii) derecho a la seguridad social, xiv) derecho a la educación, xv) derechos a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones. Cabe recalcar que los Principios Rectores se inspiran en instrumentos y acuerdos internacionales y regionales tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, además de las observaciones y recomendaciones generales de los órganos de tratados. “Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos”, Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 21º período de sesiones, A/HRC/21/39, 18 de julio de 2012.

¹³⁵ “Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos”, Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 21º período de sesiones, A/HRC/21/39, 18 de julio de 2012, párrafos 32 a 35.

primaria, para que puedan crecer y desarrollar todo su potencial, libres de enfermedades, de malnutrición, del analfabetismo y de otras privaciones.

La pobreza hace que los niños, y en particular las niñas, sean vulnerables a la explotación, el abandono y el maltrato. Los Estados deben respetar y promover los derechos de los niños que viven en la pobreza, y para ello fortalecer las estrategias y los programas de protección del niño y asignar los recursos necesarios, concentrándose especialmente en los niños marginados, como los de la calle, los niños soldados, los que tienen alguna discapacidad, los que han sido víctimas de la trata, los niños cabezas de familia y los que viven en instituciones de acogida, ya que todos ellos corren un riesgo mayor de explotación y malos tratos.

Los Estados deben promover el derecho del niño a ser escuchado en los procesos de adopción de decisiones que influyen en su vida.

2. Prevención de la violencia contra la niñez

115. La Comisión y la Corte han mostrado su preocupación sobre el fenómeno de la violencia¹³⁶ y la afectación que la misma tiene en los derechos humanos, y en particular en los niños y sus derechos¹³⁷. La Comisión reconoce la importancia primordial que la familia, incluida la familia extensa, tiene en la atención y protección del niño, sin embargo, reconoce también que una parte considerable de los actos de violencia se producen en el ámbito familiar y que, por consiguiente, es preciso adoptar medidas adecuadas de protección de los niños. En lo relativo a la violencia que ocurre en el hogar,

¹³⁶ En lo relativo a la definición del concepto de violencia, el Comité de los Derechos del Niño ha sido taxativo en señalar que: “El Comité siempre ha mantenido la posición de que toda forma de violencia contra los niños es inaceptable, por leve que sea. La expresión “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental” [contenida en el artículo 19.1 de la CDN] no deja espacio para ningún grado de violencia legalizada contra los niños. La frecuencia, la gravedad del daño y la intención de causar daño no son requisitos previos de las definiciones de violencia. Los Estados partes pueden referirse a estos factores en sus estrategias de intervención para dar respuestas proporcionales que tengan en cuenta el interés superior del niño, pero las definiciones no deben en modo alguno menoscabar el derecho absoluto del niño a la dignidad humana y la integridad física y psicológica, calificando algunos tipos de violencia de legal y/o socialmente aceptables”, Comentario General número 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia CRC/C/GC/13, de 18 de abril de 2011, párrafo 17. En el mismo sentido se ha manifestado la Comisión en el Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, OEA/Ser.L/V/II.135, 5 de agosto de 2009.

¹³⁷ La Comisión y la Corte han tenido la oportunidad de manifestarse sobre el fenómeno de la violencia en diversas de sus formas, los impactos que tiene en los derechos humanos, los distintos ámbitos y contextos en los cuales ésta puede producirse, así como las obligaciones que se derivan para los Estados. En relación a los ámbitos o contextos en los cuales la violencia puede producirse la Comisión ha diferenciado cuando la violencia ocurre en el ámbito de una institución pública, de los contextos privados; en ambos contextos la Comisión ha derivado responsabilidades para los Estados en términos de prevención y de respuesta frente a la violencia, aunque ha establecido algunas precisiones y distinciones en función del contexto. Destacan CIDH. *Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes*, OEA/Ser.L/V/II.135, Doc. 14, 5 agosto 2009 (en adelante “*Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes*”). Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

los Estados tienen el deber de respetar y hacer respetar los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, incluso en el ámbito privado¹³⁸. En ese sentido, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no admite argumentaciones basadas en una dicotomía entre lo público y lo privado que tiendan a desconocer o restringir injustificadamente los derechos humanos¹³⁹. Por tanto, los Estados tienen la obligación de proteger a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, obligación que se impone no sólo en relación con el poder del Estado sino también en relación con la actuación de terceros particulares¹⁴⁰.

116. Más concretamente, la Comisión ha sostenido en el *Informe sobre castigo corporal y derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes* que, en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de la protección de los niños, los Estados deben asegurar que los derechos que ejercen los padres, tutores y otras personas responsables del cuidado y educación de las niñas, niños y adolescentes no impliquen un desconocimiento de los derechos de los niños, incluido su derecho a la integridad personal¹⁴¹. Más aún, debido a las necesidades particulares de protección de los niños, los Estados están obligados a tomar todas las medidas necesarias para asegurar la efectiva vigencia de los derechos de los niños, y que éstos sean efectivamente respetados en todos los ámbitos, tanto públicos como privados¹⁴².

117. Las obligaciones que tienen los Estados de respetar y garantizar las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los derechos, proyectan sus efectos más allá de la relación entre los agentes e instituciones del Estado y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. Por consiguiente, la responsabilidad estatal también puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado.¹⁴³

¹³⁸ CIDH. *Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes*, párrafo 69.

¹³⁹ CIDH. *Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes*, párrafo 70.

¹⁴⁰ CIDH. *Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes*, párrafo 74.

¹⁴¹ CIDH. *Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes*, párrafo 77. En igual sentido se ha pronunciado el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Comentario General No 8, El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), CRC/C/GC/8, de 21 de agosto de 2006, 42º período de sesiones.

¹⁴² Ver CIDH. *Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes*. Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Comentario General No 8, El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), CRC/C/GC/8, de 21 de agosto de 2006, 42º período de sesiones; Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Excepción Preliminar*. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C No. 139, párr. 88.

¹⁴³ Corte I.D.H., *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 113; *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 111; y Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 140.

118. En lo relativo a la prevención de la violencia, la Comisión y la Corte han considerado de modo insuficiente la sola actividad normativa de prohibición de una determinada conducta para satisfacer el deber de protección hacia la niñez, en particular atendiendo al deber especial de protección que se deriva de los artículos 19 de la CADH y VII de la DADH y a los desafíos que por su condición enfrentan los niños en la vigencia de sus derechos. La Comisión ha manifestado que los Estados están obligados a adoptar medidas de toda índole, que sean adecuadas para prevenir y hacer frente a las causas estructurales de la violencia¹⁴⁴.

119. En relación a la obligación de prevención de la violencia, la Corte se ha pronunciado en lo que se refiere a la violencia contra las mujeres para establecer que “el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito (...)”¹⁴⁵, y que “la estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia [contra la mujer]. Así mismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia”¹⁴⁶. La Corte además ha fijado que la obligación de prevenir es “de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado”¹⁴⁷.

¹⁴⁴ CIDH. *Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes*, párrafo 92. En lo que respecta al castigo corporal, como forma de violencia contra la niñez, la Comisión ya señaló en su *Informe sobre castigo corporal y derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes* que, “el cumplimiento de las obligaciones de respetar y de garantizar asumidas por los Estados para la protección de las niñas, niños y adolescentes contra el castigo corporal, exige medidas de toda índole, cuyo objetivo debe ser la erradicación absoluta de esta práctica”. Pero que, aun considerando el carácter imperioso que tiene la prohibición legal del castigo corporal contra los niños, “la prohibición legal debe ser complementada con medidas de otra naturaleza, ya sean, judiciales, educativas, financieras, entre otras, que en conjunto permitan erradicar el uso del castigo en la vida cotidiana de todos las niñas, niños y adolescentes”. CIDH. *Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes*, párrafo 92 y 116. Ver también Corte IDH. Resolución del 27 de enero de 2009 respecto de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: Otros Asuntos <http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/opinion.pdf> párrafos 7, 11 y 12. En el mismo sentido que el manifestado por la Corte y la Comisión, ver la opinión del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Comentario General No 8, El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), CRC/C/GC/8, de 21 de agosto de 2006, 42º período de sesiones.

¹⁴⁵ Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 252. En el mismo sentido ver CIDH. *Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes*, párrafo 75.

¹⁴⁶ Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 258.

¹⁴⁷ Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 252. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 175; Ver también *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 149; y *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 63.

120. La Corte ha vinculado la obligación de prevención de la violencia contra la niñez en el seno de su familia, con las obligaciones generales de respeto y garantía de la efectiva vigencia de los derechos de los niños. En ese sentido ha dicho:

Esta Corte ha establecido reiteradamente, a través del análisis de la norma general consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana, que el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Según las normas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública, de cualquiera de los poderes del Estado, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la Convención Americana. Dicha obligación general impone a los Estados Partes el deber de garantizar el ejercicio y el disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder del Estado, y también en relación con actuaciones de terceros particulares. En este sentido, y para efectos de esta Opinión, los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, bajo los artículos 19 (Derechos del Niño) y 17 (Protección a la Familia), en combinación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales”¹⁴⁸.

121. En el ámbito del sistema universal, el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño se centra en las situaciones que ponen en riesgo la integridad personal de los niños: en particular, este artículo se expresa en lo relativo a cualquier forma de violencia hacia los niños que pueda ocurrir en el núcleo familiar. En relación a este tipo de situaciones que implican una vulneración al derecho a la integridad personal del niño y su dignidad, el Estado tiene, según la CDN, obligaciones especiales de prevención, por tratarse de niños. En caso que alguno de estos fenómenos de violencia haya tenido lugar, la CDN impone además la obligación a los Estados de disponer las medidas necesarias para la identificación, la notificación y la investigación del hecho, además de las medidas de protección, rehabilitación y restitución de derechos en relación al niño. El artículo 19 de la CDN establece:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato

¹⁴⁸ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 87. Véase también, CIDH. *Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes*, donde se señala el deber de prevención como parte de las obligaciones derivadas de los artículos 1 y 2 de la CADH, párrafo 92, y la recomendación contenida en el párrafo 119.4.

negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

122. La Comisión reconoce que los eventos de violencia, trato negligente o explotación que tengan lugar en el seno de la propia familia son situaciones graves que afectan a los derechos de los niños y justifican la intervención del Estado a través de una medida especial de protección, originada en el mandato del artículo 19 y 5 de la Convención y VII de la Declaración Americanas. En atención a la gravedad que revistan dichas situaciones, su ocurrencia puede motivar la separación del niño de su familia y llegar a ser un hecho constitutivo de las causales contenidas en la ley para la suspensión temporal, o incluso la remoción definitiva de la patria potestad de los padres como medida de protección hacia el niño. Adicionalmente, los Estados tienen obligaciones de prevención de la violencia contra la niñez derivadas del deber especial de protección contenido en el artículo 19 de la CADH, así como del contenido del artículo 19 de la CDN.

123. La magnitud del fenómeno de la violencia y la grave afectación que producen las diversas formas de violencia en los derechos de los niños, en su integridad personal, bienestar y desarrollo integral, así como la necesidad de ampliar el conocimiento sobre las causas estructurales de este fenómeno, sus diversas manifestaciones y las consecuencias e impactos en los derechos de la niñez, motivó que en el ámbito de las Naciones Unidas se elaborara el Estudio sobre la Violencia contra los Niños. El Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños produjo un Estudio mundial y un informe; el informe fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas e incluye de forma resumida los principales hallazgos contenidos en el Estudio así como una serie de recomendaciones a los Estados para prevenir y responder de forma adecuada a la violencia contra la niñez¹⁴⁹. En el Estudio se identifica a la familia como uno

¹⁴⁹ En el 2001, después de conducir dos días de debate general en el 2000 y 2001 sobre la temática de la violencia contra la niñez, el Comité de los Derechos del Niño recomendó en su informe anual a la Asamblea General de las Naciones Unidas la elaboración de un Estudio que analizara este fenómeno. La Asamblea General, mediante su resolución 56/138, solicitó al Secretario General que llevara a cabo un Estudio detallado de la cuestión de la violencia contra los niños y que presentara recomendaciones a la consideración de los Estados Miembros para emprender las acciones adecuadas (5. Decide). En el 2003 se nombra a un Experto Independiente para dirigir este Estudio. El Estudio fue concluido en el 2006. El informe oficial del Estudio, con sus principales hallazgos y recomendaciones, fue aprobado en el 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas: A/61/299 de 29 de Agosto de 2006. El Estudio sobre la Violencia contra los Niños puede ser consultado en http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/documents/docs/SG_violencestudy_A-61-299_ES.pdf El Informe presentado por el Experto Independiente a la Asamblea General de las Naciones Unidas fue aprobado por su Resolución A/61/299 de 29 de Agosto de 2006, disponible en: http://www.unicef.org/violencestudy/spanish/reports/SG_violencestudy_sp.pdf.

de los entornos donde se pueden producir situaciones de violencia contra la niñez, lo cual constituye una especial preocupación dado el rol de protección que debería cumplir la familia, así como las dificultades que puede presentar la detección de la violencia cuando ésta sucede en el ámbito privado. El Estudio sobre la Violencia contra los Niños otorga también una importancia fundamental a la prevención de la violencia, en todos los ámbitos, incluido el familiar. El Informe del Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños señala que:

Toda la violencia contra los niños y niñas es prevenible. Los Estados deben invertir en políticas y programas basados en evidencias para abordar los factores causales de la violencia contra los niños.

Los Estados tienen la responsabilidad primordial de hacer que se respeten los derechos de la infancia a la protección y al acceso a los servicios y prestar apoyo a la capacidad de las familias para proporcionar cuidados a los niños en un entorno seguro¹⁵⁰.

124. El Estudio sobre la Violencia contra los Niños también precisa que el componente de la prevención no debe circunscribirse exclusivamente a la aprobación de normas que prohíban la violencia y castiguen a los agresores. Lo anterior sin perjuicio de que la existencia de normas que prohíban e impongan sanciones, u otro tipo de consecuencias adecuadas frente a las diversas formas de violencia contra la niñez, representan medidas de destacada importancia para la protección de los derechos de los niños, constituyéndose también en un elemento disuasorio de esas conductas. El informe del Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños señala sin embargo que ello no es suficiente para cumplir con el deber de garantía de los derechos de los niños y satisfacer el deber de prevención frente a esas vulneraciones¹⁵¹.

125. Específicamente, el aspecto de la prevención de la violencia integra la tercera de las 12 recomendaciones de carácter general que presenta el Estudio destinadas a los Estados. Su contenido, además, se vincula con el resto de las recomendaciones

...continuación

El Estudio sobre la Violencia contra los Niños supone el primer esfuerzo de carácter global, exhaustivo y holístico para identificar, documentar y caracterizar la realidad de la violencia contra los niños en todas sus formas, en el mundo, e identificar las acciones que se están tomando para prevenirla, dar respuesta y erradicarla. El Estudio concluye con la presentación de una serie de recomendaciones a los Estados basadas en los hallazgos obtenidos. En el 2009 el Secretario General de las Naciones Unidas nombró a un Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra la niñez con mandato para la promoción y la implementación de las recomendaciones contenidas en el Estudio. El mandato fue renovado en el 2012.

¹⁵⁰ Informe del Experto Independiente para la Violencia contra los Niños a la Asamblea General, Resolución A/61/299 de 29 de Agosto de 2006, párrafo 93, puntos b) y c), en relación a los principios que han inspirado la elaboración del Estudio y de las Recomendaciones en él contenidas.

¹⁵¹ El Estudio sobre la Violencia contra los Niños se manifiesta en los siguientes términos: “Toda sociedad, sea cual sea su trasfondo cultural, económico o social, puede y debe poner fin a la violencia contra los niños. Eso no significa que haya que limitarse a castigar a los agresores, sino que es necesario transformar la mentalidad de las sociedades y las condiciones económicas y sociales subyacentes ligadas a la violencia”, párrafo 3 del Informe del Experto Independiente, Resolución A/61/299 de 29 de Agosto de 2006.

contenidas en el Informe del Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños¹⁵². La recomendación tercera establece:

Recomiendo que los Estados den prioridad a la prevención de la violencia contra los niños abordando sus causas subyacentes. Así como es esencial dedicar recursos a la intervención una vez se ha producido la violencia, los Estados deberían asignar recursos adecuados a abordar los factores de riesgo y prevenir la violencia antes de que ocurra. Las políticas y los programas deberían abordar los factores de riesgo inmediatos (...). En línea con los objetivos de desarrollo del Milenio, se debería centrar la atención en las políticas económicas y sociales que aborden la pobreza, el género y otras formas de desigualdad, las diferencias salariales, el desempleo, el hacinamiento urbano y otros factores que socavan la sociedad¹⁵³.

126. En el apartado destinado a las recomendaciones específicas o concretas en función de los entornos, el informe del Experto Independiente recomienda en relación al hogar y la familia, lo siguiente:

Considerando que la principal responsabilidad de la educación y el desarrollo de los hijos recae en la familia y que el Estado debería apoyar a los padres y las personas encargadas del cuidado de los niños en esa tarea, recomiendo que los Estados:

- a) Inicien o mejoren programas de apoyo a los padres y otras personas encargadas del cuidado de los niños en su papel de educación del niño. Las inversiones en salud, educación y servicios de bienestar social deberían incluir programas de calidad para el desarrollo del niño en la primera infancia, visitas a domicilio, servicios prenatales y postnatales y programas de generación de ingresos para grupos desfavorecidos;
- b) Elaborar programas concebidos especialmente para familias en situaciones particularmente difíciles, por ejemplo, familias encabezadas por una mujer o un niño, pertenecientes a minorías u otros grupos discriminados o que tengan a su cargo niños con discapacidades;

¹⁵² En relación a las recomendaciones generales y las recomendaciones específicas que se contienen en el Informe, el propio Informe indica lo siguiente: “[las] recomendaciones consisten en un conjunto de recomendaciones generales que se aplican a todas las iniciativas para prevenir la violencia contra los niños y responder a ella si se produce, y recomendaciones concretas aplicables a los hogares y las familias, las escuelas y otros entornos educativos, instituciones de acogida o detención, el lugar de trabajo y la comunidad. Van dirigidas principalmente a los Estados y se refieren a sus funciones legislativas, administrativas, judiciales, de elaboración de políticas, prestación de servicios e institucionales. (...)”, párrafo 94, Resolución A/61/299 de 29 de Agosto de 2006.

¹⁵³ La Recomendación general tercera está recogida en el párrafo 99 del Informe del Experto Independiente para la Violencia contra los Niños a la Asamblea General, Resolución A/61/299 de 29 de Agosto de 2006.

c) Elaborar programas de educación de los padres que tengan en cuenta las cuestiones de género y que se centren en formas de disciplina no violentas. Esos programas deberían fomentar unas relaciones sanas entre padres e hijos y orientar a los padres hacia formas de disciplina y criterios para el desarrollo de los hijos constructivos y positivos, teniendo en cuenta la capacidad evolutiva de los niños y la importancia de respetar sus opiniones¹⁵⁴.

127. En adición a lo anterior, en cuanto al contenido, alcances y características de la obligación de prevención de la violencia que tiene el Estado como parte del deber de respeto y garantía de los derechos de los niños, el Estudio indica lo siguiente:

[r]ecomiendo que todos los Estados elaboren un marco multifacético sistemático para responder a la violencia contra los niños que se integre en procesos de planificación nacional. Se debe formular una estrategia, política o plan de acción nacional para hacer frente a la violencia contra los niños con objetivos y calendarios realistas, coordinado por un organismo que tenga capacidad para lograr la participación de múltiples sectores en una estrategia de aplicación de amplia base. Las leyes, políticas, planes y programas nacionales deben cumplir plenamente las normas internacionales de derechos humanos y tener en cuenta los conocimientos científicos actuales. La aplicación de la estrategia, política o plan nacional debe evaluarse sistemáticamente según los objetivos y calendarios establecidos, y debe contar con los recursos humanos y financieros adecuados para apoyar su aplicación. No obstante, toda estrategia, política, plan o programa para abordar la cuestión de la violencia contra los niños debe ser compatible con las condiciones y recursos del país de que se trate¹⁵⁵.

128. La Comisión considera que, si bien el Estado cuenta con una amplia gama de posibilidades para decidir sobre las medidas concretas que aplicará para fomentar la prevención de la violencia en el ámbito familiar y garantizar la protección de los niños, niñas y adolescentes, ello no excluye que su obligación inmediata consista en la toma de todas aquellas medidas de cualquier índole que sean efectivas e idóneas para el fin de prevenir y dar respuesta a la violencia contra los niños.

129. El Comité de los Derechos del Niño también destaca las obligaciones de prevención general o primaria de los Estados en el Comentario General número 13, Derecho del niño a no ser sujeto a ninguna forma de violencia¹⁵⁶, y advierte que los Estados deben “[d]ejar de adoptar iniciativas aisladas, fragmentadas y *a posteriori* de atención y

¹⁵⁴ Informe del Experto Independiente para la Violencia contra los Niños a la Asamblea General, Resolución A/61/299 de 29 de Agosto de 2006, párrafo 110.

¹⁵⁵ Informe del Experto Independiente para la Violencia contra los Niños a la Asamblea General, Resolución A/61/299 de 29 de Agosto de 2006, párrafo 96.

¹⁵⁶ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General número 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia CRC/C/GC/13, de 18 de abril de 2011.

protección del niño, que apenas han contribuido a la prevención y eliminación de todas las formas de violencia”¹⁵⁷ y “[p]romover un enfoque holístico de la aplicación del artículo 19, basado en el designio general de la Convención de garantizar el derecho del niño a la supervivencia, la dignidad, el bienestar, la salud, el desarrollo, la participación y la no discriminación frente a la amenaza de la violencia”¹⁵⁸ derechos todos ellos que se ven afectados por causa de la violencia, según el Comité. El Comité, en el mencionado Comentario General, enuncia varias medidas de diversa índole destinadas a prevenir la violencia en distintos ámbitos, las cuales los Estados deberán tomar oportunamente en consideración para un adecuado cumplimiento del mandato de protección frente a la violencia del artículo 19 de la CDN¹⁵⁹.

3. La prevención de la renuncia a la guarda y el abandono

130. Las circunstancias que llevan a los progenitores a renunciar temporal o permanentemente a la guarda y cuidado del niño, o que dan lugar al abandono, pueden ser eventualmente las mismas que aquellas que, de modo general, limitan las capacidades de las familias para cumplir con sus funciones parentales. En atención al contenido de los artículos 17.1 y 19 de la CADH y VI y VII de la DADH, es deber de los Estados realizar todas aquellas actuaciones que sean idóneas y necesarias para velar por que los progenitores, y en su caso la familia extendida, reciban el asesoramiento y el apoyo profesional adecuado, en particular que puedan contar con la información pertinente sobre programas y servicios de apoyo a las familias, además de contar con la asesoría legal sobre las consecuencias jurídicas de su decisión de renunciar a la guarda y cuidado del niño.

131. En lo relacionado a las situaciones en las cuales el o la progenitora que efectivamente ejerza la guarda del niño renuncia al cuidado del niño temporal o definitivamente, incluidos los casos de familias monoparentales, la Corte y la Comisión han señalado que existe un deber de parte de los Estados de realizar los esfuerzos que fueran razonables, tomando en consideración el contexto del caso particular, para intentar ubicar al otro progenitor o a la familia extensa a los efectos de constatar si existe de su parte la voluntad de mantener el vínculo paterno-filial, antes de proceder a decisiones temporales

¹⁵⁷ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General número 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia CRC/C/GC/13, de 18 de abril de 2011, párrafo 11.c).

¹⁵⁸ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General número 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia CRC/C/GC/13, de 18 de abril de 2011, párrafo 11.d).

¹⁵⁹ El Comité agrega que: “El artículo 4 [de la CDN, obligación de adoptar medidas de toda índole] obliga a los Estados partes a adoptar todas las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la Convención, incluido el artículo 19 [derecho a la protección frente a la violencia]. Al aplicar el artículo 4 de la Convención, cabe observar que el derecho a la protección contra todas las formas de violencia señaladas en el artículo 19 es un derecho y una libertad civil. Por lo tanto, la aplicación del artículo 19 es una obligación inmediata e incondicional de los Estados partes. Habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 4, sean cuales fueren sus circunstancias económicas los Estados están obligados a adoptar todas las medidas posibles para dar efectividad a los derechos del niño, prestando especial atención a los grupos más desfavorecidos (véase la Comentario General No. 5 del Comité, párr. 8). En el artículo se insiste en que los recursos disponibles deberán utilizarse al máximo”. Comité de los Derechos del Niño, Comentario General número 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, CRC/C/GC/13, de 18 de abril de 2011, párrafo 65.

o permanentes en relación al cuidado del niño en otra familia que no sea su familia biológica¹⁶⁰.

132. Las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, se manifiestan del siguiente modo:

Quando uno de los progenitores o el tutor legal de un niño acuda a un centro o una agencia pública o privada con el deseo de renunciar permanentemente a la guarda del niño, el Estado debería velar por que la familia reciba el asesoramiento y apoyo social necesarios para alentarla a conservar la guarda del niño y hacerla posible. Si se fracasara en el intento, un asistente social u otro profesional debería realizar una evaluación para determinar si hay otros miembros de la familia que deseen asumir con carácter permanente la guarda y custodia del niño y si una solución de este tipo redundaría en favor del interés superior de este. (...) ¹⁶¹

Quando uno de los progenitores o el cuidador de un niño acuda a un centro o una agencia pública o privada con el deseo de entregar al niño en acogimiento por un período breve o indefinido, el Estado debería velar por que dispongan del asesoramiento y apoyo social necesarios para alentarlos a continuar asumiendo la guarda del niño y hacerla posible. (...) ¹⁶²

133. En este sentido, las medidas para la protección y el apoyo a la familia deberían preverse también para el período del embarazo, y con posterioridad al nacimiento del niño, a fin de garantizar condiciones de dignidad para el adecuado desarrollo del embarazo y el cuidado del niño, y evitar que las familias se vean expuestas a circunstancias de precariedad, u otra naturaleza, que pueden encontrarse en la base de la decisión de renunciar temporal o definitivamente al niño, o a su abandono¹⁶³.

¹⁶⁰ Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 119: "La Corte considera, tal como fue indicado por el perito García Méndez en la audiencia pública del presente caso, 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 8, 9, 18 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño. De allí, que a la familia que todo niño 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".

¹⁶¹ Directriz 44.

¹⁶² Directriz 45.

¹⁶³ En el mismo sentido, Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 41.

134. Cuando los progenitores sean jóvenes adolescentes menores de 18 años y hayan manifestado su voluntad de renunciar temporal o definitivamente a sus responsabilidades parentales, concurre el deber especial de protección también a favor de los progenitores puesto que ellos mismos merecen esta protección que les dispensa el artículo 19 de la CADH y VII de la DADH, por ser personas menores de 18 años. En lo relativo a este tipo de casos, la Comisión coincide con el Comité de los Derechos del Niño en hacer notar su preocupación en dos sentidos: i) en relación a las presiones sociales, familiares o de otro tipo a las que puedan verse sometidos los adolescentes para entregar a sus hijos en adopción o bien entregar temporalmente su guarda; y, ii) en relación con las limitadas capacidades y posibilidades materiales que los adolescentes tengan para hacerse cargo de sus hijos, y por tanto la necesidad de que se les facilite la asesoría adecuada y el apoyo a través de programas y servicios de atención y asistencia. La Comisión ha manifestado su preocupación por el hecho que las adolescentes madres abandonen sus estudios, afectándose su derecho a la educación, y por tanto insta a los Estados a que sigan desarrollando acciones para asegurar que las adolescentes embarazadas y las madres adolescentes cuenten con el apoyo necesario para continuar con sus estudios, y recuerda que las dificultades o impedimentos que pudieran oponerse a ello de parte de las autoridades o los centros educativos vulnerarían este derecho.

135. Precisamente con el fin de reducir los casos de abandono de recién nacidos, la entrega en adopción por parte de los progenitores y la renuncia voluntaria a la guarda, en particular cuando los progenitores son jóvenes adolescentes, el Estado debe diseñar e implementar programas y servicios que preparen a los adolescentes a adoptar decisiones fundamentadas con respecto a su salud sexual y reproductiva y a asumir sus responsabilidades a este respecto¹⁶⁴. Los programas y servicios de asesoría y apoyo a los futuros padres y madres, especialmente los y las adolescentes, deben tener como finalidad ofrecerles la posibilidad de ejercer las funciones parentales en condiciones de dignidad y evitar que entreguen en guarda o en adopción a su hijo a causa de condiciones de discriminación o vulnerabilidad a las que se enfrenten¹⁶⁵.

136. La Comisión entiende que deberá prestarse una protección reforzada a las familias encabezadas por adolescentes y sus hijos, así como a otras familias que se encuentren en condiciones especiales de vulnerabilidad que las sitúen en contextos que

¹⁶⁴ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General 4, “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”, CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003, 33 periodo de sesiones, párr. 28, también pueden consultarse los párrs. 16, 20, 26, 30, 31 y 35. Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 15, “The right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (article 24)”, CRC/C/GC/15, de 14 de mayo de 2013, solo disponible en inglés a la fecha de conclusión del informe, párrs. 24, 31, 56, 59, 60 y 70. En relación a las obligaciones de los Estados en lo relativo al acceso a la información en materia reproductiva puede consultarse el informe de la CIDH: *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos* OEA/Ser.L/V/II.Doc. 6122 noviembre 2011. Las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños también incluyen una referencia a las políticas dirigidas a los jóvenes en materia de salud sexual y reproductiva, como una medida adecuada para prevenir el abandono o la entrega de la guarda del niño, ver la directriz 34 c). Adicionalmente, Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General 24, La Mujer y la Salud, párrafo 28.

¹⁶⁵ En el mismo sentido se pronuncia la directriz 41 de la Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños.

puedan limitar sus capacidades para desarrollar sus responsabilidades parentales de forma adecuada, incluida la limitación de sus capacidades materiales. Las familias monoparentales que puedan estar expuestas a la pobreza por la limitación de ingresos familiares, familias en que alguno de los progenitores o el niño tengan requerimientos o necesidades especiales o algún tipo de discapacidad, y familias en las que concurren diversas causas de vulnerabilidad incluida la pertenencia a un grupo social tradicionalmente excluido o discriminado, son aspectos que deberán ser tomados en consideración por los Estados al momento de diseñar las políticas públicas, programas y servicios de apoyo a estas familias. La renuncia a la guarda del niño y el abandono son prácticas que suscitan preocupación para la Comisión así como para el Comité de los Derechos del Niño y que, en algunos Estados, puede afectar desproporcionadamente a los niños nacidos fuera del matrimonio y a los niños con discapacidad¹⁶⁶. En lo relativo a los niños nacidos fuera del matrimonio, los Estados deberán tomar todas las medidas necesarias para garantizar la igualdad ante la ley de los niños nacidos dentro y fuera del matrimonio.

137. Las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños identifican algunos de los tipos de familias respecto de las cuales alertan que pueden estar particularmente expuestas a condiciones de vulnerabilidad y que la Comisión también identifica como merecedoras de una atención especial de parte del Estado derivado de los artículos 17.1 y 19 de la CADH y VI y VII de la DADH. La directriz 36 establece:

Se debería prestar una atención especial, de conformidad con la legislación interna, al establecimiento y promoción de servicios de apoyo y atención a los padres solteros y adolescentes y a sus hijos, nacidos o no fuera del matrimonio. Los Estados deberían velar por que los padres adolescentes conservasen todos los derechos inherentes a su doble condición de padres y niños, incluido el acceso a todos los servicios apropiados para su propio desarrollo, a los subsidios a que tienen derecho los padres y a sus derechos de sucesión. Deberían adoptarse medidas para garantizar la protección de las adolescentes embarazadas y la no interrupción de sus estudios. Habría que tratar además de aminorar el estigma que lleva aparejado el hecho de ser padre o madre soltero y adolescente.

138. En adición, a partir de la información recabada por la Comisión, ésta coincide con el Comité de los Derechos del Niño y con el Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños, en manifestar una especial preocupación por el número de casos de abandono o renuncia a la guarda de niños y niñas con discapacidad y niños con alguna enfermedad grave; además de identificar que, “[m]uchos han sido entregados por sus progenitores que, por falta de recursos o de servicios de apoyo para tratar las discapacidades de sus hijos o hijas, sienten que no tienen otra alternativa”¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General número 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia CRC/C/GC/13, de 18 de abril de 2011, párr. 20.e).

¹⁶⁷ Estudio sobre la Violencia contra los Niños, pág. 175.

139. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce el derecho a la familia, en igualdad de condiciones, de las personas con alguna discapacidad, y establece la obligación de los Estados de prestar el apoyo necesario a los progenitores con alguna discapacidad, o bien con hijos con discapacidad, para poder desarrollar sus funciones parentales y evitar el abandono de los niños:

(...) Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos¹⁶⁸.

Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias¹⁶⁹.

140. De la información obtenida se puede constatar que, de modo general, no existe la misma disponibilidad de programas sociales de apoyo para los niños con discapacidad y sus familias, y como consecuencia los niños con discapacidad tienen mayores probabilidades de permanecer en las instituciones residenciales durante toda su vida¹⁷⁰. A este respecto, tanto el Comité de los Derechos del Niño como el propio Estudio sobre la Violencia contra los Niños realizan algunas recomendaciones a los Estados en materia de prevención, en particular la puesta en marcha de servicios de apoyo y consejería a las familias, así como oportunidades para que el cuidado del niño no recaiga exclusivamente en la familia del niño; por ejemplo, la asistencia en el hogar o servicios de atención diurna directamente accesibles en la comunidad, servicios éstos que permiten que los padres trabajen y aligeran las presiones en las familias¹⁷¹. Durante la realización del

¹⁶⁸ Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por la resolución 61/106, el 13 de diciembre de 2006, artículo 23.2.

¹⁶⁹ Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por la resolución 61/106, el 13 de diciembre de 2006, artículo 23.3.

¹⁷⁰ Disability Rights International, Respuesta al cuestionario. Disability Rights International y la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos Abandonados y Desaparecidos: Segregación y Abuso de Niños y Adultos con Discapacidad en México. Edición impresa actualizada a junio de 2011.

¹⁷¹ El Comentario General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, del Comité de Derechos del Niño, es especialmente relevante a este respecto, y en particular el párr. 41 establece que “[l]a mejor forma de cuidar y atender a los niños con discapacidad es dentro de su propio entorno familiar, siempre y cuando la familia tenga medios suficientes en todos los sentidos. Este apoyo de las familias incluye la educación de los padres y los hermanos, no solamente en lo que respecta a la discapacidad y sus causas, sino también las necesidades físicas y mentales únicas de cada niño; el apoyo psicológico receptivo a la presión y a las dificultades que significan para las familias los niños con discapacidad; la educación en cuando el lenguaje común de la familia,

Continúa...

Estudio referido, se constató que la introducción de programas de apoyo a las familias había supuesto en algunos países una disminución de alrededor de un 70% en el número de niños y niñas con discapacidad que vivían en instituciones residenciales¹⁷². Según la información recabada en el marco del presente informe, en varios de los Estados de la región los niños con discapacidad representan un porcentaje muy importante de la totalidad de los que se encuentran en instituciones residenciales. Por ejemplo, en Perú este porcentaje alcanzaría el 10,8% de la población total de las instituciones¹⁷³.

141. Finalmente, a la Comisión le preocupa que niños y niñas en la región no dispongan de un registro civil de nacimiento. La Comisión ya ha manifestado en ocasiones precedentes sus preocupaciones en lo que respecta a la vulneración del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y el acceso a otros derechos fundamentales que se pueden ver afectados por la falta de documentación que acredite la identidad del niño. En lo que se refiere a la temática objeto de este informe, a la Comisión le preocupa que niños que junto con sus familias se encuentren en unas condiciones de especial vulnerabilidad en el disfrute de sus derechos fundamentales, puedan no disponer del registro civil de nacimiento que acredite jurídicamente la relación de filiación y el vínculo con sus progenitores y sus familias extendidas. Los esfuerzos que debe realizar el Estado para preservar el vínculo del niño con su familia de origen podrían verse obstaculizados por la ausencia de esta documentación. Adicionalmente, la falta de registro civil y documentos de identidad expone al niño a otras graves violaciones a sus derechos como la venta y la trata de personas con fines de explotación.

IV. PRINCIPIOS APLICABLES A LAS DECISIONES SOBRE CUIDADO ALTERNATIVO; GARANTIAS PROCESALES Y DERECHOS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS

142. De los artículos 19 y 17.1 de la CADH en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH, y artículos VI y VII de la DADH, se deriva la obligación para los Estados de diseñar y aplicar una gama de medidas especiales de protección para aquellos niños que se encuentren sin cuidados parentales adecuados o bien se hallen en un riesgo de perderlos. El diseño y la adopción de este tipo de medidas se debe enmarcar en el funcionamiento de

...continuación

por ejemplo, el lenguaje por señas, para que los padres y los hermanos puedan comunicarse con los familiares con discapacidad; apoyo material en forma de prestaciones especiales, así como de artículos de consumo y el equipo necesario, tales como muebles especiales y dispositivos de movilidad que se consideran necesarios para el niño con discapacidad para que tenga un tipo de vida digno e independiente y sea incluido plenamente en la familia y en la comunidad. [...] Los servicios de apoyo también deben incluir diversas formas de cuidados temporales, tales como asistencia en el hogar o servicios de atención diurna directamente accesibles en la comunidad. Estos servicios permiten que los padres trabajen, así como aligeran la presión y mantienen entornos familiares saludables". Comité de Derechos del Niño, Comentario General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, 43º período de sesiones.

¹⁷² Estudio sobre la Violencia contra los Niños, pág. 209, en el cual se cita la información recabada durante dos décadas a través del análisis de caso de Estados Unidos y Canadá.

¹⁷³ Defensoría del Pueblo del Estado de Perú, Informe Defensorial No. 150, El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia: la situación de los Centros de Atención Residencial estatales desde la mirada de la Defensoría del Pueblo, Lima, 2010, pág. 246.

los sistemas nacionales de promoción y protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes que los Estados deben implementar a los efectos de dar cumplimiento a las obligaciones de protección a la niñez. En consecuencia, se trata de medidas que deben tener como objetivo la preservación o restitución de los derechos afectados y la superación de las situaciones que las motivaron.

A. El objetivo de preservación y restitución de derechos

143. Las medidas que supongan una afectación del derecho a la familia, deben respetar los principios de necesidad, excepcionalidad y temporalidad. Estas medidas especiales de protección tienen una naturaleza temporal y deben estar destinadas a la preservación y restitución de los derechos del niño, incluido el derecho a la familia. El objetivo de preservación y restitución de derechos y el interés superior del niño deben guiar la regulación de las diversas modalidades de medidas especiales de protección, así como su contenido, aplicación y revisión. Por consiguiente, las medidas especiales de protección deben estar orientadas a proporcionar la protección, seguridad y bienestar que el niño necesite a la vez que deben buscar, desde el primer momento, el restablecimiento de todos sus derechos, incluido el derecho a la familia y a la vida familiar, además de promover la superación de las circunstancias familiares que hayan originado la adopción de la medida especial de protección.

144. La determinación y la aplicación de la medida especial de protección que mejor responda al interés superior del niño debe realizarse tomando en consideración de forma individualizada las circunstancias y condiciones que envuelven al niño y a su familia, así como la afectación que éstas tienen en su bienestar y sus derechos¹⁷⁴. Por ello, el análisis de estas circunstancias y de las necesidades de protección del niño deben contar con la intervención de profesionales con la formación y la experiencia adecuada para poder identificar los aspectos que generan en cada caso la desprotección para el niño, las necesidades de apoyo que de ello se derivan para la familia y el niño, y el curso de acción que responda del mejor modo al interés y los derechos del niño¹⁷⁵.

145. Asimismo, de los principios de necesidad, excepcionalidad y temporalidad, así como del objetivo de restablecimiento de los derechos del niño, se deriva la obligación de revisión periódica de las medidas especiales de protección. La revisión periódica de la medida temporal de protección tiene como finalidad determinar si la medida cumple con su objetivo, y por tanto, si responde al interés superior del niño. Adicionalmente, la supervisión periódica debe contribuir a que la aplicación de la medida permita la pronta reintegración del niño a su familia, siempre que fuera acorde con su interés superior.

¹⁷⁴ Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño sobre la temática de los Niños sin cuidados parentales, 2005, Reporte de la 40 Sesión del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/153, párrafos 667, 668 y 669.

¹⁷⁵ Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño sobre la temática de los Niños sin cuidados parentales, 2005, Reporte de la 40 Sesión del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/153, párr. 654.

146. En resumen, la determinación y aplicación de la modalidad de medida especial de protección, su contenido y la revisión de la misma, deberá realizarse en base a evaluaciones técnicas que tomen en consideración criterios objetivos y sean conducidas por un equipo multidisciplinario, especializado y capacitado para ello. Deberá incorporarse al niño, sus progenitores, familia así como a otras personas relevantes en su vida en estas decisiones¹⁷⁶. Lo anterior en aras a asegurar que el análisis de las circunstancias que afectan al niño y a su familia, y la decisión que se adopte en el marco de un procedimiento de protección, sean las más idóneas y adecuadas para atender las necesidades de protección del niño y sus derechos.

B. Principio del interés superior del niño

147. El artículo 3.1 de la CDN dispone que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se dará una consideración primordial al interés superior del niño. El Comité de los Derechos del Niño lo ha denominado el “principio del interés superior del niño” y le concede el valor de principio general orientador de la interpretación y aplicación de todas las disposiciones de la CDN¹⁷⁷.

148. Como ha manifestado el Comité de los Derechos del Niño, el principio del interés superior del niño se vincula directamente con la concepción del niño como sujeto titular de derechos, con su dignidad y sus necesidades especiales de protección. Por tanto, su aplicación debe tomar como consideración principal que se asegure el pleno respeto y la efectiva vigencia de todos sus derechos de modo integral¹⁷⁸. En relación al el interés superior del niño la Corte ha dicho lo siguiente:

Respecto del interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Ver Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 67.

¹⁷⁷ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 5 párrafo 12, Observación General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 1 y Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 59 y 65.

¹⁷⁸ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 4. Comentario General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006, 40º período de sesiones, párr. 13.

¹⁷⁹ Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 49. Ver también Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*.

(...)

Además, la Corte ha establecido que el interés superior del niño es el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en la CDN, cuya observancia permitirá al niño el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades¹⁸⁰, y que “la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención [Americana] cuando el caso se refiera a menores de edad”¹⁸¹.

149. A este criterio del interés superior del niño han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos¹⁸². Aún más, la Corte entiende que el principio del interés superior del niño opera como una garantía en relación a las decisiones que supongan alguna limitación a los derechos del niño, de tal modo que para que la limitación sea legítima es necesario que esté fundamentada en el interés superior del niño:

Toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia.”¹⁸³ “En este sentido, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallen el niño o la niña”¹⁸⁴.

...continuación

Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 56 y 60; *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 108; *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246. párr. 126.

¹⁸⁰ Véase, Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 59. CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 22.

¹⁸¹ Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 134. CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 22.

¹⁸² Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 59.

¹⁸³ Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 48; *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 126; *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 65.

¹⁸⁴ Véase, Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 61, y *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 45.

Cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño¹⁸⁵.

150. Por consiguiente, la Corte y la Comisión, a través de sus decisiones, han erigido a este principio como fundamental en la interpretación de la Convención Americana en lo que respecta a los alcances y contenidos del artículo 19, así como al cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía que dimanarían del artículo 1.1 en relación con los derechos de los niños¹⁸⁶.

151. El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha realizado varias precisiones en relación al principio del interés superior del niño para una mejor comprensión del mismo¹⁸⁷. En ese sentido, una primera consideración realizada por el Comité entiende que el interés superior del niño debe ser aplicado en dos niveles. Por un lado, en lo referente a las medidas de cualquier índole destinadas a los niños como grupo o colectivo; de otro, en relación a las decisiones que se adopten sobre situaciones o casos individuales donde se determinen los derechos del niño o la niña¹⁸⁸.

152. Toda ley, norma, política o programa que afecte a los niños como grupo o colectivo debe guiarse por el criterio del “interés superior”; ello aplica a las normativas, regulaciones y programas que los Estados Miembros deben adoptar en relación a la prevención y protección frente a las situaciones en las cuales los niños se puedan ver privados de los cuidados parentales¹⁸⁹.

153. Además, el principio del interés superior del niño se aplica en los supuestos en los cuales se adopten decisiones sobre los derechos del niño de modo individual, en función de sus circunstancias particulares. En estos casos, el interés superior del niño se establece como el punto de referencia para asegurar la efectiva y plena realización de todos sus derechos, y el desarrollo integral y armonioso del niño¹⁹⁰.

¹⁸⁵ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 73.

¹⁸⁶ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 56 y 59.

¹⁸⁷ Ver en particular, Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

¹⁸⁸ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párrafos 22 y 23.

¹⁸⁹ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 5 “Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”, CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, 34 período de sesiones, párr. 12; Comentario General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006, 40º período de sesiones, párrafo 13, y, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 72.

¹⁹⁰ Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 134. En el mismo sentido, la Comisión ha expresado que a partir de la doctrina de la protección integral, sustentada en la misma CDN, por interés superior del niño debe entenderse la efectividad de todos y cada uno de sus derechos humanos (Véase CIDH. *Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes*, párr. 25; y CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, Continúa...

154. Por consiguiente, en relación a la temática de los niños sin cuidados parentales adecuados o en riesgo de perderlos, el legislador, los jueces, las autoridades públicas y todos los centros de acogimiento y las instituciones de carácter público, así como los privados, deberán tomar como consideración primordial y fundamental el interés superior del niño al momento de adoptar cualquier decisión relativa a las medidas especiales de protección destinadas a atender al niño. El interés superior del niño y el respeto a sus derechos debe ser considerado adecuadamente en el momento de regular, aplicar, supervisar y revisar la idoneidad de las medidas especiales de protección, incluidas aquellas decisiones relativas a la fijación de los contenidos concretos de la medida de protección individualizada para el niño, su modificación y su cese.

155. En el mismo sentido, y en concordancia con el artículo 3 de la CDN, las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, en su directriz 7 establecen que:

[...] el interés superior del niño constituirá el criterio para determinar las medidas que hayan de adoptarse con relación a los niños privados del cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación que sean más idóneas para satisfacer sus necesidades y facilitar el ejercicio de sus derechos, atendiendo al desarrollo personal e integral de los derechos del niño en su entorno familiar, social y cultural y su condición de sujeto de derechos, en el momento de proceder a esa determinación y a más largo plazo. (...)

156. En otra de las precisiones realizadas por el Comité con el objetivo de mejorar la comprensión sobre este principio y de qué modo aplicarlo, el Comité ha aclarado que “el interés superior del niño es semejante a un derecho procesal que obliga a los Estados Partes a introducir disposiciones en el proceso de adopción de medidas para garantizar que se tenga en consideración el interés superior del niño”¹⁹¹. El Comité, al establecer la semejanza de este principio a un “derecho procesal”, hace referencia no solamente a las decisiones que puedan tomarse en sede judicial, sino, de conformidad con la misma redacción del artículo 3 de la CDN, se refiere a cualquier tipo de decisión que afecte a los niños y a sus derechos adoptadas por las autoridades públicas y las instituciones de bienestar social o de protección y cuidado, ya sean éstas últimas públicas o privadas. La similitud que establece el Comité en relación a la operatividad de este principio con un “derecho procesal” resalta la relevancia de garantizar normativamente un espacio para su consideración en todos los procedimientos y mecanismos de toma de

...continuación

párr. 23. Véase también: Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafos 56 a 61.

¹⁹¹ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 6: el Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: a) un derecho sustantivo, b) un principio interpretativo fundamental, c) una norma de procedimiento. Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 70.

decisiones, asegurando de este modo que será oportunamente analizado a los efectos de influir en el proceso de toma de decisiones¹⁹².

157. Adicionalmente, la CIDH observa que la correcta determinación de cuál sea el interés superior del niño en cada situación o contexto concreto deberá realizarse en base a la comprobación y evaluación objetiva de las condiciones en las que se encuentra el niño y la afectación que las mismas tienen en el goce de sus derechos, su bienestar y desarrollo¹⁹³. Por tanto, la CIDH concluye que no es suficiente con hacer referencia a que ha sido tomado en consideración el interés superior del niño en el momento de adoptar una decisión que le afecte, sino que éste deberá justificarse objetivamente en base a consideraciones que hayan sido constatadas en relación a las circunstancias personales del niño. Al respecto, la Comisión y la Corte han señalado que la utilización de este principio para justificar decisiones que afecten al niño y a su familia no debe realizarse “in abstracto” o de modo solamente nominativo. La determinación de cuál sea el interés superior del niño en cada caso concreto deberá realizarse de modo razonado y estar justificado sobre la base de la protección de los derechos del niño, así como quedar oportunamente sustentado en el procedimiento, con la documentación que fuera relevante y pertinente¹⁹⁴. El Comité de los Derechos del Niño también ha observado con preocupación que en ocasiones se invoca el interés superior del niño para justificar decisiones que son incluso contrarias a sus derechos; a ese respecto ha recalado que en todo caso “la interpretación del interés superior del niño deben ser compatible con todas las disposiciones de la Convención”¹⁹⁵.

158. A esos efectos, la observación y evaluación de las condiciones y circunstancias que puedan afectar los derechos del niño, su bienestar y protección, deben conducirse por el personal profesional debidamente capacitado para ello¹⁹⁶. Este requisito tiene como objetivo que la valoración de las circunstancias que afectan y determinan el interés superior del niño sea realizada por las personas con la competencia y la experiencia para ello. Los análisis y evaluaciones en el marco de una medida especial de protección requieren de la aplicación de peritajes y de criterios técnicos que de modo objetivo evalúen la afectación del bienestar del niño y cuál sea la medida más idónea para atender sus intereses en el caso concreto.

159. La primacía que debe darse al interés superior del niño puede suponer la limitación o restricción de los derechos de otras personas cuando éstos se contraponen con los intereses del niño. Este aspecto es de particular relevancia cuando se trata de la

¹⁹² Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 85 y ss.

¹⁹³ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párrafos 48 a 51, así como también, 52 a 84.

¹⁹⁴ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 109 y 110.

¹⁹⁵ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 13, “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011, párrafo 61.

¹⁹⁶ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párrafos 47, 92, 94 y 95.

determinación de la idoneidad de los cuidados parentales y la evaluación de la necesidad de adoptar medidas especiales de protección que impliquen la separación del niño de sus progenitores. En estos casos la Corte ha recalcado que a pesar de que el interés superior del niño es un fin legítimo que puede conducir a la limitación de los derechos de otras personas, como los de sus progenitores, ello no exime en modo alguno de una adecuada justificación. Al respecto, la Corte constata que “la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios”¹⁹⁷. La Comisión se ha pronunciado en términos similares al indicar que el interés superior del niño “constituye no sólo un fin legítimo sino una necesidad social imperiosa” al tiempo que ha reprochado que se utilice de forma meramente nominal sin explicitarse la “adecuación o relación de causalidad” entre las decisiones adoptadas y la mención al interés superior del niño, considerando que de ese modo se constituye en una “motivación especulativa y abstracta” que no es suficiente para justificar la decisión de las autoridades¹⁹⁸.

160. La Corte y la Comisión han manifestado que el principio del interés superior del niño no puede aplicarse para intentar justificar decisiones que son discriminatorias respecto de otras personas y sus derechos, y que se basan meramente en prejuicios, preconcepciones y estereotipos sociales respecto de determinados comportamientos o grupos de personas. Al respecto, en un caso en el que la Corte conoció sobre cuidado y custodia de tres niñas, entendió lo siguiente:

El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia¹⁹⁹.

Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas

¹⁹⁷ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 109; Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 50.

¹⁹⁸ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 100.

¹⁹⁹ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 110.

o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños²⁰⁰.

161. De modo similar, las condiciones de pobreza o cualquier forma de exclusión social que afecten a los progenitores tampoco pueden, por sí mismas, constituirse en un motivo suficiente para separar a un niño o niña de sus progenitores, invocando su interés superior²⁰¹.

162. Asimismo, la Corte y la Comisión coinciden con el Comité de los Derechos del Niño en señalar que existe una complementariedad importante entre el principio del interés superior del niño y el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta en función de su edad y madurez en todas aquellas decisiones que le afecten, según se reconoce en el artículo 12 de la CDN. Al respecto, el Comité ha manifestado que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12. Y que, “[d]el mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida”²⁰².

163. Más aún, el Comité ha explicitado que “[c]uando se adopte la decisión de apartar a un niño de su familia [...] debe tenerse en cuenta la opinión del niño para determinar el interés superior del niño”²⁰³. El Comité indica que en su experiencia, en estas ocasiones referidas, “los Estados partes no siempre tienen en cuenta el derecho del niño a ser escuchado” y que “[e]l Comité recomienda que los Estados partes garanticen, mediante leyes, normas y directrices de política, que se recaben y se tengan en cuenta las opiniones del niño, en particular en las decisiones relativas a su asignación a hogares de acogimiento familiar o de guarda, la elaboración y revisión de planes de guarda y las visitas a los padres y la familia”²⁰⁴.

164. Adicionalmente, es relevante para la determinación de cual sea el interés superior del niño escuchar a los padres, la familia extendida y otras personas en contacto directo con el niño o que sean relevantes en su vida²⁰⁵.

²⁰⁰ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 111. Sobre el concepto de estereotipos, *mutatis mutandi*, Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 401.

²⁰¹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 76.

²⁰² Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 74. Comentario General No. 14, (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párrafo 43.

²⁰³ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 1afo, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 53.

²⁰⁴ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 54.

²⁰⁵ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 74.

165. Así mismo, las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños en su directriz 7 pone un énfasis especial en la relación entre la determinación de cual sea el interés superior del niño con la manifestación de la opinión del niño en relación a su propia situación, sus deseos y opinión al respecto.

(...) En el proceso de determinación [del interés superior del niño] se debería tener en cuenta, en particular, el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta según su edad y grado de madurez.

166. Finalmente, la edad y el grado de madurez personal del niño influyen en la determinación de cual sea su interés superior²⁰⁶. El grado de desarrollo y madurez del niño le permiten comprender y formarse por sí mismo su propia opinión sobre sus circunstancias y las decisiones relativas al ejercicio de sus derechos, y por consiguiente, son condiciones que tienen relevancia en el nivel de influencia que sus opiniones tendrán en la determinación de cual deba considerarse que es su interés superior en el caso concreto. La edad del niño y su grado de madurez deben ser oportunamente valorados por parte de las autoridades que deban adoptar cualquier tipo de decisión relativa al cuidado y bienestar del niño. El derecho del niño a ser escuchado en todas aquellas decisiones que le afectan y a que sus opiniones sean debidamente tomadas en consideración, incluye que en caso que la autoridad se apartara de la opinión del niño a la hora de determinar cuál sea su interés superior, éste, como mínimo deber razonar adecuadamente y sustentar objetivamente los motivos por los cuales la autoridad competente se aleja de la voluntad del niño por entender que no es la opción que mejor sirve a sus intereses²⁰⁷.

C. Principios para la determinación y aplicación de las medidas especiales de protección que impliquen separación de la familia

167. Se ha señalado con anterioridad en este informe que los principios de necesidad, excepcionalidad y temporalidad deben regir en lo relativo a la aplicación de las medidas especiales de protección de carácter temporal que impliquen la separación del niño de sus progenitores, en atención al derecho a la familia (artículo 17.1 de la CADH y VI de la DADH) y a una vida familiar libre de injerencias indebidas (artículo 11.2 de la CADH y V de la DADH). La Corte ha establecido en su jurisprudencia que “el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados

²⁰⁶ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párrafo 44. Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 84 y 85. Comentario General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006, 40º período de sesiones, párrafo 17.

²⁰⁷ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 200; *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 230. Ver también Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 97 y Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 44.

siempre que las inferencias no sean abusivas o arbitrarias. Por ello, las mismas deben estar previstas en la ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática”²⁰⁸. En caso contrario, las medidas supondrían una restricción ilegítima que contravendría el artículo 11.2 de la CADH y la prohibición de inferencias arbitrarias en la vida familiar.

168. Por su parte, las medidas de protección especial que se derivan del artículo 19 de la Convención y VII de la Declaración tienen como objetivo la garantía del interés superior del niño, su bienestar y sus derechos y, consecuentemente, deberán ser adaptadas a las necesidades concretas e individualizadas de protección y cuidado que el niño requiera, tomando en consideración de modo adecuado sus circunstancias personales y aquéllas de su familia. Estas medidas pueden llegar a implicar la separación temporal del niño de sus progenitores si ello es lo que se requiere en su interés superior.

169. Es de destacar que la Corte en repetidas oportunidades ha señalado que, de conformidad con el artículo 19 de la Convención Americana y el deber especial de protección, el Estado debe actuar con mayor diligencia, cuidado y responsabilidad cuando se trata de niños, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño²⁰⁹. En la temática de los niños sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, dada la gravedad e irreversibilidad de los daños que pueden ocasionarse al niño, el deber de diligencia se ve particularmente reforzado.

170. Adicionalmente, en atención a las valoraciones técnicas que deben realizarse sobre la existencia de factores de riesgo y de factores de protección para el niño, se exige la participación de profesionales especializados de diversas disciplinas vinculadas con los derechos de la niñez y su bienestar. Los procedimientos deberán además ser adaptados para la toma de este tipo de decisiones; rigen por consiguiente los principios de especialidad y profesionalización en esta temática.

1. Principios de excepcionalidad y temporalidad

171. El derecho internacional de los derechos humanos establece la excepcionalidad y la temporalidad en la adopción y aplicación de medidas de protección que impliquen la separación del niño de sus progenitores, en atención al derecho a la

²⁰⁸ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 164. Ver también Corte IDH. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No.193, párr. 56, y, *Caso Escher y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 116.

²⁰⁹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 51 a 54, 56, 59 y 60; *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 116; *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 164.

familia y a una vida familiar libre de injerencias indebidas²¹⁰. La concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen, bajo la Convención Americana, la restricción al derecho a la vida familiar, supone que existan razones determinantes para ello, en función del interés superior del niño²¹¹.

172. El principio de excepcionalidad implica que previamente a la separación del niño de sus progenitores se hayan realizado todos los esfuerzos posibles por apoyar y asistir a la familia en el adecuado cuidado, protección y crianza del niño. Por consiguiente, los Estados deben regular y adoptar medidas positivas y prestacionales tendentes a garantizar la efectiva vigencia de los derechos contenidos en los artículos 19 y 17.1 de la CADH y VI y VII de la DADH, incluidas las acciones de prevención enmarcadas en planes nacionales, programas y servicios de apoyo y fortalecimiento a la familia así como las intervenciones individualizadas para apoyar a los progenitores y a la familia del niño.

173. El principio de excepcionalidad orienta el objetivo mismo de las medidas especiales de protección, puesto que las medidas buscan la restitución de derechos y la reintegración más pronta posible del niño a su familia. Por ende, la medida tiene un carácter temporal, y desde el inicio de su aplicación, sus contenidos han de estar orientados a lograr los objetivos de superación de las circunstancias que dieron lugar a la misma. La Comisión observa positivamente que algunas legislaciones incorporan plazos máximos predeterminados en la ley para la vigencia de las medidas de protección especial, con el fin de evitar eventuales situaciones de inactividad o falta de diligencia de las autoridades en la búsqueda de la restitución de derechos, que prolonguen de modo innecesario y no justificado la aplicación de la medida. Ello además fuerza a que se lleve a cabo la revisión de la medida antes de llegar al plazo de expiración de la misma, con el fin de evaluar si existe la necesidad de la extensión de la misma. Estos plazos de tiempo fijados en la ley deberían ser cortos, en atención a los principios de excepcionalidad y temporalidad y, en caso de ser necesario, la medida podría ser prolongada, aunque siempre con posterioridad a la revisión de la misma y a la adecuada justificación de la decisión sobre su mantenimiento. La previsión por la ley de plazos de tiempo de vigencia máximos para una medida especial de protección no debería constituir un obstáculo ante la posibilidad de revisar la medida en cualquier momento. La Comisión estima que las prórrogas automáticas de las medidas especiales de protección que impliquen la separación de los progenitores, sin que medie una evaluación del contexto y la oportuna justificación, incumplirían con los principios mencionados.

174. Considerando la temporalidad de las medidas de protección y tomando en cuenta su objetivo, las mismas deberán ser revisadas periódicamente a los efectos de

²¹⁰ CIDH. Informe No. 83/10, Caso 12.584, Fondo, Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Fornerón, Argentina, 29 de noviembre de 2010, párr. 108; y Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 73.

²¹¹ CIDH. Informe No. 83/10, Caso 12.584, Fondo, Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Fornerón, Argentina, 29 de noviembre de 2010, párr. 110; Corte IDH. *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242. párr. 116; *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 77, y *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 125.

determinar si siguen siendo necesarias para la protección del niño, o si deben ser modificadas o bien cesar; por consiguiente, se impone un deber de revisión periódica de las medidas de protección que debe ser respetado escrupulosamente siguiendo los criterios que permitan determinar de modo objetivo la legitimidad e idoneidad de la continuidad de la medida. La Comisión entiende que la ley debe fijar expresamente la periodicidad con la cual las medidas especiales de protección deben ser revisadas, a los efectos de dar efectivo cumplimiento a los principios de excepcionalidad y temporalidad que rigen en esta materia. La Comisión coincide con la valoración realizada por las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños en cuanto a la brevedad de los plazos para la revisión de las medidas. Tomando en consideración la importancia del transcurso del tiempo en la vida de los niños, el desarrollo de su personalidad, sus vínculos afectivos y su identidad, se justifica plenamente que estos plazos se caractericen por su brevedad, puesto que las afectaciones a los derechos pueden llegar a ser muy graves e irreparables²¹². Al respecto, la directriz 67 establece que:

Los Estados deberían garantizar el derecho de todo niño en acogimiento temporal a la revisión periódica y minuciosa —preferiblemente cada tres meses por lo menos— de la idoneidad del cuidado y tratamiento que se le da, teniendo en cuenta sobre todo su desarrollo personal y cualquier variación de sus necesidades, los cambios en su entorno familiar y si, en vista de lo anterior, la modalidad de acogimiento sigue siendo necesaria y adecuada. La revisión debería estar a cargo de personas debidamente calificadas y habilitadas e implicar plenamente al niño y a todas las personas importantes en su vida.

2. Principios de legalidad y legitimidad

175. El principio de legalidad debe aplicarse de forma estricta en relación a cualquier decisión que afecte los derechos de los niños. Aunque las medidas especiales de protección persigan un fin legítimo, esta justificación por sí sola no puede fundamentar las acciones que adopten las autoridades públicas y que afecten la vida familiar, aún con el objeto de proteger a uno de sus integrantes. El deber de protección especial del Estado hacia los niños, derivado de los artículos 19 de la CADH y VII de la DADH, deben tomar oportunamente en consideración el derecho a la familia y a una vida familiar libre de injerencias arbitrarias reconocido en los artículos 17.1 y 11.2 de la Convención, y VI y V de la Declaración.

176. Cabe recordar que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas predominaba en la región la denominada doctrina de la situación irregular o paradigma de la protección tutelar, la cual partía de la lógica de entender al niño como objeto de protección para la toma de decisiones relativas a su situación personal y bienestar, en una aproximación eminentemente asistencialista. Esta aproximación suponía desconocer la condición del

²¹² Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 52, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011, Medidas Provisionales respecto de Paraguay, Asunto L.M., considerando 18.

niño como sujeto titular de derechos y la necesidad que cualquier medida que el Estado adoptara en relación a su situación tuviera que realizarse con un estricto respeto a sus derechos y de conformidad con todas las garantías procesales. El cambio de paradigma que supuso la entrada en vigor de la Convención de los Derechos del Niño y el reconocimiento expreso de los niños como sujetos titulares de derechos, también conocido como el paradigma de la protección integral, supuso una transformación profunda en la concepción de las medidas de protección, su objetivo y los principios y garantías que deben regir la regulación, determinación, aplicación, supervisión y revisión de las mismas²¹³.

177. El artículo 30 de la Convención Americana establece el principio de legalidad en relación a las restricciones de los derechos permitidas bajo la Convención:

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Al respecto, la Corte ha indicado que:

De conformidad a la jurisprudencia constante de este Tribunal, para que una restricción a un derecho sea compatible con la Convención Americana, ésta debe cumplir diversos requisitos, entre otros y en primer lugar, que la misma esté fundada en una ley²¹⁴.

178. La Corte y la Comisión han señalado la necesidad que cualquier decisión que implique un límite al derecho a la familia debe ser motivada oportunamente en base a criterios objetivos que estén pre-establecidos por la ley²¹⁵. Por ende, en los supuestos de niños y niñas sin cuidados parentales adecuados o en riesgo de perderlos, las medidas que se adopten de conformidad con los artículos 19 de la CADH y VII de la DADH, y que supongan una intromisión en la vida familiar y la separación del niño de sus progenitores, deberán ser adoptadas de acuerdo al principio de legalidad al suponer una restricción del derecho del niño y de sus progenitores a la vida familiar sin injerencias arbitrarias o ilegítimas.

²¹³ En el marco de la doctrina de la situación irregular o la protección tutelar, se partía de una división de los niños entre aquellos que tenían sus necesidades de protección y cuidado cubiertas por su familia, y aquellos que se encontraban en una situación de “desamparo” o “abandono”, lo cual determinaba un tratamiento jurídico diferenciado para éstos últimos; para ello se empleaba un discurso asistencialista o benefactor que no corresponde al enfoque de derechos humanos. La doctrina de la protección integral parte de la premisa fundamental de reconocer al niño como sujeto titular de derechos, que por su especial condición de desarrollo y crecimiento deben obtener una protección reforzada del Estado, la comunidad y la familia. La intervención estatal se orienta y se justifica para garantizar todos sus derechos de forma integral, y se desarrolla con todas las garantías legales y procesales reconocidas en el derecho internacional de los derechos humanos.

²¹⁴ Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 117.

²¹⁵ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 103 y 113.

179. Es importante subrayar que la intervención de las autoridades públicas a través de una medida de protección no se contradice con el derecho a la vida familiar, sino que surge como consecuencia directa de la ausencia de los cuidados parentales adecuados y de la obligación de proteger y garantizar los derechos de los niños que tiene el Estado de acuerdo con los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración. La exigencia que se deriva de la Convención Americana es que las medidas de protección especial que impliquen la separación del niño de sus progenitores se apliquen de acuerdo con el principio de legalidad.

180. De acuerdo con la Convención Americana, las causales, motivos o supuestos que habiliten a las autoridades públicas a adoptar una decisión sobre la remoción de la guarda y la separación del niño de sus progenitores deben estar oportunamente previstos en la ley. La Comisión observa que en varios de los ordenamientos jurídicos de la región la regulación de algunos de los supuestos se realiza con la utilización de categorías genéricas o abiertas, las cuales pueden dejar un grado de flexibilidad a las autoridades, pero también pueden dar lugar a la arbitrariedad, en relación a la aplicación de la ley por parte del operador jurídico. La Comisión entiende que las categorías utilizadas por la ley deben dar flexibilidad al operador jurídico y a las autoridades encargadas de aplicar la ley, pero ello no debe suponer en ningún caso dar lugar a interpretaciones subjetivas, estereotipadas o basadas en prejuicios, en cuanto a lo que constituyen situaciones de desprotección para el niño²¹⁶. En ese sentido, y como ejemplo de lo expuesto, la Defensoría del Pueblo de Perú ha realizado algunas advertencias respecto a la interpretación que en ocasiones han realizado operadores jurídicos al invocar una categoría genérica de carácter residual que prevé la legislación peruana como causal para justificar la separación de un niño de sus progenitores; además, la Defensoría observa que la legislación contempla la causal de la “carencia de las cualidades morales de los padres”, concepto que es susceptible de interpretación en base a concepciones subjetivas vinculadas a lo que el operador jurídico entienda por moral o amoral²¹⁷; en otros expedientes analizados por la Defensoría se encontró que se invocaban motivos que no estaban previstos en la ley para la adopción de una medida especial de protección que implicaba la separación del niño de sus familiares²¹⁸.

181. Vinculado al tema de las categorías amplias o abiertas y el riesgo que puedan conllevar a que el operador jurídico integre presunciones o estereotipos al aplicarlas, la Corte, tal y como se ha referido anteriormente, ha establecido que:

(...) una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el

²¹⁶ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 109 a 111, 121 y 124 a 127.

²¹⁷ Defensoría del Pueblo del Estado de Perú, Informe Defensorial No. 153, Niños, niñas y adolescentes en abandono: aportes para un nuevo modelo de atención, Lima. 2011, pág. 113. Disponible en www.defensoria.gob.pe.

²¹⁸ Defensoría del Pueblo del Estado de Perú, Informe Defensorial No. 153, Niños, niñas y adolescentes en abandono: aportes para un nuevo modelo de atención, Lima. 2011, pág. 136.

bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño²¹⁹.

182. En relación al principio de legalidad la Corte ha establecido que no toda regulación normativa es idónea y suficiente para justificar la restricción de un derecho. La regulación, además de buscar un fin legítimo, debe ser objetiva, razonable y predecible para ser acorde con la Convención, de tal modo que se reduzca la posibilidad de arbitrariedad en su aplicación. La Corte ha dicho que “inclusive las separaciones legales del niño de su familia biológica sólo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño (...)”²²⁰.

183. El fin legítimo que debe orientar a la ley en esta temática ha de encontrar su fundamento en el interés superior del niño, es decir, en la dignidad del niño, su protección personal y en el efectivo goce y vigencia de todos sus derechos que le permitan su desarrollo integral. No debe entenderse la aplicación de una medida especial de protección como un castigo o una sanción dirigida a los padres que incumplieron con sus deberes derivados de sus responsabilidades parentales o como un reproche a su actuar, sino como una respuesta derivada del artículo 19 de la Convención a una situación familiar que pone objetivamente en riesgo la protección del niño, sus derechos y su bienestar. Esta situación busca restituir plenamente los derechos del niño, incluido su derecho a vivir con su familia y a recibir de ella los cuidados necesarios y adecuados. La causa subyacente a la adopción de toda medida especial de protección es la situación de desprotección en sus derechos en la que se encuentra el niño, la cual no necesariamente debe ir vinculada a un comportamiento doloso, sino a la constatación de una realidad que pone en riesgo la integridad y el desarrollo del niño y que requiere de forma necesaria de esta intervención de protección, consideración ésta que debe prevalecer por encima de otras y que debe justificarse en base a constataciones objetivas y suficientes.

184. Adicionalmente, la ley o las normas reglamentarias de desarrollo, deberán contener los criterios técnicos de carácter objetivo a ser tomados en consideración en el momento de evaluar la situación de desprotección en la que se encuentra el niño. La regulación de estos criterios objetivos, asentados en los conocimientos técnicos actualmente existentes en esta temática, supone una garantía para evitar que las decisiones sobre las medidas especiales de protección se tomen de modo subjetivo y arbitrario. En este sentido la Comisión observa que por regla general se solicitan informes médico-legales, psicológicos, evaluaciones del entorno familiar y socio-ambientales, entre otros informes y peritajes.

²¹⁹ Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 99 y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 111.

²²⁰ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 125. Ver también Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 116; y Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 77.

185. En resumen, la Comisión entiende que puede existir un cierto grado de complejidad en la regulación de las causales o circunstancias que motiven la adopción de una medida especial de protección que implique la separación del niño de sus progenitores. Es más, la Comisión es consciente de las limitaciones que tendría una regulación que buscara recopilar un catálogo casuístico y exhaustivo de supuestos o causales minuciosamente descritos, y constata la existencia frecuente en las legislaciones de los Estados Miembros de categorías jurídicas abiertas que dan un cierto grado de flexibilidad a las autoridades que adoptan decisiones sobre esta materia. En ese sentido, la Comisión reitera su opinión sobre la relevancia de asegurar la intervención de profesionales técnicos especializados de diversas disciplinas relacionadas con la niñez (psicólogos, trabajadores sociales, médicos, entre otros), que dispongan de la capacitación necesaria para abordar la temática de la desprotección derivada de conflictos socio-familiares, a los efectos de aportar los elementos técnicos suficientes para fundamentar un determinado curso de intervención para la protección efectiva del niño, y así disminuir los riesgos de eventual arbitrariedad a la hora de la toma de la decisión por parte de la autoridad competente.

186. La Corte también ha señalado la necesidad de que las autoridades competentes justifiquen los motivos por los cuales se deba tomar una medida especial de protección que implique la separación transitoria del niño de su familia. Además, la Corte ha manifestado que la mera invocación nominal del interés superior del niño por sí misma es insuficiente para justificar una determinada medida especial de protección. Tal y como se ha referido previamente, debe existir una evaluación de la realidad del niño y de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo sobre los derechos del niño, de modo objetivo y probado, para poder invocar este principio en la toma de decisiones²²¹. De otro modo, la invocación del principio del interés superior del niño sería insuficiente para sustentar una decisión: “es necesario que en las decisiones judiciales sobre estos temas [decisiones sobre la guarda y custodia] se definan de manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo del niño. De lo contrario, se corre el riesgo de fundamentar la decisión en un estereotipo²²²”, debiéndose llevar a cabo para ello “un test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico supuestamente sufrido” por el niño²²³.

187. Es de especial preocupación para la Comisión aquellos casos en los cuales las causales, motivos o supuestos que habilitan para la toma de una medida especial de protección pudieran ser constitutivos en sí mismos de un trato discriminatorio por motivos socio-económicos o de otra índole. La Corte ha indicado que “[l]a carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa

²²¹ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 109, Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 50.

²²² Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 125.

²²³ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 131.

que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención”, y ha agregado que ello supondría una forma de discriminación hacia las familias de escasos recursos económicos o que se encuentren en una situación que limite su capacidad para acceder a los recursos materiales necesarios para el bienestar de sus miembros²²⁴. Así mismo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad prohíbe expresamente que se separe a un niño de sus padres en razón exclusivamente de una discapacidad del niño, de ambos padres o de uno de ellos, por constituir una forma de discriminación²²⁵.

188. La Comisión considera positivo que varios Estados de la región, como por ejemplo Argentina, Brasil, Ecuador y Nicaragua entre otros, hayan establecido en su normativa que la ausencia de recursos materiales de los progenitores, de la familia, de los representantes legales o responsables de los niños, no puede ser utilizada como el único o principal motivo a los efectos determinar la institucionalización²²⁶. Sin embargo, pese a la existencia de esta normativa, la información recibida por la Comisión da cuenta de que en muchos Estados de la región, en la práctica, la pérdida de los cuidados parentales y la institucionalización encuentra como una de sus principales causas la precariedad de medios materiales de las familias. Adicionalmente, la institucionalización de niños, niñas y adolescentes es vista todavía, en muchos contextos, como una política adecuada de atención a la pobreza y muchas veces como una alternativa mejor que la familia²²⁷. En el mismo sentido referido, el Comité de los Derechos del Niño también ha expresado su preocupación, por ejemplo en relación a Panamá²²⁸, Paraguay²²⁹, y El Salvador²³⁰, entre otros Estados de la región.

²²⁴ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 76.

²²⁵ Artículo 23.4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: “[l]os Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.”

²²⁶ Es el caso por ejemplo de lo dispuesto en la legislación Argentina (Ley 26.061 art. 33), de Brasil (Estatuto del Niño y del adolescente, artículo 23), Ecuador (Código de la Niñez y la Adolescencia, artículo 221), o Nicaragua (Código de la Niñez y la Adolescencia, artículo 22), entre otros Estados de la región.

²²⁷ UNICEF Submission to the Committee on the Rights of the Child Day of General Discussion on “Children without Parental Care” Geneva, 16 September 2005. Ministry of Labour, Human Services and Social Security, Assessment of procedural and physical standards in children’s residential care institutions in Guyana. Summary and Recommendations, August 2006. Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar (RELAf), Niñez y adolescencia institucionalizada: visibilización de graves violaciones de DDHH. Serie: Publicaciones sobre niñez sin cuidados parentales en América Latina: Contextos, causas y respuestas, 2011.

²²⁸ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Panamá, CRC/C/15/Add.233, 30 de junio de 2004, párrafos 35 y 36.

²²⁹ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Paraguay, CRC/C/PRY/CO/3, 10 de febrero de 2010, párrafo 40.

²³⁰ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: El Salvador, CRC/C/SLV/CO/3-4, 17 de febrero de 2010, párrafo 49.

189. La Comisión subraya la obligación de los Estados de eliminar todas las normas y prácticas que impliquen una diferencia de trato arbitraria o que sean discriminatorias. La Comisión entiende que la sobrerrepresentación de determinados grupos de niños en acogimiento alternativo y en las instituciones residenciales puede ser un indicador que determinados grupos de familias y niños requieren de una asistencia y apoyo reforzado de parte del Estado para evitar la separación, por encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad. La Comisión alerta que la sobrerrepresentación de determinados grupos de niños en acogimiento alternativo y en procesos de adopción puede ser indicativo de un trato arbitrario o discriminatorio en relación a estos grupos de niños y sus familias, cuando las autoridades adoptan decisiones sobre la remoción temporal o definitiva de la guarda de sus padres o familiares.

190. A partir de la información recabada, la Comisión observa que niños de algunas comunidades en las Américas, tales como los niños afrodescendientes e indígenas, se encuentran sobre-representados en las instituciones residenciales de acogida²³¹. A modo de ejemplo, mientras que, según la información recabada por la Comisión, en Estados Unidos los niños afrodescendientes constituyen el 14% de la población infantil nacional, constituyen el 30% por ciento de la población nacional atendida por modalidades de cuidado alternativo²³². Por su parte en Brasil, según la información recibida, el 63.6% de los niños que se encuentran en instituciones son afrodescendientes²³³.

²³¹ A similares conclusiones llega el Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños al indicar que: "Históricamente, los niños y niñas pertenecientes a minorías raciales y étnicas tienden a estar sobre-representados en la atención institucional (por ejemplo, en Australia, Brasil y Canadá, como se mencionó anteriormente) y en muchos casos la tendencia persiste", así "[e]n Australia y Canadá, por ejemplo, generaciones enteras de estos niños y niñas fueron separados de sus familias y enviados a escuelas residenciales y se les negó su propia cultura, vestimenta y lengua. [...] [L]os prejuicios contra las minorías étnicas ha llevado al personal de instituciones residenciales a desalentar el contacto entre los progenitores y sus hijos institucionalizados", páginas 179, 180 y 184, Puede consultarse en: http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/documents/docs/SG_violencestudy_A-61-299_ES.pdf. Puede también verse la perspectiva histórica que sobre la sobrerrepresentación de grupos indígenas en instituciones residenciales presenta el estudio: "Indigenous Peoples and Boarding Schools" preparado por *Boarding School Healing Project*. Disponible en: <http://www.boardingschoolhealingproject.org/files/bshpreport.pdf> Ver, Smith, Andrea, *Indigenous Peoples and Boarding Schools: a comparative study*, Permanent Forum on Indigenous Issues, E/C.19/2009/CRP. 1, 2009, págs. 4 a 8. Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/E_C_19_2009_crp1.pdf y véase la audiencia "Situación de niños y niñas indígenas en escuelas de Estados Unidos" presentada por el *Boarding School Healing Project* durante el 140 período de sesiones de la CIDH. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/Hearings.aspx?Lang=es&Session=120&page=2>.

²³² Children's Rights (USA), What Works in Child Welfare reform: Reducing Reliance on congregate care in Tennessee, July 2011, p. 173. La versión en inglés puede ser consultada en http://www.childrights.org/wp-content/uploads/2011/07/2011-07-25_what_works_reducing_reliance_on_congregate_care_in_tn_final-report.pdf.

²³³ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), Levantamento nacional de abrigos para crianças e adolescentes da rede SAC, 2003.

191. Asimismo, la Comisión ha recibido información según la cual, en Canadá, los niños de comunidades indígenas se encuentran representados de manera desproporcionadamente alta en las instituciones residenciales²³⁴. A pesar de que sólo representan al 5% de la población infantil, los niños de comunidades indígenas suponen aproximadamente el 30-40% de los niños en centros de bienestar infantil dirigidos o autorizados por el Estado²³⁵. En el mismo sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado reducir el número de niños indígenas acogidos en instituciones y que se preste el apoyo que les permita permanecer en el seno de sus familias y/o comunidad: “[e]n los Estados partes en que haya una proporción excesiva de niños indígenas entre los niños separados de su entorno familiar, se deberían adoptar, en consulta con las comunidades indígenas, medidas de política especialmente dirigidas a ellos para reducir el número de niños indígenas confiados a otro tipo de tutela y evitar que pierdan su identidad cultural”²³⁶.

192. Finalmente, el principio de legalidad rige no solo en relación a la regulación de las causales, motivos o supuestos que habiliten a las autoridades públicas a adoptar una medida que implique la separación del niño de sus progenitores, sino que también es aplicable en relación a la regulación de las garantías procesales necesarias para garantizar adecuadamente el respeto de los derechos involucrados. Al respecto, la Corte ha señalado que existen requisitos materiales y formales que deben ser observados en relación a la limitación de los derechos. El aspecto material implica que las limitaciones

²³⁴ Blackstock, C. and Alderman, J. A., *The Untouchable Guardian: The State and Aboriginal Children in the Child Welfare System in Canada*. Children without parental care: Qualitative alternatives, Early Childhood Matters, Bernhard van Leer Foundation, 2005. Documento disponible en inglés en <http://www.crin.org/docs/Children%20Without%20Parental%20Care.pdf> ; ver también Trocme, Nico; Knoke, Della and Blackstock, Cindy, *Pathways to the Overrepresentation of Aboriginal Children in Canada's Child Welfare System*, en: Social Service Review, University of Chicago, December 2004. El documento puede ser consultado en inglés en https://www.mcgill.ca/crcf/sites/mcgill.ca/crcf/files/2004-Overrepresentation_Aboriginal_Children.pdf.

Adicionalmente, en Canadá, en 2008, fue formada la Indian Residential Schools Truth and Reconciliation Commission, con un mandato de cinco años, para informar al pueblo canadiense sobre lo sucedido en los internados para niños, niñas y adolescentes indígenas (residential schools). Conforme a dicha Comisión, desde finales del siglo XIX hasta finales de los 90s más de 150.000 niños, niñas y adolescentes indígenas fueron internados en más de 130 instituciones. En estos centros, dirigidos en su mayoría por instituciones religiosas, les era prohibido hablar su idioma y practicar sus costumbres. Para mayor información puede consultarse la página oficial de la *Indian Residential Schools Truth and Reconciliation Commission* de Canadá: <http://www.trc.ca>.

²³⁵ Fowler, Ken, *Children in care in Newfoundland and Labrador. A review of issues and trends with recommendations for programs and services*, Department of psychology, Memorial University of Newfoundland, September 2008, pág. 1. La versión en inglés de este documento se encuentra en <http://www.gov.nl.ca/cyfs/publications/childcare/InCareReport.pdf> Ver también, Bernhard van Leer Foundation, *Children without parental care: Qualitative alternatives, Early Childhood Matters*, Bernhard van Leer Foundation, 2005.

²³⁶ Comité de Derechos del Niño, *Comentario General No. 11, Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención*, CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009, 44º período de sesiones, párrs. 18, 48 y 56. Véase también: Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención*. Observaciones finales: Chile, CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párr. 45. De modo similar el Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños, en su Informe ante la Asamblea General de Naciones Unidas señaló que: “Reconociendo la especial vulnerabilidad de los niños indígenas y pertenecientes a minorías, los Estados deberían garantizar que esos niños y sus familias reciben servicios de atención y apoyo basados en su cultura y que los asistentes sociales cuentan con la capacitación adecuada para trabajar con ellos de forma eficaz” A/61/299, 29 de agosto de 2006, párrafo 112 a).

sean contenidas en una norma de rango legal, mientras que el aspecto formal supone que el procedimiento de aplicación de la norma al caso concreto y la determinación de la concurrencia de los supuestos de la norma para determinar la limitación del derecho, deben realizarse con estricta sujeción al procedimiento debidamente establecido en la ley.

3. Principios de necesidad e idoneidad

193. La separación de manera temporal del niño de sus progenitores, como medida de protección, debe constituir una medida necesaria a fin de proteger al niño y garantizarle su bienestar, cuando ello no haya sido posible dentro de su ámbito familiar.

194. El elemento de necesidad también puede concurrir por la gravedad de las condiciones de desprotección en las que se encuentre el niño, o por la urgencia de proveerle de un entorno seguro que, en aras a su interés superior, hagan necesaria la adopción de esta medida de protección que implique la separación del niño de su familia para ubicarlo en un contexto seguro y respetuoso de sus derechos. La Comisión estima que los factores de la gravedad y de la urgencia pueden ameritar una intervención inmediata de las autoridades, pero ello no puede ser en ningún caso óbice para que una vez asegurada la integridad del niño a través de la acción inmediata, esta decisión deba ponerse en conocimiento de la autoridad competente, a la mayor brevedad, a los efectos de su revisión a través del procedimiento legalmente establecido con todas las garantías.

195. Los elementos de necesidad e idoneidad de la medida de protección deben quedar oportunamente justificados y documentados en la decisión que se adopte. Esta decisión debe fundamentarse en las respectivas evaluaciones técnicas que se realicen por parte de los equipos de profesionales expertos. En el marco de la evaluación técnica, el análisis que se haga de la necesidad de la medida de protección deberá tomar en consideración las condiciones y circunstancias individualizadas de la familia y del niño, con el fin de justificar el beneficio para el niño de la separación de su familia así como el contenido específico e idóneo de la intervención en aras a conseguir la restitución de derechos en el menor tiempo posible. La evaluación deberá ser realizada por un equipo multidisciplinario integrado por profesionales capacitados para ello y conducirse en base a criterios técnicos y objetivos pre-establecidos en la normativa, a fin de poder determinar de modo razonado y justificado la necesidad de la medida y la idoneidad de su contenido. En relación a ello, las Directrices sobre Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños indican, en la directriz 39, que:

Deberían elaborarse y aplicarse sistemáticamente criterios adecuados basados en principios profesionales sólidos para evaluar la situación del niño y la familia, incluida la capacidad real y potencial de la familia para cuidar del niño en los casos en que la autoridad o la agencia competente tenga motivos fundados para pensar que el bienestar del niño se encuentra en peligro.

196. El equipo de profesionales multidisciplinario realizará además un seguimiento a la aplicación de la medida de protección con el fin de evaluar los desarrollos y los cambios que se produzcan, analizar la necesidad y la idoneidad en el tiempo de la

medida, y aconsejar desde un punto de vista técnico sobre la continuidad, modificación o cese de la misma.

197. En aquellos casos en los cuales la modalidad de medida de protección más idónea, en atención a las necesidades particulares del niño, fuera el acogimiento en un centro de carácter residencial, este elemento deberá quedar oportunamente documentado en la evaluación técnica que se haga para la determinación de la medida. La CDN y las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños enfatizan la importancia de analizar la idoneidad de esta medida en función a las necesidades específicas de cuidado y protección del niño, en relación a las cuales se estime que el centro de acogida esté en una especial condición de idoneidad para atender de forma positiva a esas necesidades.

4. Principio de diligencia excepcional

198. De conformidad con los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración, el Estado debe actuar con mayor diligencia, cuidado y responsabilidad cuando se trata de niños, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño.

199. En consideración a la importancia que el derecho internacional de los derechos humanos le atribuye a la familia y dada la gravedad, por su irreversibilidad e irreparabilidad, de los daños que pueden ocasionársele al niño en su relación con sus progenitores, en especial para los niños en la primera infancia²³⁷, la Comisión y la Corte han fijado un estándar de diligencia de carácter excepcional en lo relativo a las cuestiones referentes a la adopción, la guarda y la custodia del niño. En concreto, la Corte ha entendido que como consecuencia de la separación del niño de sus progenitores o de la familia de origen, se pueden ver afectados gravemente y de modo irreversible el derecho a la integridad personal y desarrollo integral del niño, el derecho a la familia y a la identidad²³⁸. La naturaleza e intensidad de estas afectaciones a los derechos del niño, ameritan que las autoridades públicas apliquen un deber de diligencia especialmente reforzado en todas sus actuaciones y, en particular, en lo referente a las decisiones que impliquen la separación del niño de sus progenitores o familia de origen.

200. Este deber de diligencia reforzado de carácter excepcional se refiere a todos los aspectos vinculados con la toma de decisiones por parte de las autoridades públicas que impliquen la separación del niño de su familia y el ingreso en una modalidad de acogimiento alternativo: desde la diligencia en el análisis de las circunstancias que rodean y afectan al niño, la valoración objetiva de los impactos que las mismas tienen en sus derechos, la justificación de las decisiones, la celeridad en la toma de las mismas, y la

²³⁷ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011, Medidas Provisionales respecto de Paraguay, Asunto L.M. Considerando número 16, y Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 51.

²³⁸ Asunto L.M. Medidas Provisionales respecto de Paraguay. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011, Considerando 16. Ver también Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 51.

oportuna revisión de las mismas. Este estándar de diligencia excepcional requiere que todas las autoridades intervinientes lo respeten, es decir, incluye a las autoridades judiciales y administrativas. La Comisión entiende que el cumplimiento del deber de diligencia debe ser supervisado por medio de los mecanismos oportunos para ello, los cuales deberán estar previstos en la norma, debiéndose determinar las consiguientes responsabilidades y sanciones en caso de infracción a este deber.

5. Principios de especialidad y profesionalización

201. Los principios de especialidad y profesionalización respecto de la promoción y la protección de los derechos de la niñez han sido ampliamente reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos, y los mismos se derivan del propio deber de protección especial del cual son merecedores los niños. Se constata que a partir de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño el tratamiento de los niños, niñas y adolescentes ha evolucionado hacia una progresiva especialización y profesionalización de todas las intervenciones que tienen que ver con su cuidado y protección. De forma consecuente con el deber de protección especial se deriva, por tanto, la necesidad que las normas, la institucionalidad, los procedimientos, las intervenciones y los profesionales que se vinculan con la niñez dispongan de las características, especificidades, y cualidades necesarias que les permitan responder adecuadamente a las condiciones particulares de los niños y a la efectiva vigencia y defensa de sus derechos.

202. Varios artículos de la CDN contienen referencias en este sentido y el Comité de los Derechos del Niño ha reiterado estos principios en sus decisiones al referirse a: i) la necesidad que existan instituciones públicas y privadas concebidas y organizadas para promover y proteger los derechos de la niñez y se encuentren suficientemente dotadas para ello, ii) que estas instituciones cuenten con el personal técnico formado y capacitado en derechos de la niñez que puedan atender los requerimientos y necesidades propios de los niños y de su desarrollo, iii) la existencia de autoridades administrativas y judiciales especializadas para conocer de asuntos y tomar decisiones que afecten a los derechos de los niños, en aras a garantizar su adecuado tratamiento y efectiva protección, y iv) el diseño de los procedimientos administrativos y judiciales adaptados a las particularidades que implica tener que tomar decisiones sobre la base de identificar cuál sea el interés superior del niño en cada situación particular, incluyendo para ello la adecuación del procedimiento para contemplar la participación y la opinión del niño, la de sus progenitores y otras personas relevantes para esta determinación²³⁹.

²³⁹ Ver en particular Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 5 “Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”, CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, 34 período de sesiones; Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006, 40º período de sesiones; y Comité de los Derechos del Niño, Comentario general No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, 44º período de sesiones.

203. En ese sentido la Corte se ha manifestado de la siguiente manera:

La eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. En fin, no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que éstos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño²⁴⁰.

204. La Comisión considera que los principios de especialización y profesionalización son indispensables para la adecuada protección de los derechos de la niñez y el cumplimiento del mandato de la CADH y la DADH. Así, la Comisión entiende que el requisito de especialización exige que existan leyes, procedimientos e instituciones específicos para atender a los niños, además de requerir la capacitación idónea para todas las personas que trabajan directamente con ellos. Estos requisitos de especialización y profesionalización se aplican a todo el sistema de protección de la niñez²⁴¹.

205. Los procedimientos aplicables deberán ser también adaptados en su estructura, actores intervinientes y duración, así como estar concebidos en aras a la consecución del objetivo de la preservación y restitución de derechos y velar por el interés superior del niño. Es relevante notar que los procedimientos relativos a la guarda, custodia y medidas relativas a los cuidados parentales se distinguen de otros procedimientos por su concepción y orientación eminentemente destinada a la identificación de los arreglos que mejor se adapten al interés superior del niño, en lugar de ser concebidos como procedimientos basados en una estructura típicamente contradictoria entre las partes en el procedimiento.

206. Las autoridades administrativas y judiciales intervinientes para conocer de las situaciones, evaluarlas, tomar decisiones y supervisar su aplicación han de ser especializadas en materia de niñez y contar con los conocimientos y las habilidades necesarias para ello, pues “[n]o basta con disponer protecciones y garantías judiciales si los operadores del proceso carecen de capacitación suficiente sobre lo que supone el interés superior del niño y, consecuentemente, sobre la protección efectiva de sus derechos”²⁴². Así mismo, también lo deberán estar los equipos multidisciplinarios que prestan sus conocimientos técnicos a las autoridades para asesorar la toma de decisiones y la supervisión de su aplicación.

²⁴⁰ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 78.

²⁴¹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 79 y *Mutatis mutandi*, CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 85.

²⁴² Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 79.

207. Dado que las necesidades de protección son particulares a cada niño en función de su entorno y circunstancias, y tomando en consideración la diversidad de modalidades de medidas de protección y los contenidos que cada una de ellas pueda adoptar para atender individualizadamente al niño y su familia, la Comisión observa que la normativa otorga cierta flexibilidad a las autoridades sobre el curso de acción en las diferentes etapas del procedimiento –decisiones que se refieren al inicio del procedimiento, medidas provisionales de protección mientras se tramita el procedimiento, decisión sobre la modalidad de la medida de protección y su contenido específico, supervisión de la medida, y las decisiones relativas a la modificación, sustitución o cese de la medida-. La Comisión entiende que la flexibilidad de que disponen las autoridades intervinientes responde al reconocimiento que las decisiones que se adopten sobre las temáticas relativas a la guarda, cuidado y protección del niño deben considerar sus propias particularidades, así como la identificación de cual sea la respuesta que mejor convenga al niño. Lo anterior, sin perjuicio del estricto respeto de los derechos del niño y de todas las garantías procesales. El balance entre ambos aspectos debe buscarse por medio de un procedimiento concebido y adaptado especialmente a la materia sobre la que versa, lo mismo que a través de garantizar la intervención de profesionales con los conocimientos y entrenamiento adecuado para promover la efectiva protección de los derechos del niño, a fin de asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas, necesarias y proporcionales²⁴³.

208. La Comisión nota que las legislaciones de los países de la región recogen el principio de especialidad en lo relativo a las autoridades administrativas y judiciales intervinientes en materia de protección de los derechos de la niñez. Sin embargo, la Comisión observa que ello por sí solo no implica que sean realmente especializadas. La Comisión entiende que deben incrementarse los esfuerzos para asegurar los conocimientos y formación necesarios en derechos de la niñez de todas las autoridades intervinientes en los procedimientos para la determinación, aplicación, supervisión y revisión de las medidas especiales de protección. La Comisión resalta la importancia que los Estados fortalezcan o desarrollen los planes de capacitación de carácter integral y sistemáticos, con énfasis en materia de protección a los niños sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, dirigidos tanto a jueces, ministerio público, defensores públicos, los equipos multidisciplinarios técnicos y las autoridades administrativas competentes en esta materia²⁴⁴. Asimismo, la Comisión nota que el acceso a estas autoridades especializadas y debidamente capacitadas debe ser efectivamente garantizado en todo el ámbito territorial²⁴⁵.

²⁴³ *Mutatis mutandi* Reglas de Beijing, Regla 6.

²⁴⁴ Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño sobre la temática de los Niños sin cuidados parentales, 2005, Reporte de la 40 Sesión del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/153, párrafo 677.

²⁴⁵ Observaciones similares fueron realizadas en relación a otro sistema especializado como el de justicia juvenil; en su informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, la CIDH realizó observaciones y recomendaciones en lo relativo a la necesidad de profundizar en la especialización de los órganos públicos y en asegurar la adecuada cobertura geográfica. CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párrs. 84 y 89.

209. Los centros de acogimiento, públicos y privados, que intervengan en la aplicación de una medida especial de protección también deben regirse por los principios de especialidad y profesionalización. La vigencia de estos principios supone que existan centros especializados dedicados a la atención, cuidado y bienestar de niños y niñas que no dispongan de cuidados parentales. Ello implica que su estructura, su personal y su funcionamiento estén concebidos para atender las necesidades especiales de protección de los niños que se encuentran en estas circunstancias. Por ende, implica no solo que las instalaciones físicas estén adaptadas para acoger a los niños, sino también que la lógica de funcionamiento del centro de acogimiento y su programa de intervención contemplen como eje rector el objetivo de protección y restablecimiento de los derechos del niño en el menor tiempo posible, y en particular, su derecho a vivir y ser criado en un ambiente familiar seguro y protector. De lo anterior se derivan aspectos que serán oportunamente desarrollados en apartados posteriores de este informe, pero cabe señalar aquí que implica, por lo menos, que el centro de acogida cuente con el número de profesionales especialistas debidamente capacitados para garantizar el goce de la integralidad de los derechos de los niños, así como que cuenten con planes de desarrollo individualizados para cada niño que contemplen sus requerimientos y necesidades particulares, promuevan su proyecto de vida, y prevean el proceso de revinculación con su familia, a una familia acogedora, la adopción o la transición a una vida independiente si estuvieran cercanos a cumplir la mayoría de edad.

210. Adicionalmente, tal y como indica el Comité de los Derechos del Niño, todo el sistema nacional de promoción y protección de derechos debe adherirse a los principios de especialidad y profesionalización, además de diseñarse y operar de forma integral y holística, lo cual implica una adecuada coordinación y complementariedad entre las diversas políticas, programas y servicios²⁴⁶. En este sentido, en lo que se refiere a la temática que nos ocupa, cabe destacar la importancia de una identificación temprana de situaciones de eventual desprotección. La identificación de posibles situaciones de desprotección implica que las personas y los profesionales en contacto directo con los niños dispongan de la información y la formación necesaria para realizar esta identificación y puedan remitir el conocimiento del tema a las autoridades competentes. Por ende, es especialmente importante que el personal del sector salud, educación o la policía, entre otros, tengan las competencias adecuadas para ello²⁴⁷.

211. Las fuerzas policiales tienen una preeminencia en cuanto a la identificación de niños que eventualmente puedan encontrarse en este tipo de situaciones. De la información recabada por la Comisión se deriva que las legislaciones y las prácticas de muchos de los Estados del continente le asignan a las fuerzas policiales la intervención

²⁴⁶ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 5 “Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”, CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, 34 período de sesiones, párrafos 53, 54 y 55.

²⁴⁷ En el mismo sentido ver las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 46: “Se debería proporcionar formación específica a los maestros y otras personas que trabajan con niños para ayudarles a detectar las situaciones de abuso, descuido, explotación o riesgo de abandono y a señalar tales situaciones a los órganos competentes”. Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño sobre la temática de los Niños sin cuidados parentales, 2005, Reporte de la 40 Sesión del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/153, párrafo 676.

tanto en relación a los casos de vulneración de la ley penal, como en los que se identifica la situación de desprotección del niño.

212. En efecto, la Comisión observa que en algunos Estados como Uruguay, la legislación asigna a las fuerzas policiales la tarea de detectar las situaciones de niños vulnerados en sus derechos o que vulneran derechos de terceros²⁴⁸. Como consecuencia, la Comisión ha observado una alta incidencia de la actuación policial en la selección de casos que llegan al sistema de protección, la cual en el 2005 y 2006 ascendía al 53% de los casos; en el 2007 representó el 44%, y en el 2008 alcanzó al 49%²⁴⁹. Adicionalmente, la Comisión ha recibido información sobre la existencia en Guatemala de operaciones denominadas de “rescate” en el marco de las cuales, distinto tipo de funcionarios y especialmente policiales, trasladan a los niños en situación de calle a las instituciones residenciales de modo inmediato. Este tipo de prácticas son bastante generalizadas en la región. Así por ejemplo, durante el 2011, en Río de Janeiro, en el marco de un procedimiento calificado como de “recolección” fueron intervenidos 245 niños y adolescentes en situación de calle, de los cuales 82 permanecieron en régimen de abrigo compulsivo²⁵⁰. La Comisión ha recibido información relativa a prácticas similares en Paraguay²⁵¹. La Comisión también ha recibido denuncias relacionadas con estos procedimientos.

213. La CIDH reconoce que la actuación de las fuerzas policiales en relación a estas temáticas comporta todos los riesgos que fueran analizados por la Comisión en el informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas²⁵², entre ellos, los referidos a la permanencia de niños en dependencias policiales con adolescentes que han cometido delitos, e incluso con adultos, así como la existencia de detenciones arbitrarias en el marco de operaciones sistemáticas de detención de niños que se encuentran en la calle²⁵³. A la Comisión le preocupa que la relevancia de la actuación policial en estos procedimientos denote una mirada centrada en el control social de la población intervenida, en lugar de un enfoque de protección y restitución de derechos.

²⁴⁸ Código de la Niñez y la Adolescencia de la Republica Oriental de Uruguay, art. 126. Ley No. 18.315 de 5 julio de 2008 de Procedimientos Policiales, artículo 5 literal b. Disponible en <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18315&Anchor=>.

²⁴⁹ Observatorio del Sistema Judicial, La protección judicial de derechos. Realidad, perspectivas y cambios en el marco de la aplicación del Código de la Niñez y la Adolescencia en Maldonado, Montevideo, Paysandú y Salto, Fundación Justicia y Derecho, Montevideo, 2010.

²⁵⁰ Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar (RELAF), Niñez y adolescencia institucionalizada: visibilización de graves violaciones de DDHH. Serie: Publicaciones sobre niñez sin cuidados parentales en América Latina: Contextos, causas y respuestas, 2011.

²⁵¹ CIDH. Informe No. 16/08, caso 12.359, Admisibilidad, Cristina Aguayo Ortiz y otros, Paraguay, 6 de marzo de 2008. Existen casos anteriores que se han tramitado ante la Comisión ante procedimientos similares.

²⁵² CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*.

²⁵³ CIDH, Informe No. 41/99, Caso 11.491 Menores Detenidos, Honduras, 10 de marzo de 1999; Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia 1999, Capítulo XIII, párrafos 41 y ss.; Informe No. 9/00, Caso 11.598, Alonso Eugénio Da Silva, Brasil, 24 de febrero de 2000; *Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala 2003*, párrafo 366. Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

214. Sin perjuicio de ello, en los casos en los que deba intervenir la autoridad policial, tales como en casos de violencia o abusos, es necesario que la actuación policial se desarrolle dentro de un marco jurídico adecuado a los estándares internacionales de derechos humanos y a través de unidades especialmente formadas para intervenir en situaciones que involucren a personas menores de dieciocho años de edad. Estas unidades han de integrarse por personal debidamente formado en derechos de la niñez y sobre la forma de actuar en este tipo de situaciones, y que además incorporen protocolos de intervención, criterios de derivación, y una articulación en red con otras instituciones públicas y organizaciones de la sociedad civil que puedan prestar la asistencia multidisciplinaria adecuada²⁵⁴.

6. Diferenciación respecto de las intervenciones sancionadoras

215. La Comisión destaca que el objetivo de las medidas especiales de protección no puede ser otro que la protección del niño y la preservación y restablecimiento de sus derechos. Las medidas especiales de protección no pueden concebirse, ni en su diseño ni en su aplicación, como una sanción a los padres en el ejercicio de sus funciones parentales. Tampoco pueden entenderse como una medida de corrección para aquellos niños respecto de los cuales se considere que tienen dificultades de conducta, o son considerados “rebeldes” o con problemas de comportamiento o de adaptación social. En la lógica de la doctrina de la situación irregular o paradigma de la protección tutelar, que imperaba con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención de los Derechos del Niño, esta perspectiva tenía una aceptación en los ordenamientos jurídicos de la región y suponía que, en determinados contextos, se internaran en instituciones, inclusive por iniciativa de los propios progenitores, a niños que se consideraba tenían dificultades de adaptación, conducta o disciplina. Esta lógica no es acorde con la doctrina de la protección integral que establece la Convención de los Derechos del Niño y con el respeto a los derechos humanos de los niños, su dignidad y su derecho a una protección especial basada en su condición de desarrollo.

216. La Comisión y la Corte se han manifestado en relación a situaciones de internamiento de niños en instituciones residenciales que, en la práctica, eran equiparables a medidas cuasi-punitivas o a formas de corrección disciplinaria que restringían el derecho a la libertad de determinados grupos de niños, por considerarlos en “riesgo” o en situación de “peligrosidad social”. Ambos órganos han manifestado que los niños respecto de los cuales deben tomarse medidas de protección no deben ser sujetos a un tratamiento punitivo. Por el contrario, se requiere una intervención oportuna y esmerada de instituciones de bienestar debidamente dotadas y personal competente para resolver estos problemas o mitigar sus consecuencias²⁵⁵.

²⁵⁴ CIDH. *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II., doc. 57, 31 diciembre 2009, párr. 89.

²⁵⁵ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, punto resolutivo No. 12; CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 70.

217. Este tipo de situaciones referidas, según la información recabada, representan una preocupación en algunos de los Estados del Caribe, como es el caso de Bahamas²⁵⁶, Belice²⁵⁷ y Jamaica²⁵⁸, así como en otras subregiones, como Guatemala²⁵⁹. La Comisión considera que la institucionalización basada en estos motivos puede llegar a encubrir una respuesta punitiva, lo cual sería contrario a los principios, derechos y garantías de los sistemas de justicia juvenil²⁶⁰. En el mismo sentido, y delimitando la órbita de acción del sistema penal respecto de las políticas públicas de protección de derechos, el Comité de los Derechos del Niño ha considerado que los “[...] comportamientos como el vagabundeo, la vida en la calle o las escapadas del hogar deben afrontarse mediante la adopción de medidas de protección de la infancia, en particular prestando apoyo efectivo a los padres y otras personas encargadas de su cuidado y adoptando medidas que afronten las causas básicas de ese comportamiento”²⁶¹.

218. Otro aspecto preocupante es la circunstancia de que los niños que se encuentran por debajo de la edad mínima de responsabilidad para infringir leyes penales y desarrollaron una conducta prevista en dicha legislación sean, a causa de dicha conducta, ingresados en instituciones residenciales²⁶². El ingreso en una institución no debe encubrir una respuesta punitiva al margen de las garantías de la justicia penal juvenil, bajo el pretexto de su protección. La Comisión coincide con el Comité de los Derechos del Niño en que los Estados deben garantizar que todos los niños que no hayan alcanzado la mayoría de edad penal pero que estén en conflicto con la ley penal sean tratados por las autoridades civiles o administrativas de manera conforme con la Convención y las normas internacionales; en particular, que se garantice que tengan acceso a medidas socioeducativas y que no sean privados de su libertad o institucionalizados como forma de punición²⁶³.

²⁵⁶ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Bahamas, CRC/C/15/Add.253, 31 de marzo de 2005, párrafo 37.

²⁵⁷ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Belice, CRC/C/15/Add.252, 31 de marzo de 2005, párrafo 42.

²⁵⁸ Información recabada en el marco de las consultas subregionales.

²⁵⁹ Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar (RELAF), Niñez y adolescencia institucionalizada: visibilización de graves violaciones de DDHH. Serie: Publicaciones sobre niñez sin cuidados parentales en América Latina: Contextos, causas y respuestas, 2011.

²⁶⁰ Véase al respecto: CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párrafos 68 a 74. Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, 44º período de sesiones, párrafo 8.

²⁶¹ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párrafo 9. Ver también: CIDH. Informe No. 41/99 Caso 11.491, Menores detenidos contra Honduras, de 10 de marzo de 1999, párrafos 109 y 110.

²⁶² CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 51.

²⁶³ CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 70. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 113. Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, 44º período de sesiones, párr. 31; Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20

219. La Corte y la Comisión también se han pronunciado sobre situaciones en las cuales niños, niñas y adolescentes que requieren de una intervención de protección son tratados bajo el sistema de justicia juvenil. Así, la Corte se pronunció para dejar claro que ciertos tipos de conducta no tienen lugar en el sistema de justicia juvenil, y que el tratamiento que debe dárseles es dentro del marco de los sistemas nacionales de protección:

Es inadmisibles que se incluya en esta hipótesis [respuesta penal] la situación de los menores que no han incurrido en conducta penalmente típica, pero se encuentran en situación de riesgo o peligro, por desvalimiento, abandono, miseria o enfermedad, y menos aún la de aquellos otros que simplemente observan un comportamiento diferente del que caracteriza a la mayoría, se apartan de los patrones de conducta generalmente aceptados, presentan conflictos de adaptación al medio familiar, escolar o social, en general, o se marginan de los usos y valores de la sociedad de la que forman parte. El concepto de delincuencia infantil o juvenil sólo puede aplicarse a quienes [...] incurrir en conductas típicas, no así a quienes se encuentran en los otros supuestos²⁶⁴.

220. En el mismo sentido, la Comisión ha establecido con claridad la diferencia de tratamiento que deben recibir los niños que se encuentran en circunstancias de desprotección o vulneración de sus derechos, de los niños que han entrado en conflicto con la ley penal por la realización de algún acto tipificado por la ley:

La Comisión considera que la detención de un menor de edad por actos no delictivos, sino sencillamente porque se encuentra en una situación de abandono social, riesgo, orfandad o vagancia, representa un grave peligro para la infancia [...]. El Estado no puede privar de su libertad a niños y niñas que no han cometido hechos tipificados como delitos, sin incurrir en responsabilidad internacional por violación del derecho a la libertad personal (artículo 7 de la Convención). Toda restricción de libertad de un menor no basada en la ley, o en una acción tipificada como delito, constituye una grave violación de los derechos humanos. El Estado no puede, invocando razones de tutela del menor, privarlo de su libertad o de otros derechos inherentes a su persona. Los menores que se encuentran en situación de riesgo, esto es, que deben trabajar para ganar su sustento, o que viven en la calle por carecer de un hogar, no pueden ser sancionados por esta situación. Más allá de sancionar a los menores

...continuación

de septiembre de 2006, 40º período de sesiones, párr. 36.i); Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Ecuador, CRC/C/ECU/CO/4, 29 de enero de 2008, párr. 79.g).

²⁶⁴ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 110; ver también CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 69.

por su supuesta vagancia, el Estado tiene un deber de prevención y rehabilitación y está en la obligación de proporcionarles medios adecuados para que puedan desarrollarse a plenitud²⁶⁵.

221. La Comisión también ha dicho que las niñas, niños y adolescentes en situación de pobreza, abuso o abandono, así como aquellos niños con alguna discapacidad, problemas de salud o que presentan dificultades educativas o de aprendizaje, “no deben ser privados de su libertad o sometidos al sistema de justicia juvenil cuando no hayan infringido leyes penales”²⁶⁶.

222. En adición, la Comisión recuerda a los Estados que no pueden someter al sistema de justicia juvenil a los niños que han incurrido en conductas que no constituirían infracciones a las leyes penales si las hubiera cometido un adulto. En particular, “los Estados deben evitar tipificar delitos en razón de la condición de niños (“status offenses”) de forma que los etiqueten como “delincuentes”, “incorregibles”, “inmanejables” sobre la base de peticiones, incluso de los propios padres, solicitando que los niños sean disciplinados y supervisados debido a su comportamiento o problemas de actitud, hechos que no constituyen una infracción a las leyes penales”²⁶⁷.

7. Garantías del Procedimiento y la Protección Judicial

223. Las decisiones que se adopten en relación a la separación temporal de un niño de sus progenitores deben ser resultado de un procedimiento en el que, de acuerdo con la Convención Americana, se observen todas las garantías aplicables a la afectación de un derecho²⁶⁸. La Corte y la Comisión han señalado en diversas oportunidades que en relación con los procedimientos en los que participan los niños, o en los cuales se discute algún derecho relativo a ellos, imperarán las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención²⁶⁹ que se reconocen a todas las personas por igual. Considerando,

²⁶⁵ CIDH, Informe No. 41/99, Caso 11.491, Admisibilidad y Fondo, Menores detenidos, Honduras, 10 de marzo de 1999, párr. 109 y 110. CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párrs. 66 y 73.

²⁶⁶ CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 73.

²⁶⁷ CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr.73. Ver también Estudio sobre la Violencia contra los Niños, pág. 209. Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, 44º período de sesiones, párrafo 31.

²⁶⁸ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 114.

²⁶⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8. Garantías Judiciales: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el

además, que son procedimientos en los que participan los niños y que tendrán una afectación sobre sus derechos, las garantías contenidas en los artículos 8 y 25 deben relacionarse con los derechos específicos que reconoce el artículo 19, que a su vez incorpora el *corpus juris* en esta materia, de tal forma que se reflejen en cualquier proceso administrativo o judicial en el que se discuta algún derecho de un niño²⁷⁰. Al respecto la Corte ha señalado:

Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento²⁷¹. “En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías²⁷²”.

...continuación

inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

“El artículo 8 de la Convención consagra los lineamientos del debido proceso legal, el cual está compuesto de un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos.” Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay*. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234. párr. 116.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 25. Protección Judicial: 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

²⁷⁰ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 95 y 96.

²⁷¹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 96, y, CIDH. Informe No. 83/10, Caso 12.584, Fondo, Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Fornerón, Argentina, 29 de noviembre de 2010, párr. 75.

²⁷² Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 98, y, CIDH. Informe No. 83/10, Caso 12.584, Fondo, Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Fornerón, Argentina, 29 de noviembre de 2010, párr. 75.

224. Estas consideraciones que se acaban de realizar deben proyectarse sobre la regulación de los procedimientos tanto judiciales como administrativos en los que se resuelva acerca de derechos de los niños²⁷³. En este sentido, pese a que el artículo 8.1 de la Convención alude al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, dicho artículo es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos²⁷⁴.

225. La Comisión manifiesta su preocupación debido a que en la región persisten dificultades en lo relativo a la estricta observancia de las garantías contenidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana en el marco de las decisiones que se adoptan respecto de la separación de los niños de sus progenitores y su internamiento en un centro de protección y cuidado y que en muchos países existen niños ingresados en instituciones sin participación ni conocimiento de las autoridades. A modo de ejemplo, en un informe elaborado en el 2011 por la Defensoría del Pueblo de Perú, se advierte que muchos niños que residían en instituciones no contaban con una resolución que ordenara su permanencia en dichas instalaciones, aun cuando la legislación del país prevé que ésta es una medida de protección que debe ser dictada por la autoridad competente en el marco de un procedimiento de protección tutelar con las debidas garantías. Este mismo informe destaca entre sus hallazgos que de los expedientes de protección tutelar analizados se concluye que las garantías procesales no fueron siempre observadas por la autoridad competente²⁷⁵. Según se informó a la Comisión, en algunos Estados de la región, como Haití, persiste la práctica de que los niños sean ingresados en las instituciones directamente por sus familias, por cualquier otra autoridad e incluso por las propias organizaciones que tienen a su cargo las instituciones residenciales cuando los encuentran “abandonados”, sin que sea desarrollado oportunamente un proceso judicial o administrativo²⁷⁶. Una situación similar ha sido informada en relación a algunas instituciones para niños con y sin discapacidad en México²⁷⁷.

226. Adicionalmente, a la Comisión le preocupa que en diversos países de la región, a pesar de contar con normativa que establece un procedimiento para la toma de decisiones que afecten los derechos del niño, persistan prácticas contrarias a la misma. Las

²⁷³ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 94, 103 y 117.

²⁷⁴ Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrafo 105; Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párrs. 69 a 71.

²⁷⁵ Niños, niñas y adolescentes en abandono: aportes para un Nuevo modelo de atención. Serie Informes Defensoriales – Informe no. 153. Perú, agosto de 2011 pág. 15.

²⁷⁶ Consulta subregional para el Caribe, realizada en el marco de la elaboración de este informe, Trinidad y Tobago, 2011.

²⁷⁷ Disability Rights International, Respuesta al cuestionario, 2011. Disability Rights International y la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos Abandonados y Desaparecidos: Segregación y Abuso de Niños y Adultos con Discapacidad en México. Edición impresa actualizada a junio de 2011. Disponible para consulta en <http://www.disabilityrightsintl.org/wordpress/wp-content/uploads/1. Informe final Abandonados y Desaparecidos merged.pdf>.

deficiencias observadas por la Comisión en la regulación de la habilitación, registro, estándares de funcionamiento y supervisión de las instituciones residenciales, públicas y privadas, contribuye a la problemática pues no siempre es posible tener acceso a los registros completos del número de niños que se encuentran en estas instituciones en un determinado país, conocer las circunstancias de su ingreso y tener acceso a la resolución adoptada por la autoridad competente que disponga dicho ingreso.

227. La Comisión estima oportuno recordar que las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños de las Naciones Unidas en su directriz 57, ha establecido que:

La toma de decisiones sobre un acogimiento alternativo que responda al interés superior del niño debería formar parte de un procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo adecuado y reconocido, con garantías jurídicas, incluida, cuando corresponda, la asistencia letrada del niño en cualquier proceso judicial. Debería basarse en una evaluación, planificación y revisión rigurosas, por medio de estructuras y mecanismos establecidos, y realizarse caso por caso, por profesionales debidamente calificados en un equipo multidisciplinario siempre que sea posible. Debería suponer la plena consulta del niño en todas las fases del proceso, de forma adecuada a su desarrollo evolutivo, y de sus padres o tutores legales. A estos efectos, se debería proporcionar a todos los interesados la información necesaria para basar su opinión.

228. La Comisión subraya que los procedimientos en los cuales se determinen los derechos de los niños deben respetar el derecho al debido proceso. Además, debe asegurarse que los procedimientos sean accesibles y apropiados a la edad del niño con el fin de garantizar el derecho de los niños a comprender y a participar en los procesos que les afecten, así como asegurar la disponibilidad de una representación y asesoría legal que permita defender los intereses y los derechos del niño de modo efectivo. Así, en el marco del procedimiento, el niño y los padres o responsables deben ser informados sobre los alcances de la intervención, y tener la oportunidad de participar en el proceso. Los procedimientos deberán ser rápidos, tramitados diligentemente y estar adaptados y centrados en las necesidades y derechos del niño. Las garantías desarrolladas en la presente sección deben respetarse en el marco de los procedimientos de toma de decisiones sobre la aplicación de una medida de protección, la revisión periódica de la misma y en toda determinación de que los niños permanezcan separados de sus progenitores.

a. Procedimiento establecido por ley y autoridad competente

229. El principio de legalidad impera en lo relativo a la regulación del procedimiento en el marco del cual se tomen decisiones que afecten los derechos del niño. Tal y como han indicado la Corte y la Comisión, los procedimientos, ya sean de naturaleza judicial o administrativa, que tengan por objetivo la definición de derechos, deberán estar

regulados por ley, además de garantizar los derechos procesales reconocidos por la Convención Americana²⁷⁸.

230. En lo que se refiere a la materia de los niños y niñas sin cuidados parentales adecuados, para dar adecuada satisfacción los artículos 11.2 de la Convención y V de la Declaración relativos a la prohibición de injerencias ilegítimas o arbitrarias en la vida familiar, la determinación de la concurrencia de las circunstancias que justifiquen la adopción de medidas de cuidado alternativo debe realizarse por parte de la autoridad competente de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, con estricto respeto a las garantías del debido proceso²⁷⁹.

231. Es relevante hacer notar la existencia de un debate doctrinal y el surgimiento de una tendencia que propone la “desjudicialización” de ciertas intervenciones de las autoridades públicas en el marco de los procedimientos relativos a la protección de los niños por falta de cuidados parentales. Al respecto de lo señalado, la Corte y la Comisión han resaltado que

“[l]as normas internacionales procuran excluir o reducir la “judicialización” de los problemas sociales que afectan a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alterar o disminuir los derechos de las personas. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad”²⁸⁰.

232. Una parte creciente de la doctrina especializada propugna que la autoridad responsable para analizar la oportunidad e idoneidad de una medida especial de protección sea de naturaleza administrativa, de carácter especializado y multidisciplinario. La argumentación radica en razón a que se entiende que se debería evitar judicializar los problemas sociales subyacentes a la situación de vulneración de derechos cuando estos problemas puedan ser abordados de modo más eficiente y adecuado a partir de políticas sociales de protección y apoyo a la familia, en particular cuando el telón de fondo de

²⁷⁸ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 103, y, *Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay*. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234. párrs. 116 a 119.

²⁷⁹ Véase Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 113. CIDH, Informe No. 83/10, Caso 12.584, Fondo, Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Fornerón, Argentina, 29 de noviembre de 2010, párr. 110; Corte I.D.H., Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242. párrs. 116 y 117. Ver, Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño sobre la temática de los Niños sin cuidados parentales, 2005, Reporte de la 40 Sesión del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/153, párr. 655.

²⁸⁰ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 135.

muchas de las medidas de protección es la pobreza, la exclusión social, y sus consecuencias en las familias. Esta posición es particularmente sostenida en lo relacionado a las decisiones que impliquen medidas de protección que no conlleven la separación del niño de sus progenitores y familia extendida, sino que supongan intervenciones tendientes a apoyar a la familia.

233. Esta tendencia se puede apreciar en las legislaciones de la región, lo cual ha llevado a que varios países hayan establecido que los procedimientos de protección se adelanten en sede administrativa, aunque se requiera de la intervención judicial en los casos de separación del niño de sus progenitores o de su familia extendida. La Comisión observa que en varios ordenamientos jurídicos de la región existe una dualidad de autoridades administrativas y judiciales intervinientes; así, en algunos países la incoación y tramitación del procedimiento se da en sede administrativa, mientras que la toma de decisión formal o bien su revisión se da en sede judicial.

234. La Comisión subraya que, independientemente que la autoridad competente para impulsar el procedimiento de adopción de medidas de protección sea de naturaleza administrativa o judicial, las autoridades deben estar establecidas por la ley, ser especializadas en materia de niñez, contar con equipos multidisciplinarios que presten su asesoría técnica, y que en el marco del procedimiento se apliquen los criterios para la determinación y ejecución de las medidas de protección de conformidad a lo establecido por legislación, además que el procedimiento cuente con las debidas garantías procesales que incluya la participación del niño y la defensa de sus derechos²⁸¹.

235. Adicionalmente a lo que se acaba de mencionar, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 9 que “el niño no será separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.” La Comisión nota que cuando la medida de protección implique la separación del niño de sus progenitores, o familia de origen, la adopción de la misma debe quedar sujeta a revisión judicial, de modo que se dé satisfacción al artículo 11.2 de la CADH, artículo V de la DADH y artículo 9 de la CDN. En el mismo sentido se pronuncian las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños²⁸².

236. La Comisión destaca que las decisiones que se tomen en relación a la protección, guarda y cuidado del niño deben ser motivadas. La Comisión concuerda con la Corte en enfatizar que “[c]ualquier actuación que afecte a éste [el niño] debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que

²⁸¹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 103.

²⁸² La directriz 47 establece que: “Toda decisión sobre la remoción de la guarda de un niño contra la voluntad de sus padres debe ser adoptada por la autoridad competente, de conformidad con las leyes y procedimientos aplicables y estar sujeta a revisión judicial, garantizándose a los padres el derecho de recurso y el acceso a asistencia letrada adecuada.”

permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad”²⁸³. Por consiguiente, la motivación debe ser objetiva, idónea y suficiente, y basarse en el interés superior del niño. Tal y como se ha indicado, los principios de especialidad y profesionalización son relevantes para la determinación de los elementos de necesidad e idoneidad de la medida, por consiguiente, es crucial la participación en el procedimiento de los equipos técnicos multidisciplinarios y la emisión de los informes y peritajes que sean pertinentes para la motivación adecuada de la medida.

b. Razonabilidad del plazo

237. Dentro de las garantías del procedimiento que estatuye el artículo 8 de la Convención Americana se encuentra el derecho que toda persona tiene a “ser oída dentro de un plazo razonable”. La Corte y la Comisión vinculan el elemento del plazo razonable, contenido en el artículo 8, con el derecho que asiste a toda persona a que la determinación de sus derechos se realice por parte de la autoridad competente en un tiempo razonable²⁸⁴. Según la Corte, la falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales²⁸⁵. Al momento de valorar y determinar la razonabilidad del plazo la Corte considera los siguientes elementos²⁸⁶: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales, y d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

238. En relación con el primer elemento, la Corte ha tenido la oportunidad de manifestarse sobre casos relativos a la guarda, cuidado y protección de niños, respecto de los cuales, en términos generales, ha encontrado que “[t]ales cuestiones, si bien son de gran relevancia y requieren de un cuidado especial, están enmarcados en procesos que no presentan especiales complejidades y que no son inusuales para los Estados”²⁸⁷. En relación con el segundo y el tercer elemento, y también en lo relacionado con casos

²⁸³ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 113. En el mismo sentido la directriz 57 de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños establece que: “[l]a toma de decisiones sobre un acogimiento alternativo que responda al interés superior del niño debería formar parte de un procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo adecuado y reconocido, con garantías jurídicas, incluida, cuando corresponda, la asistencia letrada del niño en cualquier proceso judicial.”

²⁸⁴ Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 66.

²⁸⁵ Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 66; Ver también *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012 Serie C No. 240, párr. 257.

²⁸⁶ Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 66; *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 77, y *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012 Serie C No. 240, párr. 255.

²⁸⁷ Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 67.

relativos a la guarda, cuidado y protección de niños, la Corte advirtió que en consideración al deber de especial protección que se debe brindar a los niños por su condición, la responsabilidad de acelerar el procedimiento recae primordialmente sobre las autoridades administrativas o judiciales, que deberán impulsarlo de “motu proprio”²⁸⁸. La Corte ha tomado en especial consideración los efectos que el tiempo tiene sobre los derechos del niño y sus progenitores para establecer un deber de diligencia reforzado de parte de las autoridades el cual se traduce en el impulso de oficio del procedimiento y la agilización de su tramitación²⁸⁹.

239. En cuanto al cuarto elemento, la Corte ha sostenido que “en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades”²⁹⁰. La Corte ha enfatizado que “el mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, podía determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto”²⁹¹. La permanencia del niño en una institución residencial también tiene como efecto interferir en la creación y el mantenimiento de los lazos afectivos que de modo natural surgen entre los niños y sus progenitores a través de la convivencia cotidiana y, por consiguiente, supone una afectación grave y que puede resultar incluso irreparable en el derecho a la integridad personal y desarrollo integral del niño, el derecho a la familia y a la identidad²⁹².

²⁸⁸ Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 69.

²⁸⁹ Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párrs. 69 y 70.

²⁹⁰ Asunto L.M. Medidas Provisionales respecto de Paraguay. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011, Considerando 16; Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 127. La Corte ha establecido que en materia de custodia de un niño o niña, la naturaleza de los derechos que se discuten, así como las consecuencias que una demora excesiva pueden tener, especialmente en lo relativo al derecho de familia, requieren de los tribunales actuar con diligencia excepcional, European Court on Human Rights. *Case of V.A.M. v. Serbia*, Judgement 13 March 2007, párrs. 99 y 101. La Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que los casos que podrían afectar el disfrute de los derechos relacionados con el respeto a la vida familiar, deben ser manejados con diligencia especial y consideración relevante, de manera tal que los Estados deben organizar sus sistemas judiciales de manera que puedan cumplir con los requisitos del debido proceso, incluyendo la obligación de escuchar los casos en el tiempo razonable.

²⁹¹ Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 52, y, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011, Medidas Provisionales respecto de Paraguay, Asunto L.M., considerando 18.

²⁹² Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 123, y, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011, Medidas Provisionales respecto de Paraguay, Asunto L.M., considerandos 16 y 19.

240. Por ello, en relación a la razonabilidad del plazo de tramitación de los procedimientos relativos a las medidas especiales de protección relativas a la guarda, cuidado y acogimiento alternativo de niños, la Corte ha considerado que existe un deber excepcional de diligencia en la agilización de la tramitación de los procedimientos en atención a los efectos que estas situaciones tienen en los niños y los daños graves, irreversibles e irreparables que se pueden derivar para sus derechos y los de sus progenitores y familia²⁹³.

241. Finalmente, la Corte ha enfatizado que no es posible alegar obstáculos internos, tales como la falta de infraestructura o personal para conducir los procesos judiciales para eximirse de una obligación internacional²⁹⁴. Por el contrario, la Corte recuerda que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve²⁹⁵. La obligación de los Estados es disponer de aquellos arreglos que sean necesarios para que, a pesar de los retos que los sistemas administrativos y judiciales puedan enfrentar en términos de capacidades materiales y de personal, den una respuesta adecuada, diligente y en tiempo a los casos que se refieran a la guarda, custodia y cuidado de niños.

242. La Comisión celebra que algunos Estados tomen particularmente en serio sus obligaciones derivadas del deber de razonabilidad del plazo y diligencia excepcional en el conocimiento de los asuntos relativos a los derechos de los niños al introducir plazos determinados para la tramitación de los procedimientos correspondientes y la toma de decisiones por parte de las autoridades competentes. Sin embargo, la Comisión desea hacer notar que la sola introducción en la norma de plazos para la tramitación de los procedimientos puede no resultar suficiente, e incluso ser irrealista, a los efectos de dar satisfacción al principio de diligencia y celeridad en la tramitación de los procedimientos si lo anterior no va acompañado de los recursos, en particular humanos, para poder cumplir con las exigencias de tiempo en la tramitación de los procedimientos. Del mismo modo, el cumplimiento de los plazos breves para la emisión de una decisión y la celeridad en la tramitación de los procedimientos no debe en ningún caso ir en detrimento del resto de garantías procesales, en particular el derecho de los progenitores y del derecho del niño a

²⁹³ En el caso Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, la Corte Interamericana concluye que las autoridades judiciales a cargo del proceso de guarda no actuaron con la debida diligencia y por ello el Estado violó el derecho a las garantías judiciales previsto en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 17.1 y 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del padre y de su hija, así como en relación con el artículo 19 de la misma en perjuicio de esta última.

²⁹⁴ Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 74; *Caso Garibaldi Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203, párr. 137. En similar sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado que una sobrecarga crónica de casos pendientes no es una justificación válida del retraso excesivo. TEDH. *Caso Probstmeier Vs. Alemania* (No. 20950/92), Sentencia de 1 de julio de 1997, párr. 64, y *Caso Samardžić y AD Plastika Vs. Serbia* (No. 28443/05), Sentencia de 17 de julio de 2007, párr. 41.

²⁹⁵ Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 75; *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de julio de 2009 Serie C No. 201, párr. 155, y *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196, párr. 115.

ser escuchados y a hacer valer sus intereses en el marco del procedimiento, como tampoco de la emisión de los informes por parte de los equipos técnicos multidisciplinarios.

c. Revisión de las medidas especiales de protección

243. Como se ha referido anteriormente, las medidas especiales de protección tienen como objetivo el restablecimiento de los derechos del niño, lo cual implica que las mismas deban concebirse para, dar satisfacción a este objetivo. Implica, además, una revisión de carácter periódico de la medida con el fin de establecer si la misma sigue siendo necesaria e idónea, debiera ser modificada o bien cesada; este plazo debe estar establecido de modo concreto en la ley, y ser breve. La revisión de la medida de protección deberá realizarse con todas las garantías procesales y ser adoptada por la autoridad competente. En el caso de que la revisión de la medida especial de protección implique mantener la separación del niño de su familia, en atención a la exigencia contenida en el artículo 9 de la CDN, deberá quedar sujeta a la revisión por la autoridad judicial competente.

244. Como sucede con las decisiones que se adoptan en relación a la guarda, cuidado y bienestar del niño, la decisión que se adopte en fase de revisión de la medida de protección también debe estar motivada. La revisión debe fundamentarse en las evaluaciones técnicas presentadas por los equipos multidisciplinarios, y la motivación debe ser objetiva, idónea y suficiente, y basarse en el interés superior del niño. Además debe escucharse la opinión del niño y la de sus progenitores, familia, y otras personas relevantes en la vida del niño, al decidir las condiciones de aplicación, mantenimiento, modificación o cese de la medida de protección.

245. La Comisión desea subrayar la importancia de la revisión de las medidas especiales de protección para dar cumplimiento con los derechos contenidos, en especial, en los artículos 19, 17.1 y 11.2 de la CADH, y V, VI y VII de la DADH; por ende el legislador, al momento de regular la revisión de las medidas especiales de protección que impliquen la separación del niño de sus progenitores, deberá considerar las debidas garantías procesales, para dar satisfacción a las exigencias derivadas del artículo 8.1 de la CADH y XXVI de la Declaración.

246. En relación a la necesidad de revisión periódica, el artículo 25 de la CDN pone un especial énfasis en que se asegure la revisión periódica de la medida de protección en relación a los niños que se encuentran en una institución residencial, debido a la necesidad de limitar su permanencia en las mismas a lo estrictamente necesario, y a fin de asegurar que se favorece de modo diligente el objetivo de la reintegración familiar cuando ello fuera posible y responda al interés del niño:

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

d. Derecho del niño a ser oído

247. La Corte y la Comisión han observado que el artículo 8.1 de la Convención Americana y XXVI de la DADH, consagran el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños, en los procesos en que se determinen sus derechos, además de establecer que “dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino”²⁹⁶. Las previsiones de los artículos 8 y XXVI, incluido el derecho a ser oído, son aplicables a los procedimientos judiciales y los procedimientos administrativos en los cuales se determinan los derechos de las personas²⁹⁷, e implica que se tomen las medidas oportunas en el marco del procedimiento para facilitar la adecuada participación del niño²⁹⁸, es decir, que el niño tenga la posibilidad efectiva de poder presentar sus opiniones de tal modo que puedan tener influencia en el contexto de la toma de la decisión. En relación a los procedimientos relativos a la guarda, cuidado y protección del niño, supone el derecho del niño a ser oído en estos procedimientos a los efectos de la determinación de la medida de protección más idónea, su revisión, modificación o cese, así como cualquier otra determinación sobre la misma.

248. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

249. El derecho de todos los niños a ser escuchados y a que sus opiniones sean debidamente tomadas en cuenta “es uno de los cuatro principios generales de la CDN, lo

²⁹⁶ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 196; *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 228, y, Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 99.

²⁹⁷ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 94 y 117. En el mismo sentido, Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 32.

²⁹⁸ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 96 y 98. CIDH. Informe No. 83/10, Caso 12.584, Fondo, Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Fornerón, Argentina, 29 de noviembre de 2010, párr. 75.

cual pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos”²⁹⁹. En opinión del Comité “[e]l artículo 12 establece como principio general que los Estados Partes deben esforzarse por lograr que la interpretación y la observancia de todos los demás derechos incluidos en la Convención estén guiados por lo que ese artículo [artículo 12 CDN] dispone”. Es más el Comité de manera expresa ha destacado la relación que existe entre la determinación de cuál sea en cada caso el interés superior del niño con el derecho del niño a ser escuchado³⁰⁰.

250. Según el Comité, el artículo 12 de la CDN implica que los Estados Partes tienen la obligación de adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias destinadas a asegurar que existan mecanismos, en el marco de los procedimientos administrativos y judiciales, para recabar de forma oportuna y adecuada las opiniones del niño sobre los asuntos que los afectan y que son objeto de análisis y decisión en el marco de estos procedimientos³⁰¹.

251. Por tanto, “[l]os Estados Partes deben garantizar el derecho a ser escuchado a todo niño *“que esté en condiciones de formarse un juicio propio”*. Estos términos no deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida de lo posible. Eso significa que los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados Partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidades para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad”³⁰². En esa misma lógica, el Comité hace hincapié en que el artículo 12 de la CDN no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados Partes que introduzcan por ley, o en la práctica, límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan³⁰³.

252. Las particularidades relacionadas con las formas de comunicación de los niños, propias de su edad, así como los requerimientos y necesidades especiales de apoyo que requieran para formarse y expresar su opinión de modo informado, no deben suponer en la práctica un impedimento u obstáculo para asegurar el derecho de los niños a ser oídos en el marco de los procedimientos de toma de decisiones. Al contrario, derivado del artículo 8.1 de la CADH en conexión con el deber especial de protección del artículo 19 de

²⁹⁹ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 2.

³⁰⁰ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 17.

³⁰¹ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 19.

³⁰² Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 20.

³⁰³ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 21.

la CADH y vinculado al artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se deducen obligaciones adicionales para los Estados en la regulación de los procedimientos a los efectos de garantizar la participación efectiva de los niños. De ese modo, deberán adaptarse las metodologías de comunicación que se vayan a utilizar a los efectos de facilitar la expresión de las opiniones de todos los niños, en particular deben atenderse los requerimientos y necesidades de aquellos niños que puedan tener mayores dificultades o barreras para expresarse, ya sea por su corta edad y las limitaciones que ello pudiera suponer en sus habilidades para verbalizar las opiniones, o por la existencia de alguna discapacidad³⁰⁴ u otro impedimento. Los aspectos lingüísticos y culturales que pudieran concurrir también deberán ser tomados en consideración al momento de establecer los medios que permitan y faciliten la expresión de la opinión del niño³⁰⁵. La Comisión entiende que en atención a la garantía del artículo 8.1 de la CADH vinculado al artículo 19 de la CADH debe proporcionarse cuando se requiera la asistencia gratuita de un intérprete así como de otro personal especializado, por ejemplo para trabajar con niños pequeños o con alguna discapacidad.

253. Los Estados deben asegurarse que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior³⁰⁶. En este sentido, los Estados deben alentar al niño a que se forme una opinión libre, sin influencias o presiones indebidas, y ofrecer un entorno adecuado en el que el niño se sienta seguro y respetado, creando las condiciones para permitirle ejercer su derecho a ser escuchado³⁰⁷. Ello exige que se informe al niño de los términos de los asuntos considerados, las opciones y las posibles decisiones que puedan adoptarse y sus consecuencias. El niño debe también estar informado sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones. El derecho a la información es fundamental porque es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño; la

³⁰⁴ Véase Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 229; Comité de Derechos del Niño, Comentario General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, 43º período de sesiones, párr. 32: “es fundamental que los niños con discapacidad sean escuchados en todos los procedimientos que los afecten y que sus opiniones se respeten de acuerdo con su capacidad en evolución”, y párr. 48: [e]n general, en el proceso de adopción de decisiones no se da un peso suficiente a los niños como interlocutores, aunque la decisión que se tome puede tener un efecto trascendental en la vida y en el futuro del niño. Por consiguiente, el Comité recomienda que los Estados partes continúen e intensifiquen sus esfuerzos por tener en cuenta las opiniones de los niños con discapacidad y faciliten su participación en todas las cuestiones que les afectan dentro del proceso de evaluación, separación y colocación fuera del hogar y durante el proceso de transición”. El Comité insiste también en que se escuche a los niños a lo largo de todo el proceso de adopción de la medida de protección, antes de tomar la decisión, cuando se aplica ésta y también ulteriormente. En el mismo sentido, los artículos 5, 12 y 13 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

³⁰⁵ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 21.

³⁰⁶ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 16.

³⁰⁷ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafos 11, 22 y 23.

información deberá ser accesible al niño y apropiada³⁰⁸. Aun así, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto³⁰⁹. Así mismo, el Comité de los Derechos del Niño y la Corte han señalado que el niño tiene derecho también a no ejercer ese derecho: “[p]ara el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación”³¹⁰. Además, los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean.

254. En relación a lo anterior, la Comisión destaca la relevancia de la debida capacitación a las autoridades administrativas y judiciales en lo relativo al derecho del niño a ser oído, así como la existencia de personal especializado que pueda prestar el apoyo necesario al niño para la adecuada comprensión de todos los aspectos derivados de su participación en el procedimiento, y de ese modo garantizar adecuadamente su derecho a ser oído.

255. El ambiente en el cual el niño sea escuchado debe ser seguro, propicio y de confianza para que el niño pueda expresar libremente su opinión y no se inhiba ni se sienta temeroso o receloso. No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles, apropiados y comprensibles para los niños. Los elementos vinculados a la solemnidad y formalidades de los procedimientos que podrían resultar intimidatorios para el niño, como las salas del tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados, el lenguaje, entre otros elementos, deberán ser tomados en consideración a los efectos de hacer el ambiente lo más conductivo posible para el ejercicio del derecho de los niños a ser oídos³¹¹.

256. Además, es importante que “los Estados partes [sean] conscientes de las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada de este derecho, especialmente en casos en que los niños sean muy pequeños o en que el niño haya sido víctima de delitos penales, abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato. Los Estados partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se ejerza el derecho a ser escuchado asegurando la plena protección del niño”³¹² y, atendiendo a las circunstancias del caso y al interés superior del niño; debe preferirse que ello ocurra en

³⁰⁸ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 25.

³⁰⁹ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 21.

³¹⁰ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 16 y Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrafo 198.

³¹¹ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 34.

³¹² Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 21.

condiciones de confidencialidad³¹³. Así, ningún niño debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria, en particular cuando se investiguen acontecimientos dañinos o que puedan causar efectos traumáticos al niño³¹⁴, y debe evitarse la revictimización³¹⁵.

257. La Corte ha considerado que si dentro del expediente existen pruebas en las que conste la voluntad del niño, no necesariamente debe realizarse una nueva audiencia en el marco de una decisión sobre un eventual recurso interpuesto contra una decisión previa³¹⁶:

Sin embargo, el hecho de que una autoridad judicial no tenga que recabar nuevamente el testimonio a un niño o niña en el marco de un proceso judicial, no la libera de la obligación de tener debidamente en cuenta y valorar, en un sentido u otro, las opiniones expresadas por la niña y el niño en las instancias inferiores, en función de la edad y capacidad del niño. De ser pertinente, la autoridad judicial respectiva debe argumentar específicamente por qué no va a tomar en cuenta la opción del niño o la niña³¹⁷.

258. El Comité por su parte ha precisado que, “[a]l exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, el artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la transcendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. (...) Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso”³¹⁸. Señala también que: “Hay que entender que la madurez hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado; a su vez, los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en

³¹³ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 43. En lo que se refiere a los niños que han sido víctimas o testigos de delitos ver “Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos”, aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su resolución 2005/20 e incluidas como Anexo III. 1. Especialmente la directriz 23 que dispone que: “[a]l prestar asistencia a niños víctimas y testigos de delitos, los profesionales deberán hacer todo lo posible por coordinar los servicios de apoyo a fin de evitar que los niños participen en un número excesivo de intervenciones”.

³¹⁴ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 24.

³¹⁵ “Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos”, aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Especialmente la directriz 23 que dispone que:

[a]l prestar asistencia a niños víctimas y testigos de delitos, los profesionales deberán hacer todo lo posible por coordinar los servicios de apoyo a fin de evitar que los niños participen en un número excesivo de intervenciones.

³¹⁶ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 205.

³¹⁷ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 206.

³¹⁸ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 29.

consideración en cada caso al valorar la opinión del niño. Cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño.³¹⁹

259. La Corte ha señalado que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal³²⁰. Consecuente con el contenido del Comentario General número 12 del Comité de los Derechos del Niño, la Corte entiende que el operador de justicia, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del niño y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del niño, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso³²¹.

260. Adicionalmente, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece no sólo el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino que el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño³²². No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso³²³. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión³²⁴. Por tanto, en el contexto de las decisiones

³¹⁹ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 30.

³²⁰ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006, 40º período de sesiones, párrafo 17. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 199.

³²¹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 102. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 199.

³²² Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 15. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 200; Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 230.

³²³ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafos 28 y 29. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 200; Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246. párr. 230.

³²⁴ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 44. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 200; *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 230.

judiciales sobre la guarda, la custodia y el cuidado del niño debe garantizarse el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar las decisiones³²⁵, lo mismo aplica en los procedimientos relativos a la adopción y aquellos referidos a la aplicación y la revisión de las medidas especiales de protección que impliquen el acogimiento del niño temporalmente bajo cuidados alternativos³²⁶.

261. La opinión del niño, su sentido, cómo fue evaluada y tomada en consideración por la autoridad para la adopción de la respectiva decisión, así como la justificación de la relación existente entre el contenido de la decisión y la opinión del niño deben quedar oportunamente documentadas³²⁷. En el caso de que el tomador de la decisión se apartara de la voluntad del niño, ello deberá quedar oportunamente motivado puesto que la opinión de los niños no puede ser descartada discrecionalmente, sin una argumentación seria y profunda³²⁸.

262. El referido derecho del niño a ser oído debe ser considerado en todas las actuaciones que se den en el marco de un procedimiento de protección especial, es decir, tanto en la determinación de la aplicación de una medida especial de protección, el contenido de la misma, su revisión, modificación y cese.

263. Dentro de las garantías procesales contempladas en el artículo 8.1 de la CADH, la Comisión y la Corte han establecido la obligación de garantizar la participación en el procedimiento de los progenitores así como del propio niño, quienes podrían ver afectado su derecho a la vida familiar, así como de otros familiares y personas con un

³²⁵ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafos 28 y 29. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 200; *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 230.

³²⁶ Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño sobre la temática de los Niños sin cuidados parentales, 2005, Reporte de la 40 Sesión del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/153, párrafos 663 y 664.

³²⁷ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 208.

³²⁸ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 206, ver también párr. 207 y la opinión del perito que es citada en la decisión de la Corte: “[Existe la] obligación [de las autoridades estatales] de considerar su opinión dentro de la deliberación que conduce a una decisión que afecta a los niños. [...] Los adultos que son responsable de la decisión no deben decidir arbitrariamente cuando el niño dice algo relevante para la decisión. [...] Si los niños son lo suficientemente desarrollados en sus opiniones y visiones, ellas deberían prevalecer respecto a asuntos que los afectan, salvo razones muy calificadas en contra. Esto quiere decir que si las opiniones de los niños aparecen fundadas, precisas, con suficiente conocimiento de los hechos y consecuencias que implican, deben *prima facie* prevalecer sobre otras argumentaciones para determinar la decisión que afectará al niño en cuanto a los hechos y estados que se refieran a él mismo. Este primado viene exigido por el principio del interés superior del niño del artículo 3 de la [Convención sobre los Derechos del Niño]. Lo anterior no quiere decir que siempre van a coincidir la determinación del interés superior del niño en el caso concreto con las opiniones del niño, aún cuando el niño tenga la edad y madurez para formarse su juicio propio [...] El juez o el responsable del procedimiento deben evaluar razonablemente el peso de las opiniones del niño, en relación a sus consecuencias para el conjunto de sus derechos fundamentales, así como en relación al nivel de madurez del niño, pero esta valoración [...] exige una carga argumentativa superior a la decisión que se aleja de la opinión del niño”.

vínculo directo con el niño que puedan ayudar a la autoridad competente a discernir las medidas más adecuadas e idóneas para el bienestar y el interés superior del niño³²⁹. Así, el derecho de los padres a ser escuchados y participar en el procedimiento debe estar oportunamente garantizado.

264. La Comisión ha recabado información en cuanto al cumplimiento del derecho del niño a ser oído en el marco de los procesos en los cuales se adoptan medidas especiales de protección relativas a la guarda y cuidado que permite sostener que hace falta un mayor esfuerzo para garantizar el derecho del niño a ser oído en procedimientos de esta naturaleza. Al respecto, la Comisión observa que la legislación de la mayoría de los Estados de la región reconoce formalmente el derecho del niño a ser escuchado. Pero, si bien la Comisión celebra este reconocimiento normativo, también ha identificado que algunas regulaciones son restrictivas con el derecho a ser oído de los niños, por ejemplo a través de la fijación de una edad mínima para ello³³⁰. A la Comisión también le preocupa que si bien existen previsiones legales expresas, algunas investigaciones constatan que en el marco de los procedimientos para la adopción de decisiones respecto de los niños, existen porcentajes muy importantes de casos en los que se incumple con lo establecido normativamente³³¹. Asimismo, la Comisión observa que es muy limitada la información sobre el cumplimiento del derecho a ser escuchado de los niños con discapacidad. La ausencia de información podría estar dando cuenta, tal como ha expresado el Comité de los Derechos del Niño, de que a menudo no se escucha a los niños con discapacidad en los procedimientos administrativos y judiciales que les afectan³³². En resumen, en base a la información aportada, la Comisión nota que este derecho no está garantizado adecuadamente en la práctica e insta a los Estados a que redoblen sus esfuerzos en este sentido.

e. Derecho a la representación legal y la asistencia letrada

265. La Corte Interamericana ha realizado algunas consideraciones en lo relacionado a facilitar el acceso efectivo a la justicia para los niños, así como para otras personas que se encuentren en una especial condición de vulnerabilidad en el ejercicio de sus derechos. Al respecto, la Corte entiende que los Estados Partes deberán asegurar que

³²⁹ En el mismo sentido el artículo 9.2 del CDN que en relación a los procedimientos en los cuales se trate la separación del niño de sus progenitores establece que: “En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones”. Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño sobre la temática de los Niños sin cuidados parentales, 2005, Reporte de la 40 Sesión del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/153, párrafos 663 y 664.

³³⁰ Como es el caso de lo informado por Granada en su respuesta al cuestionario en relación a la opinión de los niños es recabada y tenida en cuenta a partir de los 12 años de edad.

³³¹ Defensoría del Pueblo del Estado de Perú, Informe Defensorial No. 153, Niños, niñas y adolescentes en abandono: aportes para un nuevo modelo de atención, Lima. 2011. Ver también Observatorio del Sistema Judicial, La protección judicial de derechos. Realidad, perspectivas y cambios en el marco de la aplicación del Código de la Niñez y la Adolescencia en Maldonado, Montevideo, Paysandú y Salto, Fundación Justicia y Derecho, Montevideo, 2010.

³³² Comité de Derechos del Niño, Comentario General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, 43º período de sesiones, párrafo 48.

los niños tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás personas, incluso mediante ajustes de procedimiento adecuados a la edad, para facilitar el acceso y la participación de los niños en los procedimientos³³³. Adicionalmente, la Corte ha establecido que es relevante la participación de instancias y organismos estatales que puedan coadyuvar en los procesos administrativos o judiciales con el fin de garantizar la efectiva protección y defensa de los derechos de dichas personas³³⁴.

266. En cuanto a la representación de los intereses propios de cada niño en el marco de un determinado procedimiento administrativo o judicial, la Corte ha realizado varias precisiones al respecto: i) los niños ejercen sus derechos autónomamente de modo progresivo conforme desarrollan un mayor nivel de autonomía personal y madurez³³⁵, ii) los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean en función de su edad y madurez³³⁶, iii) en determinados procedimientos, en función de su objeto, la posición de la madre y/o el padre no necesariamente representan los intereses del niño³³⁷ y por tanto es necesario que el Estado garantice que los intereses del niño sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto³³⁸, y iv) el derecho del niño a una asistencia letrada idónea durante todo el proceso en el que se decida sobre sus derechos³³⁹.

267. La Comisión considera que la legislación debe prever las garantías necesarias para la adecuada representación y defensa legal del niño a fin de dar adecuada satisfacción al artículo 8.1 de la CADH. Lo anterior se hace particularmente relevante en procesos como los referidos, en los cuales se disponen medidas de protección que implican la separación del niño de su familia y la sujeción a formas de cuidado alternativo, que implican el ejercicio del poder público y la afectación a derechos fundamentales.

268. La Comisión nota que de acuerdo con en muchas de las legislaciones del continente, las personas menores de 18 años no emancipadas son representadas, en principio, por sus padres, tutores u otro tipo de representantes legales, y en algunos casos por el Ministerio Público u otro tipo de organismos. Así mismo, es preciso señalar que la CDN reconoce, en su artículo 5, el derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismo, en

³³³ Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 241.

³³⁴ Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 241.

³³⁵ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 68.

³³⁶ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 199.

³³⁷ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 67.

³³⁸ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 199.

³³⁹ *Mutatis mutandi* Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párrs. 234 a 243.

forma progresiva, de acuerdo con la “evolución de sus facultades”. Estas consideraciones hacen preferible la participación directa de los niños, salvo que ello no fuera conveniente en algunas situaciones excepcionales en atención su interés superior.

269. La Corte reitera que si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños y las niñas el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías³⁴⁰. El tipo de medidas específicas son determinadas por cada Estado Parte y pueden incluir, según sea el caso, una representación directa o coadyuvante³⁴¹ del niño con el fin de reforzar la garantía del principio del interés superior del niño y el ejercicio efectivo de sus derechos materiales y procesales. En términos generales, la Corte ha considerado que frente a situaciones de vulnerabilidad de determinadas personas, se requerirá que la persona cuente con la asesoría o intervención de un funcionario público que pueda ayudar a garantizar que sus derechos sean efectivamente protegidos³⁴².

270. En esta temática el Comité de los Derechos del Niño “apremia a los Estados Partes a que establezcan disposiciones para que los niños, en todos los procesos legales, sean representados independientemente por alguien que actúe en interés del niño, y a que se escuche a los niños en todos los casos en los que sean capaces de expresar sus opiniones o preferencias”³⁴³.

271. La Comisión observa que los niños deben tener derecho a su propio asesoramiento legal y a la representación en su propio nombre, especialmente en los procedimientos donde haya, o pueda haber, un conflicto de intereses entre el niño y su padre y/o madre u otras partes implicadas³⁴⁴. En los casos en que haya conflicto de

³⁴⁰ Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 242; Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 98.

³⁴¹ Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 242, y, *mutatis mutandi*, Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 199. Ver también las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, aprobadas en desarrollo a los principios recogidos en la “Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano” (Cancún, 2002).

³⁴² Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 242.

³⁴³ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006, 40º período de sesiones, párr. 13 a).

³⁴⁴ En el mismo sentido las Directrices del Consejo de Europa sobre Justicia Adaptada a los Niños, adoptadas por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010 en el 1098º encuentro de los ministros. Versión editada de 31 de mayo de 2011, directriz 37. Disponibles como Anexo en el documento Infancia y Justicia: Una Cuestión de Derechos, los niños y las niñas ante la administración de justicia en España, Save the Children, Noviembre de 2012, pág. 135 http://plataformadeinfancia.org/system/files/informe_infancia_y_justicia.pdf. Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), aprobada por el Comité de los Derechos del Niño en su 62 período de sesiones, párrafos 90 y 96.

intereses entre un niño y su padre y/o madre, la autoridad competente debe nombrar un “*tutor ad litem*” u otro representante independiente para defender los puntos de vista e intereses del niño en el procedimiento³⁴⁵. La Comisión destaca además la importancia que los niños tengan acceso a asesoría jurídica de calidad, especializada y gratuita en los procedimientos a los cuales se acaba de hacer referencia con el fin de garantizar efectivamente sus derechos materiales y procesales³⁴⁶, tomando en consideración que se están afectando derechos fundamentales. En la medida que la edad y la madurez del niño lo permitan, la representación del niño que se realice en el marco de un procedimiento que afecte a sus derechos, deberá llevarse a cabo por sus representantes siguiendo la voluntad del niño³⁴⁷.

272. Adicionalmente, los Estados deberán adoptar las provisiones que sean oportunas para promover que los abogados que representen “*ad litem*” a los niños y les prestan asesoría legal tengan formación específica y conocimientos sobre los derechos de la niñez, además de recibir capacitación continuada que, entre otras cosas, les habilite para comunicarse adecuadamente con niños con diferentes niveles de comprensión³⁴⁸. Los abogados deberían proporcionar al niño toda la información y explicaciones necesarias respecto al procedimiento, las posibles consecuencias que se puedan derivar del mismo, así como del resultado que puedan tener sus puntos de vista y opiniones en los mismos³⁴⁹.

273. De la información recabada, la Comisión observa que varios países de la región toman en consideración estas garantías procesales en sus legislaciones, por ejemplo, en Venezuela la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA) prevé expresamente la existencia de un servicio de defensa letrada específicamente para niños, niñas y adolescentes. También el Estado de Bolivia en su

³⁴⁵ En el mismo sentido las Directrices del Consejo de Europa sobre Justicia Adaptada a los Niños, adoptadas por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010 en el 1098º encuentro de los ministros. Versión editada de 31 de mayo de 2011, directriz 42. Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párrs. 90 y 96.

³⁴⁶ En el mismo sentido las Directrices del Consejo de Europa sobre Justicia Adaptada a los Niños, adoptadas por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010 en el 1098º encuentro de los ministros. Versión editada de 31 de mayo de 2011, directriz 38. Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párrafos 90 y 96.

³⁴⁷ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General número 12, Doc. CRC/C/GC/12 20 de julio de 2009 párrafos 36 y 37. En el párrafo 37 el Comité expresa que el representante deberá ser consciente de que representa exclusivamente los intereses del niño y no los intereses de otras personas recomendando la elaboración de códigos de conducta destinados a los representantes que sean designados para representar las opiniones de los niños. Comentario General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párrafos 90 y 96.

³⁴⁸ En el mismo sentido las Directrices del Consejo de Europa sobre Justicia Adaptada a los Niños, adoptadas por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010 en el 1098º encuentro de los ministros. Versión editada de 31 de mayo de 2011, directriz 39.

³⁴⁹ En el mismo sentido las Directrices del Consejo de Europa sobre Justicia Adaptada a los Niños, adoptadas por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010 en el 1098º encuentro de los ministros. Versión editada de 31 de mayo de 2011, directrices 40 y 41.

respuesta al cuestionario refiere a la asistencia legal gratuita para los niños³⁵⁰. De manera similar, la Comisión ha tomado conocimiento que en Argentina el artículo 27 de la Ley No. 26.061 reconoce el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser asistido por un letrado, preferentemente especializado en niñez y adolescencia, desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya, estableciendo que en caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine. Sin embargo, la CIDH ha visto que en la práctica muchas veces hay deficiencias en el acceso a una defensa, así como a una defensa de calidad.

274. Pero no todos los Estados prevén en forma clara la defensa técnica de los niños, niñas y adolescentes en el marco de los procesos de protección conforme a los estándares señalados por la Comisión. En Colombia por ejemplo, también según la respuesta al cuestionario, se responde que la asistencia letrada puede ser realizada por el equipo técnico interdisciplinario de la institución que lo acoge y realiza el proceso de atención de acuerdo a la especialidad requerida. En ese sentido, la Comisión estima que debe garantizársele al niño un servicio de asesoría y defensa legal que sea imparcial, y no vinculado a la institución residencial.

275. A la luz de lo anterior, la Comisión recomienda a los Estados que a los efectos de asegurar el derecho a la representación y a la defensa legal de los niños en el marco de los procesos de protección, que regule la participación de los defensores en los procedimientos y asegure la disponibilidad del servicio de defensa pública especializada y gratuita en todo su territorio, así como establecer los estándares de calidad del servicio.

276. Asimismo, en atención a la afectación a derechos fundamentales en este tipo de procedimientos y al impacto en términos de gravedad e irreversibilidad de las posibles afectaciones a los mismos, y en aras de proporcionar una adecuada protección a los intereses del niño, la Comisión recomienda a los Estados que aseguren el acceso a una asistencia jurídica gratuita, especializada y de calidad para los padres y los familiares que deseen hacerse cargo del niño, y que lo requiriesen por su condición socio-económica, en el marco de los procedimientos relativos a la aplicación de una medida especial de protección, así como en los procedimientos de revisión de la misma³⁵¹. La Comisión entiende que el que se disponga o no de asistencia letrada determina con frecuencia que una persona pueda tener o no acceso y una participación real en las actuaciones procesales. Las limitaciones que pueden enfrentar determinadas personas para acceder a una asesoría jurídica y defensa legal de calidad debido a sus condiciones socio-económicas o personales supone, en la práctica, una barrera al acceso a la justicia y al derecho a la protección judicial en condiciones de igualdad para estas personas, y por tanto a la defensa de sus derechos³⁵².

³⁵⁰ En el caso de Bolivia ver Ley No. 2026 de 27 de octubre de 1999, artículos 196 y 216.

³⁵¹ En el mismo sentido se expresan las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 47.

³⁵² Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Comentario General No. 32. "Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia" CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, 90º período de sesiones, párr. 10: "El que se disponga o no de asistencia letrada determina con frecuencia que una persona pueda tener o no tener acceso a las actuaciones judiciales pertinentes o participar en

Continúa...

277. En particular, a lo largo de la elaboración del presente informe, la Comisión ha observado que las familias que se ven inmersas en procedimientos sobre la guarda y el cuidado del niño por motivos de protección, en un considerable número, son familias las cuales sus integrantes se encuentran en condiciones de especial vulnerabilidad que dificultan el ejercicio pleno de todos sus derechos. Condiciones como la pobreza o situaciones personales como la discapacidad, o pertenecer a grupos tradicionalmente excluidos o discriminados, son aspectos que la Comisión ha hallado se encuentran presentes en un relevante porcentaje de casos en los cuales los niños son separados de sus familias.

278. Tal y como se ha referido anteriormente, la Corte y la Comisión han reconocido la obligación que se deriva para los Estados de adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias para garantizar el efectivo acceso a la justicia y el derecho a la protección judicial en igualdad de condiciones para todas las personas³⁵³. Ambos órganos del sistema interamericano han reconocido además que existen personas en condiciones de vulnerabilidad que requieren de medidas especiales con el fin de garantizar la posibilidad de una efectiva defensa de sus derechos ante las autoridades administrativas y judiciales³⁵⁴.

279. En adición, las condiciones especiales en las que se encuentran estas personas hace que pueda ser necesario no solo proveer de asistencia jurídica y defensa legal para garantizar sus derechos materiales y procesales, sino que se requiere de otro tipo de asistencia técnica adaptada a sus necesidades que facilite la efectiva y real comprensión y participación de la persona en los procedimientos³⁵⁵; ello puede consistir,

...continuación

ellas de un modo válido. Si bien en el apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 se aborda explícitamente la garantía de la asistencia letrada en el proceso penal, se alienta a los Estados a proporcionar asistencia letrada gratuita también en otros casos, cuando las personas carezcan de medios suficientes para pagarla. En algunos casos, pueden estar incluso obligados a hacerlo”.

³⁵³ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 95, 96 y 98. CIDH. Informe No. 83/10, Caso 12.584, Fondo, Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Fornerón, Argentina, 29 de noviembre de 2010, párr. 75, Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párrs. 196, 241 y 242

³⁵⁴ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 95, 96 y 98. CIDH. Informe No. 83/10, Caso 12.584, Fondo, Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Fornerón, Argentina, 29 de noviembre de 2010, párr. 75. Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párrs. 196, 241 y 242.

³⁵⁵ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 95, 96 y 98. CIDH. Informe No. 83/10, Caso 12.584, Fondo, Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Fornerón, Argentina, 29 de noviembre de 2010, párr. 75; Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 196 y 241. En este sentido se puede ver también la Convención de Naciones Unidas sobre Personas con Discapacidad que contiene un artículo específico sobre los alcances del derecho al acceso a la justicia en el que se indica que los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, ver artículo 13 de la CDPD.

por ejemplo, en un traductor, un intérprete para el lenguaje de signos, un psicólogo, o un trabajador social, entre otros, que puedan ayudar a la persona a comprender de modo adecuado su participación en un procedimiento y las implicancias y las consecuencias que el mismo puede tener para ella y sus derechos.

280. En el mismo sentido de lo referido, en el ámbito de la Organización de Estados Americanos, la Asamblea General de la OEA ha reconocido la relevancia destacada de garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, tomando en particular consideración las condiciones de vulnerabilidad en que se encuentran algunas personas en el ejercicio de sus derechos. Al respecto, la Asamblea General ha aprobado las resoluciones en materia de garantía al acceso a la justicia: “Garantías para el acceso a la justicia. El rol de los Defensores Públicos Oficiales”³⁵⁶, y “Defensa pública oficial como garantía de acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad”³⁵⁷. Ambas resoluciones de la Asamblea General de la OEA enfatizan el acceso a la justicia de conformidad con la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además de todas las disposiciones aplicables del derecho internacional de los derechos humanos. Adicionalmente, en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Brasilia del 4 al 6 de marzo del 2008, se aprobaron las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, destinadas a garantizar el acceso efectivo a la justicia para estas personas, sin discriminación alguna, en particular a través de garantizar una adecuada asistencia técnico-jurídica, de calidad y gratuita. Las referidas “Reglas de Brasilia” fueron aprobadas en desarrollo a los principios recogidos en la “Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano” (Cancún, 2002).

V. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR

A. Familia ampliada o extendida y familias de acogida

281. En atención a los diversos derechos involucrados, al interés superior del niño y a los principios aplicables a esta temática, se deberá considerar como prioridad la adopción de aquellas medidas especiales de protección que no impliquen la separación del niño de sus progenitores sino una intervención que permita atender adecuadamente las necesidades de protección del niño manteniéndolo bajo el cuidado de su familia. En aras al cumplimiento del objetivo de preservación y restitución de derechos, en el marco de la misma medida de protección, se deberán determinar y aplicar diversas acciones de apoyo y fortalecimiento a la familia con el fin de remover las causas que motivaron esa situación.

³⁵⁶ Resolución de la Asamblea General de la OEA AG/RES 2656 (XLI-O/11), “Garantías para el acceso a la justicia. El rol de los Defensores Públicos Oficiales”, aprobada en el cuadragésimo primer período ordinario de sesiones de la Asamblea General, celebrada el 7 de junio de 2011; y, AG/RES. 2714 (XLII-O/12), “Defensa pública oficial como garantía de acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad”, aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012).

³⁵⁷ Resolución AG/RES. 2714 (XLII-O/12), “Defensa pública oficial como garantía de acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad”, aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012.

En consecuencia, el contenido concreto de la medida debería adaptarse a las circunstancias particulares que enfrenten la familia y el niño, pudiendo consistir, entre otros, en: i) un apoyo, orientación y seguimiento a la familia de parte de profesionales expertos en atención familiar; ii) la asistencia material directa u otro tipo de prestaciones, asignaciones o beneficios a la familia para fortalecer sus condiciones de vida y el goce de los derechos del niño; y, iii) el acceso a programas y servicios sociales o de otra índole adecuados e idóneos para reforzar las habilidades y capacidades de la familia para la protección, el cuidado y la crianza del niño, sin necesidad de separarlo de la misma.

282. Los Estados deberán contemplar también aquellos casos en que los padres no pudieran, aún con el apoyo recibido, hacerse cargo efectivamente de sus hijos, no quisieran hacerlo, o bien no estuviera en el interés del niño y, por tanto, hayan de adoptarse medidas especiales de protección que impliquen la separación temporal del niño de su núcleo familiar. En estos casos, y en la medida de lo posible, se buscará ubicar al niño bajo el cuidado de su familia extensa o ampliada. Sólo en caso que la familia ampliada no estuviera en condiciones de hacerse cargo del niño, no quisiera hacerlo, o fuera contrario a sus intereses, se procederá a ubicar al niño bajo el cuidado y la guarda de una familia acogedora³⁵⁸. Cabe resaltar que el mantenimiento del cuidado y guarda del niño dentro de su propia familia ampliada es particularmente respetuoso del derecho a la familia y a la identidad del niño, y facilita el restablecimiento futuro del niño a la vida familiar con sus progenitores, fin al que están orientadas las medidas especiales de protección de carácter temporal.

283. En los supuestos en que sea la familia extendida la que asuma el cuidado del niño, puede requerirse que desde los servicios sociales pertinentes se preste un apoyo directo a los miembros de la familia que se hacen cargo del niño. Lo anterior con el objetivo de garantizar que el nuevo entorno estará en condiciones de proporcionar al niño la protección y el cuidado que éste requiere. Estas medidas de apoyo a la familia extendida son similares a aquellas que se prestarían a los progenitores para ayudarles a cumplir con sus funciones parentales. Esta modalidad de medida especial de protección debe llevar aparejado adicionalmente un apoyo y acompañamiento a los progenitores con el objetivo de mejorar las condiciones del núcleo familiar y, por ende, las posibilidades de reintegración del niño al mismo y al cuidado de sus padres.

284. Así mismo, los Estados deben regular otras modalidades de medidas especiales de protección, con carácter temporal, para aquellos casos en los cuales ni los progenitores ni la familia extendida del niño pudieran asumir su cuidado o esto no fuera acorde con su interés superior. Con el fin de dar una respuesta adecuada a las necesidades inmediatas de protección y cuidado del niño, una de las modalidades de medidas especiales de protección es el acogimiento temporal del niño en una familia acogedora mientras se superan las condiciones y circunstancias que dieron lugar a la situación de

³⁵⁸ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 14: “La separación del niño de su propia familia debería considerarse como medida de último recurso (...)”.

desprotección, o bien se identifican medidas de protección de carácter permanente de no ser posible la reintegración a su núcleo familiar³⁵⁹.

285. La CIDH, de acuerdo con lo establecido en las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, señala algunos criterios a tomar en consideración al momento de definir la modalidad de la medida de protección. En ese sentido, la CIDH reitera el papel fundamental del interés superior del niño como criterio básico para la determinación y aplicación de las medidas especiales de protección. Además, subraya la importancia de evitar el desarraigo del entorno familiar, social y educativo, lo cual impone la necesidad de hacer efectiva la medida de protección en un lugar cercano al entorno del niño, y de realizarse todos los esfuerzos posibles para mantener los vínculos familiares, incluido el mantenimiento de los hermanos unidos al aplicar una medida de protección que afecte a todos ellos. Se destaca además la importancia de asegurar la continuidad y la estabilidad de la medida de protección que suponga un acogimiento alternativo, ya sea en la familia ampliada o la familia acogedora, mientras la medida especial de protección dure; los cambios frecuentes del entorno de acogimiento son perjudiciales para el desarrollo del niño y su aptitud para crear vínculos, y por tanto deberían evitarse³⁶⁰. Así, la directriz 12 establece:

Las decisiones relativas a los niños en acogimiento alternativo, incluidos aquellos en acogimiento informal, deberían tener en cuenta la importancia de garantizar a los niños un hogar estable y de satisfacer su necesidad básica de un vínculo continuo y seguro con sus acogedores, siendo generalmente la permanencia un objetivo esencial.

286. La cercanía al entorno habitual del niño, el mantenimiento de los vínculos con sus progenitores y la familia extensa, su comunidad, así como la importancia de tomar en consideración la identidad cultural y religiosa del niño, es destacado por el propio Comité de los Derechos del Niño, y debe ser observado en el momento de tomar decisiones relativas a la separación del niño de sus progenitores:

Los niños se sienten mejor en su propio entorno y esto debe ser tenido en cuenta cuando se colocan fuera de su ambiente familiar. La premisa básica es que los niños deben mantenerse en sus comunidades distintivas. Por ejemplo, las comunidades indígenas a menudo tienen un

³⁵⁹ Este informe no tiene como objetivo analizar las modalidades de medidas especiales de protección que suponen el acogimiento de un niño en una familia de acogida, sino que se centra en aquellas medidas que implican el ingreso del niño en centros residenciales de acogida. Sin embargo, las obligaciones que se derivan para los Estados, en particular en términos de regulación, control y supervisión, incluida la fijación de estándares mínimos, subsisten también para el caso de las familias de acogida.

Ver la directriz 14 de las Directrices de Riad, la cual establece que: “[c]uando 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”.

³⁶⁰ Ver las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 60.

sistema familiar muy cercano y el sistema de protección infantil debe tener en cuenta tanto la cultura indígena, los valores y el derecho del niño a la identidad indígena. La importancia del nivel local y las autoridades locales no deben dejarse de lado en la protección básica de los niños³⁶¹.

287. Algunas particularidades se presentan en lo relativo a las decisiones que se tomen para garantizar los derechos y el bienestar de los hermanos que hayan quedado huérfanos o bien sin la protección y el cuidado de ambos progenitores. Ante estas situaciones, y en aplicación de los artículos 17.1 y 11.2 de la CADH, en conjunción con el artículo 19 CADH, y la consideración preeminente al interés superior de los niños que se encuentran en esta situación, debe preverse y apoyarse que los hermanos tengan la posibilidad, si es ese su deseo, de mantener el núcleo familiar y la vida en familia, aún con la ausencia de sus progenitores. En este tipo de casos, la modalidad de la medida especial de protección puede consistir en el mantenimiento del núcleo familiar existente, integrado por los hermanos, acompañándose del apoyo de profesionales especializados y los servicios sociales adecuados para garantizar su bienestar, en caso que los hermanos decidan permanecer en el hogar. Esta medida implicaría además el nombramiento de un tutor legal que responda por el bienestar de los niños y defienda sus derechos e intereses. La Comisión recuerda que las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños en su directriz 37 también han establecido, en un sentido similar, que:

[l]os hermanos que hayan perdido a sus padres o cuidadores y hayan optado por permanecer juntos en el hogar familiar deberían poder disponer de apoyo y servicios, en la medida en que el hermano mayor sea considerado capaz de actuar como cabeza de familia y esté dispuesto a ello. Los Estados deberían velar, en particular mediante el nombramiento de un tutor legal, un adulto reconocido responsable o, cuando proceda, una entidad pública legalmente habilitada para ejercer la tutela, [...] porque tales hogares gocen de una protección preceptiva contra todas las formas de explotación y abuso y de la supervisión y apoyo por parte de la comunidad local y sus servicios competentes, como los trabajadores sociales, con especial hincapié en los derechos del niño a la salud, la vivienda y la educación y sus derechos de sucesión. Habría que prestar especial atención a que ese cabeza de familia conservará todos los derechos inherentes a su condición de niño, comprendido el acceso a la educación y el esparcimiento, además de sus derechos como cabeza de familia.

³⁶¹ Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño sobre la temática de los Niños sin cuidados parentales, 2005, Reporte de la 40 Sesión del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/153, párr. 673. Ver también Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 11, Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, CRC/C/GC/11 de 12 de febrero de 2009, 50º período de sesiones, párrafos 46 a 48.

B. El acogimiento pre-adoptivo

288. Tal y como se ha expuesto en los párrafos antecedentes, el diseño normativo de las medidas de protección y su aplicación suponen que se orienten al restablecimiento de derechos y de los vínculos familiares con los progenitores y la familia biológica, una vez superada la situación de desprotección que dio lugar a la medida. Por consiguiente, es importante distinguir este tipo de medidas de otras figuras como el acogimiento pre-adoptivo, cuyo objetivo difiere al de las medidas de protección de carácter temporal. El acogimiento pre-adoptivo, regulado por los ordenamientos jurídicos como una fase dentro del procedimiento de adopción, supone la vinculación del niño, respecto del cual ya se ha declarado la condición de adoptabilidad, con su futura familia adoptiva seleccionada por las autoridades competentes, como requisito previo a la correspondiente formalización legal de la adopción. El objetivo de la figura del acogimiento pre-adoptivo es posibilitar un periodo de adaptación del niño a su nuevo entorno y determinar la idoneidad de la familia para convertirse en la familia adoptiva del niño, todo ello con anterioridad a que se declare de modo definitivo la adopción. La norma debe ser clara en diferenciar las medidas especiales de protección de carácter temporal que supongan la separación transitoria del niño de su familia de otras figuras, en particular del acogimiento pre-adoptivo, u otras similares. Ello es particularmente relevante en cuanto a garantizar que la aplicación de la medida de protección y sus contenidos cumplirán idóneamente y a cabalidad sus objetivos, y que todos los esfuerzos serán conductivos al restablecimiento del derecho del niño a reintegrarse a su familia de origen.

289. La consideración al interés superior del niño puede justificar que la norma permita excepcionalmente que la familia acogedora pueda solicitar la adopción del niño, siempre que se cumplan estrictamente con todas las garantías establecidas para proteger los derechos del niño y de los progenitores. En algunos ordenamientos jurídicos de la región se permite que la familia acogedora, en el marco de una medida especial de protección de carácter temporal, pueda posteriormente manifestar su interés en la adopción del niño que haya tenido bajo su cuidado. La Comisión destaca la necesidad que la norma defina y regule claramente las distintas figuras jurídicas, los derechos que protegen, sus objetivos, y los principios que deben regir su aplicación. La contradicción de objetivos y la contraposición de intereses de los diversos sujetos involucrados en las medidas de protección especial y en la figura del acogimiento pre-adoptivo debe ser especialmente considerado por los Estados Miembros en el momento de proceder a la regulación de ambas figuras. La Comisión subraya que la norma debe prever las debidas garantías para asegurar que los derechos de los progenitores biológicos y del niño no serán vulnerados en el caso que la norma permita de forma excepcional esta posibilidad. En ese sentido, la regulación del acogimiento pre-adoptivo no debe constituir una posibilidad que sea utilizada para obviar la legislación aplicable relativa a la adopción y todas las garantías previstas legalmente.

290. Vinculado a lo anterior, es de destacar que el Comité ha expresado con frecuencia su preocupación sobre las evidencias existentes de casos relacionados con la venta y la trata, con diferentes propósitos, de niños que no cuentan con una familia o bien están separados de ella. Por lo que respecta a los niños pertenecientes a los grupos de

edad más jóvenes, estos propósitos pueden ser la adopción³⁶². Sin que sea éste el espacio para entrar a analizar los fenómenos de la venta y la trata de niños, es importante evidenciar las diversas vulneraciones a los derechos de los niños que pueden eventualmente derivarse de contextos en los cuales existen las debilidades en las respuestas que el sistema nacional de protección de derechos ofrece a efectos de prestar el adecuado apoyo a las familias, y la presencia de falencias en la regulación, implementación y supervisión de las medidas especiales de protección, y en la figura de la adopción. La Comisión coincide con el Comité de los Derechos del Niño en señalar la importancia de que los Estados ratifiquen e implementen a nivel interno el “Protocolo Facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía”, el “Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, y el “Convenio de La Haya sobre la Protección de los Niños y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional de 1993”, los cuales ofrecen un marco para prevenir las violaciones a los derechos de los niños³⁶³.

C. El acogimiento informal

291. Finalmente, cabe mencionar que existen situaciones de acogimiento informal en las cuales los niños viven sin sus progenitores sin que haya mediado el conocimiento y la intervención de la autoridad pública. Si bien el análisis en profundidad del acogimiento informal escapa al objeto de este informe, es relevante realizar algunas breves reflexiones al respecto puesto que la Comisión identifica la existencia de un considerable número de niños en la región que no cuentan con los cuidados de sus progenitores y que son acogidos informalmente por familiares u otras personas. Las necesidades de protección de este grupo de niños pueden ser muy similares a los niños que se ven protegidos por una medida especial de protección que ha sido adoptada y es supervisada por las autoridades públicas competentes.

292. El acogimiento informal supone un arreglo particular a iniciativa de los progenitores, del propio niño, de sus familiares u otra persona, por el cual el niño pasa a estar bajo el cuidado y la crianza de una tercera persona sin que exista conocimiento de ello o intervención por parte de las autoridades públicas. Los motivos que originan el acogimiento informal y sus circunstancias pueden ser muy diversos y variados³⁶⁴. Los

³⁶² Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006, 40º período de sesiones, párrafo 36.

³⁶³ Estos instrumentos internacionales contribuyen a avanzar en el cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones contenidas en particular en los artículos 35 y 36 de la CDN y otros que les son concordantes.

El artículo 35 de la CDN establece que: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”.

El artículo 36 de la CDN establece que: “Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar”.

³⁶⁴ Para una definición ver, Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 29. b) i).

estudios muestran que los motivos pueden ser; i) el fallecimiento de ambos progenitores, en particular se identifican casos de este tipo en el contexto de los efectos del VIH-SIDA; ii) la ausencia de ambos progenitores, por ejemplo en contextos migratorios; iii) la existencia de limitaciones materiales de parte de los progenitores para poder prestar los cuidados básicos al niño; iv) se han identificado también otros motivos como el objetivo de facilitar el acceso a la educación del niño, así como arreglos que involucran el mantenimiento del niño y la cobertura de sus necesidades a cambio del desarrollo de actividades domésticas u otros trabajos por parte del niño, arreglos éstos últimos más cercanos a formas de sobrevivencia de las familias o como una forma de generación de oportunidades. Las personas que se hacen cargo del niño pueden ser familiares con un vínculo directo con el niño, como los abuelos, o bien personas u otras familias que no necesariamente tienen una relación de parentesco o un vínculo directo y previo con el niño y su familia. Algunas fórmulas de acogimiento informal no están exentas de riesgos para los derechos del niño.

293. La realidad evidencia que pueden darse situaciones y contextos distintos y muy variados en los cuales los niños viven y son criados por personas distintas a sus progenitores. Desde situaciones en las cuales los abuelos u otros familiares cercanos se responsabilizan por el cuidado y la crianza de los niños ante la ausencia o limitaciones de los padres, hasta situaciones en las cuales los padres entregan a sus hijos al cuidado de otra familia con el objetivo de facilitar el acceso a la educación y otras oportunidades para sus hijos, a menudo en una ubicación alejada del lugar de residencia de los progenitores. Estas situaciones vienen además condicionadas por prácticas sociales o culturales que pueden determinar una mayor aceptación social de ciertos modelos o arreglos relacionados con la crianza de los hijos³⁶⁵.

294. En algunas de estas situaciones pueden existir necesidades de apoyo o asistencia a las personas que asumen de hecho, o de modo informal, el cuidado y la crianza del niño, similares a aquellas que se adoptarían en el caso de mediar la aplicación de una medida especial de protección por parte del Estado; por ejemplo, en el caso de los abuelos que asumen la crianza de los nietos ante la ausencia, fallecimiento o cualquier otra circunstancia que suponga la carencia de los cuidados parentales. La situación de pobreza o las limitaciones materiales e incluso físicas de los abuelos para cuidar adecuadamente a sus nietos podrían ameritar una intervención de protección tendiente a asegurar el bienestar y el interés superior del niño y, en consecuencia, motivar la prestación de apoyo y asistencia a los abuelos en el cuidado de los niños.

295. Por otro lado, algunos de estos arreglos pueden llegar a suponer un riesgo o una violación a los derechos del niño, e inclusive en determinadas circunstancias, constituirse en una forma de explotación, y hasta una forma de servidumbre moderna. A la Comisión le preocupa la explotación a la que pueden verse expuestos estos niños cuando

³⁶⁵ Véase “Children in informal alternative care”, Jini L. Roby. UNICEF, Child Protection Section, New York, 2011. Una de las propuestas que presenta el estudio es que el Estado incentive la formalización de estos arreglos privados, con el fin de poder tener una identificación de los mismos que permita un seguimiento y la adopción de medidas especiales de protección en caso de ser necesario, teniendo en todo caso el interés superior del niño y la vigencia de sus derechos como prioridad para la adopción de cualquier tipo de decisión por parte del Estado. El estudio se encuentra disponible en inglés en la dirección: [http://www.unicef.org/protection/Informal care discussion paper final.pdf](http://www.unicef.org/protection/Informal%20care%20discussion%20paper%20final.pdf).

su acogimiento informal en un núcleo familiar que no es el suyo va asociada a la realización de tareas domésticas u otros trabajos³⁶⁶.

296. El alejamiento del niño de su familia y de su comunidad, así como las características de aislamiento social e incluso físico cuando permanece tiempo completo en la casa, sitúan al niño en un contexto que lo hace particularmente vulnerable a violaciones a sus derechos, como a diversas formas de violencia, abusos sexuales, y explotación laboral. Esta situación pone en grave riesgo su salud y su desarrollo, además de perjudicar otros derechos como la educación, dado que se constata que en muchos casos los niños no acuden a la escuela.

297. En estos casos, la Comisión y el Comité de los Derechos del Niño han expresado su preocupación por algunas prácticas que pueden representar un riesgo para la integridad del niño y el resto de sus derechos, como por ejemplo la figura de los “*Restavek*” en Haití³⁶⁷ y las “*criaditas*” en Perú³⁶⁸ y Paraguay³⁶⁹, los “*kweekjes*” en Surinam³⁷⁰, aunque fenómenos de características similares pueden ser identificados en mayor o menor magnitud en muchos de los países de la región³⁷¹.

³⁶⁶ En el mismo sentido se manifiestan las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, en su directriz 79: “Los Estados deberían elaborar medidas especiales apropiadas a fin de proteger a los niños en acogimiento informal contra el abuso, el descuido, el trabajo infantil y toda forma de explotación, con particular atención al acogimiento informal ejercido por personas sin vínculo familiar, o por familiares no conocidos previamente por el niño o lejos del lugar de residencia habitual del niño”.

³⁶⁷ CIDH. *Informe Anual 2010, Capítulo V*, párrafos 52 a 56; asimismo, la Relatora Especial sobre formas contemporáneas de esclavitud afirma que la mayoría de los entre 150.000 y 500.000 niños *restavèk* de Haití estarían siendo explotados en servidumbre doméstica, a menudo trabajando largas horas sin ningún tipo de remuneración, privados de educación, atención médica y alimentos o alojamiento adecuados y suelen sufrir abusos físicos y sexuales. Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Sra. Gulnara Shahinian, Informe sobre servitud doméstica, A/HRC/15/20, 28 de junio de 2010, Consejo de Derechos Humanos, 15º período de sesiones, párrafo 38. Ver también A/HRC/12/21/Add.1, 4 de septiembre de 2009, Consejo de Derechos Humanos, 12º período de sesiones, Misión a Haití.

³⁶⁸ Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Sra. Gulnara Shahinian, A/HRC/18/30/Add.2, 15 de agosto del 2011, Consejo de Derechos Humanos, 18º período de sesiones, Misión al Perú. De acuerdo con un reciente censo llevado a cabo en los hogares en Perú, el número de trabajadoras domésticas estaría estimado en 300.000, de las cuales 110.000 serían niñas menores de 18 años, Instituto Nacional de Estadística e Información, censo del 2011, ver párrafo 44.

³⁶⁹ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Paraguay, CRC/C/15/Add.166, 6 de noviembre de 2001, párrafo 47.

³⁷⁰ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Surinam, CRC/C/SUR/CO/2, 18 de junio de 2007, párrafo 42. Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Surinam, CRC/C/15/Add.130, 28 de junio de 2000, párrafos 37 y 38.

³⁷¹ Según la OIT, 175.000 niños menores de 18 años trabajan en el servicio doméstico en América Central, 38.000 niños de entre 5 y 7 años en Guatemala. Véase OIT, “Domestic labour: Global facts and figures in brief”. Disponible en: <http://www.ilo.org/ipec/areas/Childdomesticlabour/lang--en/index.htm>.

298. La Relatora Especial sobre formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias de las Naciones Unidas (en adelante, la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud) define la servidumbre doméstica como un problema mundial de derechos humanos, y observa que debido al trabajo doméstico, un gran número de personas, en su mayoría mujeres y niñas, se ven privadas de su dignidad. La Relatora Especial está particularmente preocupada por el gran número de niños en el servicio doméstico, puesto que la explotación de niños en el trabajo doméstico puede ser equivalente a servidumbre doméstica³⁷².

299. Las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños también se refieren al “acogimiento informal” además de destacar que es una situación que no es inusual, y que en algunos países incluso tiene niveles de prevalencia elevados, para señalar que:

Reconociendo que, en casi todos los países, la mayoría de los niños carentes del cuidado parental son acogidos informalmente por parientes u otras personas, los Estados deberían tratar de establecer los medios apropiados, compatibles con las presentes Directrices, para velar por su bienestar y protección mientras se hallen bajo tales formas de acogimiento informal, respetando debidamente las diferencias y prácticas culturales, económicas, de género y religiosas que no estén en contradicción con los derechos ni el interés superior del niño³⁷³.

Adicionalmente, las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños recomiendan lo siguiente:

Por lo que respecta a las opciones de acogimiento informal del niño, bien dentro de la familia extensa, o bien con amigos o terceros, los Estados, si corresponde, deberían alentar a esos acogedores a que notifiquen la acogida a las autoridades competentes a fin de que tanto ellos como el niño puedan recibir cualquier ayuda financiera y de otro tipo que contribuya a promover el bienestar y la protección del niño. Cuando sea posible y apropiado, los Estados deberían alentar y autorizar a los acogedores informales, con el consentimiento del niño interesado y de sus padres, a que formalicen el acogimiento una vez transcurrido un

³⁷² Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Sra. Gulnara Shahinian, Informe sobre servidumbre doméstica, A/HRC/15/20 28 de junio de 2010, Consejo de Derechos Humanos, 15º período de sesiones, párrafo 35, ver en particular los párrafos 35 a 42. Adicionalmente, la “Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud” de 1956 proscribió específicamente “toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de 18 años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven”, (art. 1 d)). Ver también, el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, aprobado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo durante su octagésima séptima sesión que se celebró en Ginebra y se clausuró el 17 de junio de 1999.

³⁷³ Directriz 18.

plazo adecuado, en la medida en que el acogimiento haya redundado hasta la fecha en favor del interés superior del niño y se espere que continúe en un futuro previsible³⁷⁴.

300. En relación con el “acogimiento informal”, la Comisión recuerda que, en todo caso, subsiste para los Estados el deber de protección especial que se deriva de los artículos 19 de la CADH y VII de la DADH, en particular, en la identificación de aquellas situaciones y fenómenos en los cuales los niños vean expuestos sus derechos. Así mismo, también subsiste el deber de adoptar las medidas adecuadas, frente a situaciones particulares, para proteger efectivamente a los niños ante violaciones a sus derechos por parte de terceros. Los Estados disponen de diversos mecanismos para poder llevar a cabo esta identificación, en particular a través del conocimiento que sobre estas situaciones tengan los sistemas educativos y de salud por medio del contacto directo con los niños y las familias.

301. Cuando el “acogimiento informal” va asociado a prácticas sociales o culturales, los Estados deberán realizar esfuerzos encaminados a analizar en profundidad el fenómeno, sus causas y las consecuencias y afectaciones en los derechos de los niños. En relación a la prevalencia de estas prácticas, los Estados acceden a información relevante, entre otros, a través de instrumentos como las encuestas familiares, censos u otros mecanismos de relevamiento nacional de datos. Basado en la información recabada y los estudios para comprender en profundidad el fenómeno³⁷⁵, los Estados deberán considerar por lo menos los siguientes aspectos: i) redoblar sus esfuerzos para crear las condiciones adecuadas para que pueda ser la propia familia biológica del niño la que se haga cargo de la crianza del niño, en particular a través de las políticas sociales de fortalecimiento a las familias, ii) diseñar campañas de educación destinadas a la sociedad y a los propios niños con el fin de crear conciencia sobre las violaciones a los derechos de los niños que pueden derivarse de determinadas prácticas, iii) crear mecanismos de denuncia accesibles, fiables, confidenciales y efectivos que permitan poner en conocimiento de las autoridades públicas situaciones concretas en las cuales se pudieran estar violando los derechos del niño, estos mecanismos deben ser también accesibles a los niños, iv) fortalecer el acceso de forma gratuita a los servicios públicos básicos, en particular salud y educación, para las familias en situación de mayor vulnerabilidad y en aquellas zonas del país con menor acceso a estos servicios, v) adoptar medidas legislativas adecuadas para prohibir toda forma de violencia, abuso, negligencia y explotación contra los niños y las niñas, o cualquier otra forma de vulneración a sus derechos, así como ofrecer los servicios de atención y recuperación para los niños que hayan sido víctimas de violaciones a sus derechos, vi) regular adecuadamente las modalidades de acogimiento y cuidados alternativos en familias acogedoras, tomando en consideración las prácticas culturales y sociales existentes, garantizando adecuadamente los derechos de los niños, su protección y bienestar en el seno de las familias acogedoras, y vii) alentar a las familias a formalizar los acogimientos informales a los efectos de poder acceder a los apoyos que la familia acogedora pudiera requerir para

³⁷⁴ Directriz 56.

³⁷⁵ Sobre la relevancia de contar con datos estadísticos e información fidedigna al momento de elaborar las políticas públicas para responder adecuadamente a la protección de la niñez sin cuidados parentales, ver las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 69.

asegurar el óptimo bienestar del niño, así como a los efectos de que el niño tenga siempre la posibilidad de disponer de un tutor legal próximo a él³⁷⁶.

VI. EL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL

A. Recurso de última instancia

302. Dentro de las modalidades para atender las necesidades de protección de los niños privados de cuidados parentales se encuentra el acogimiento de carácter residencial en centros de acogimiento adaptados para la atención y el cuidado de los niños. La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 20.3 menciona esta modalidad de medida especial de protección pero le otorga un carácter subsidiario, relegando esta medida de protección a un carácter de último recurso, priorizando las opciones de cuidado en un entorno familiar. En el mismo sentido se manifiestan las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, en la directriz 21 se establece que:

El recurso al acogimiento residencial debería limitarse a los casos en que ese entorno fuera específicamente apropiado, necesario y constructivo para el niño interesado y redundase en favor de su interés superior". Mientras que la directriz 125 dispone que: "[l]a autoridad local o nacional competente debería establecer procedimientos rigurosos de selección para que el ingreso en esos centros solo se efectúe en los casos apropiados.

303. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el artículo 23.5 también prioriza el cuidado del niño dentro de un entorno familiar:

[l]os Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar.

³⁷⁶ Ver también las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños:

Directriz 76: "Con objeto de que las condiciones de acogida en el acogimiento informal por familias o personas sean apropiadas, los Estados deberían reconocer la función desempeñada por ese tipo de acogimiento y adoptar medidas adecuadas para que se ejerza de forma óptima sobre la base de una evaluación de los entornos particulares que pueden necesitar especial asistencia o supervisión".

Directriz 77: "Cuando corresponda, las autoridades competentes deberían alentar a los acogedores informales a que notifiquen la modalidad de acogimiento y procurar que tengan acceso a todos los servicios y medios disponibles que puedan ayudarles a cumplir su obligación de cuidado y protección del niño".

Directriz 78: "El Estado debería reconocer la responsabilidad de facto de los acogedores informales del niño".

304. El Comité de los Derechos del Niño en diversas oportunidades ha reiterado el carácter excepcional y subsidiario de las medidas que impliquen la institucionalización de los niños y ha establecido que el ingreso de un niño en un centro de acogimiento debiera ser, de modo general, un “recurso de última instancia, con la finalidad exclusiva de proteger el interés superior del niño”³⁷⁷ cuando no fuera posible o apropiada la adopción de ninguna de las otras modalidades de medidas especiales de protección. La justificación de este orden general de priorización se fundamenta en el derecho del niño a crecer, desarrollarse y ser cuidado en un entorno familiar favorable, propicio y seguro que le proporcione todas las condiciones de afecto, atención y cuidado que el niño requiere para su desarrollo integral. Cuando sus progenitores y su familia ampliada no se lo puedan proporcionar temporalmente, las familias acogedoras deberían tener un rol de proporcionar un espacio seguro y de cuidado en un ambiente familiar.

305. Las numerosas evidencias que se han acumulado a lo largo de las últimas décadas sobre los impactos negativos que el internamiento de niños y niñas en instituciones residenciales tenía sobre ellos, ha motivado una posición crítica frente a la idoneidad de esta modalidad de medida de protección. Las consecuencias negativas probables, aunque no siempre automáticas, son particularmente destacadas en lo relativo a las instituciones de grandes dimensiones y con poca capacidad para una atención individualizada. La Organización Mundial de la Salud, por ejemplo, ha expresado que las instituciones de cuidado residencial tienen un impacto negativo en la salud y el desarrollo de los niños, y que deben ser sustituidas por otras modalidades de cuidado de alta calidad³⁷⁸. Según el Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños “[e]l uso excesivo de la institucionalización genera grandes costos para los niños y niñas, sus familias y la sociedad. Una amplia investigación sobre el desarrollo infantil ha mostrado que los efectos de la institucionalización pueden incluir salud física deficiente, graves retrasos en el desarrollo, discapacidad y daño psicológico potencialmente irreversible. Los efectos son más severos cuanto más tiempo se prolongue la institucionalización y cuanto más deficientes son las condiciones de la institución”³⁷⁹. El posible impacto perjudicial y a largo plazo en los niños acogidos en tales instituciones se atribuye a varios factores, entre ellos, a la ausencia de un cuidador principal con quien crear un vínculo afectivo positivo y relevante para el niño, la falta de estimulación y actividad constructiva, el acceso limitado a los servicios básicos, y el aislamiento de la familia de origen y de la comunidad.

306. Otro de los principales efectos es la situación de vulnerabilidad a la que están expuestos los niños en instituciones frente a riesgos de sufrir distinto tipo de

³⁷⁷ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 13, “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011, párrafo 47 d) iii). Ver también Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño sobre la temática de los Niños sin cuidados parentales, 2005, Reporte de la 40 Sesión del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/153, párrafos 654, 665 y 666.

³⁷⁸ World Health Organization, Regional Office for Europe, Better health, better lives: children and young people with intellectual disabilities and their families. Transfer care from institutions to the community, EUR/51298/17/PP/3, 8 November 2010. Documento disponible en inglés en http://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0008/126566/e94426.pdf.

³⁷⁹ Estudio sobre la Violencia contra los Niños, página 189.

violencia y explotación. El Estudio preparado por Experto Independiente puso de manifiesto las abundantes evidencias existentes en todas las regiones del mundo que señalan que los niños, niñas y adolescentes en instituciones se ven generalmente sujetos a una violencia estructural derivada de las condiciones de cuidado; según el referido Estudio, la violencia en las instituciones es resultado de un conjunto de factores asociados con el funcionamiento habitual de estos establecimientos, como la precariedad de sus instalaciones en términos de salubridad y seguridad, el hacinamiento, la falta de personal para cuidar adecuadamente a los niños, el aislamiento social y el limitado acceso a servicios, la aplicación de medidas disciplinarias o de formas de control que implican violencia, el uso de la fuerza o la utilización de algunas formas de tratamiento que constituyen en sí mismas una forma de violencia, como por ejemplo la medicación psiquiátrica innecesaria, entre otros³⁸⁰. El Estudio ha documentado que la violencia en las instituciones es seis veces más frecuente que en los hogares de acogida y que los niños institucionalizados tienen una probabilidad casi cuatro veces mayor de sufrir abuso sexual que aquellos que tienen acceso a alternativas de protección basadas en la familia³⁸¹. Por ello, el Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños recomienda enfáticamente que la misma sea utilizada como medida excepcional y de último recurso, y solo para aquellos casos en que fuera la medida más apropiada, además de recomendar una serie de acciones para superar las problemáticas detectadas y mejorar la calidad de la atención en las instituciones y los centros de acogimiento³⁸².

307. En cuanto a los costos del cuidado institucional en relación a las otras formas de cuidado, una investigación realizada en Estados Unidos da cuenta de que el cuidado en instituciones puede ser entre dos y diez veces más costoso que el cuidado en modalidades de tipo familiar³⁸³.

³⁸⁰ Véase el Capítulo 5, La Violencia contra los Niños y Niñas en las Instituciones de Protección y de Justicia, del referido Estudio, disponible en <http://www.unviolencestudy.org/spanish/index.html>.

³⁸¹ Véase: Estudio sobre la Violencia contra Niños. Disponible en: <http://www.unviolencestudy.org/spanish/index.html>, páginas 183 y 189.

³⁸² Estudio sobre la Violencia contra los Niños.

³⁸³ Barth, Richard P., *Institutions vs. foster homes: The empirical base for the second century of debate*, Chapel Hill, NC: UNC, School of Social Work, Jordan Institute for Families, 2002, página ii. Disponible en: <http://www.dbhds.virginia.gov/documents/cFS/cfs1-9refDocs-rPBarth-vs-FosterHome.pdf>. Ver también Commission to Promote Sustainable Child Welfare of Canada, "Strengthening Family-Based Care In a Sustainable Child Welfare System. Final Report and Recommendations. June 29, 2012", p. 10, 11 y 12. El documento puede ser consultado en: http://www.sustainingchildwelfare.ca/assets/CPSCW_SFBC-Final-Report-Recommendations_FINAL_ENGLISH.pdf. Informe del Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños, 29 de agosto de 2006, A/61/299. Asimismo, en el Estudio sobre la Violencia contra los Niños se identifica que, dependiendo de los casos, la atención institucional puede ser, en concreto, entre seis y cien veces mas costosa que el acogimiento familiar basado en la comunidad, ver página 184, <http://www.unviolencestudy.org/spanish/index.html> UNICEF, The framework for the protection, care and support of orphans and vulnerable children living in a world with HIV and AIDS, July 2004, p. 37. International Save the Children Alliance, A Last Resort. The growing concern about children in residential care, Londres, 2003, pág.9 y ss. Save the Children, Keeping Children Out of Harmful Institutions Why we should be investing in family-based care, Londres, 2009. World Health Organization, Regional Office for Europe, Better health, better lives: children and young people with intellectual disabilities and their families. Transfer care from institutions to the community, EUR/51298/17/PP/3, 8 November 2010. Children's Rights (USA), What Works in Child Welfare reform: Reducing Reliance on congregate care in Tennessee, July 2011.

308. Con base en lo anterior, la Comisión concluye que el acogimiento residencial a tiempo completo debería reservarse para aquellos supuestos en que se determine que constituye la medida más idónea para atender las necesidades específicas de protección y cuidado del niño, en consideración a las condiciones individuales del niño³⁸⁴, además de basarse en los procedimientos y criterios técnicos establecidos en la normativa para el ingreso en estos centros, y de ajustarse la medida al período de tiempo más breve posible. En adición, los centros de acogimiento deben organizarse y funcionar de manera que garanticen y ofrezcan efectiva protección a los derechos de los niños que se encuentran acogidos en ellos. Basado en las evidencias existentes, y tal y como se profundizará en un momento posterior, el modelo de acogimiento en instituciones residenciales de grandes dimensiones debería sustituirse por un modelo de atención residencial basado en centros de acogimiento de menores dimensiones, y reducido número de niños, que estén en condiciones de prestar una atención de calidad e individualizada a los niños.

309. La información y los datos a los que ha tenido acceso la Comisión evidencian que un elevado porcentaje de los niños inmersos en un procedimiento de protección son acogidos en instituciones residenciales de cuidado de tiempo completo.

310. Así, en la mayoría de los países de la región se advierte una elevada utilización de la institucionalización de niños por razones de protección, pese a que debería ser utilizada únicamente como medida excepcional. Pero adicionalmente, en la mayoría de los casos, es difícil establecer con precisión el número de niños y niñas que viven en estas condiciones, dada la falta de datos precisos respecto a las distintas instituciones. Son varios los países que carecen de información precisa y actualizada. En consecuencia, es difícil determinar, con exactitud y de forma constatable, si hubo en los últimos años avances o retrocesos en la cantidad de niños que son atendidos en instituciones, dado que en muchos de los países de la región tampoco se realiza de forma sistemática este tipo de seguimiento.

311. A pesar de no disponer de cifras precisas y exactas, en base a la información que efectivamente se encuentra disponible, a la Comisión le preocupa el número de niños que actualmente existe en la región bajo una medida especial de protección que implica su acogimiento en una institución residencial. En Argentina por ejemplo, un reciente relevamiento de datos realizado por la Secretaría Nacional de Niñez Adolescencia y Familia (“SENNAF”) junto con UNICEF, pone de manifiesto que existen en todo el territorio 14.675 niños en cuidados alternativos, los cuales en su gran mayoría se encuentran en cuidados institucionales; más concretamente, el 71% de los niños (10.488) se encuentran institucionalizados, mientras que solo el 29% (4.187) de los niños en cuidados alternativos se encuentran, según estos datos, en familias de acogimiento³⁸⁵. En

³⁸⁴ CDN artículo 20.3. El Comité de los Derechos del Niño se ha manifestado a través de diversas decisiones sobre la consideración de la medida de cuidados alternativos en una institución como una medida de último recurso, ver al respecto, Comentario General No. 13, “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011, párr. 47 d) iii); y Comentario General No. 3, el VIH/SIDA y los derechos del niño, Doc. CRC/GC/2003/3 (2003) párrafos 34 y 35.

³⁸⁵ Situación de Niños, Niñas y Adolescentes sin Cuidados Parentales en la República Argentina. Relevamiento Nacional y Propuestas para la Promoción y el Fortalecimiento del Derecho a la Convivencia Familiar
Continúa...

Granada, se percibe según la información proporcionada en la respuesta al cuestionario, que de 197 niños, niñas y adolescente que se encontraban en instituciones, 96 se encuentran en programas de alternativa familiar o reciben sus familias apoyo por parte del Estado. Mientras que en Brasil, de acuerdo a la información disponible, 36.929 niños se encontraban en instituciones residenciales y tan sólo 932 se encontraban en programas de familia acogedora³⁸⁶.

312. En relación a esta temática, el Comité de los Derechos del Niño se ha expresado en relación a varios Estados de la región, recomendando el regreso de los niños que se encuentran en instituciones a sus familias lo antes posible, o que sean acogidos en una modalidad de tipo familiar, como es el caso de Bolivia³⁸⁷, Costa Rica³⁸⁸, Ecuador³⁸⁹, Guatemala³⁹⁰, Nicaragua³⁹¹, Paraguay³⁹² y Santa Lucía³⁹³. También el Comité de los Derechos del Niño ha realizado múltiples observaciones a diversos Estados de la región, como es el caso de Bolivia³⁹⁴, Brasil³⁹⁵,

...continuación

y Comunitaria. Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia de la SENNAF y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Junio 2012. Documento disponible en http://www.unicef.org/argentina/spanish/C_Parentales_final.pdf.

³⁸⁶ Secretaria Nacional de Assistência Social, Ministério de Desenvolvimento Social – Fundação Oswaldo Cruz, Levantamento Nacional das Crianças e Adolescentes em Serviços de Acolhimento, 2010.

³⁸⁷ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Bolivia, CRC/C/BOL/CO/4, 16 de octubre de 2009, párrafo 46.

³⁸⁸ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Costa Rica, CRC/C/CRI/CO/4, 17 de junio de 2011, párrafo 50.

³⁸⁹ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Ecuador, CRC/C/ECU/CO/4, 29 de enero de 2008, párrafo 51.

³⁹⁰ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Guatemala, CRC/C/GTM/CO/3-4, 25 de octubre de 2010, párrafo 55.

³⁹¹ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Nicaragua, CRC/C/NIC/CO/4, 1 de octubre de 2010, párrafo 55.

³⁹² Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Paraguay, CRC/C/PRY/CO/3, 10 de febrero de 2010, párrafo 41.

³⁹³ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Santa Lucía, CRC/C/15/Add.258, 21 de septiembre de 2005, párrafo 44.

³⁹⁴ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Bolivia, CRC/C/BOL/CO/4, 16 de octubre de 2009, párrafo 45.

³⁹⁵ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Brasil, CRC/C/15/Add.241, 3 de noviembre de 2004, párrafo 44.

El Salvador³⁹⁶, Guatemala³⁹⁷, Nicaragua³⁹⁸, Perú³⁹⁹, República Dominicana⁴⁰⁰ y Uruguay⁴⁰¹, en relación a la excesiva utilización de la institucionalización de niños. Incluso en algunos casos, como respecto de Chile, tomando nota de los esfuerzos destinados a mejorar el acogimiento en hogares de acogida y de la leve disminución del número de niños en instituciones⁴⁰². Asimismo, y como forma de hacer frente a éste fenómeno, el Comité ha recomendado a algunos Estados como Nicaragua, el desarrollo de actividades de “sensibilización pública sobre las repercusiones negativas de dicho internamiento en el desarrollo del niño”⁴⁰³.

313. De modo resumido, a pesar que el ingreso en una modalidad de acogimiento residencial debe constituir una medida de último recurso, la información recabada por la Comisión pone en evidencia que las cifras de los niños, niñas y adolescentes que ingresan en cuidados alternativos residenciales siguen siendo desproporcionadamente altas. Además, los niños y niñas permanecen largo tiempo en algunas de estas instituciones, aunque su estadía debiera ser por el menor tiempo posible necesario. Adicionalmente, las condiciones materiales y de funcionamiento en las cuales se da el acogimiento son objeto de preocupación en todos los países de la región. En esta parte del informe se abordará la modalidad de acogimiento alternativo de carácter residencial y cómo debe organizarse esta forma de acogimiento para servir adecuadamente su objetivo y dar satisfacción a la protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes privados de cuidados parentales.

³⁹⁶ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: El Salvador, CRC/C/SLV/CO/3-4, 17 de febrero de 2010, párrafo 48.

³⁹⁷ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Guatemala, CRC/C/GTM/CO/3-4, 25 de octubre de 2010, párrafo 58.

³⁹⁸ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Nicaragua, CRC/C/NIC/CO/4, 1 de octubre de 2010, párrafo 54.

³⁹⁹ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Perú, CRC/C/PER/CO/3, 14 de marzo de 2006, párrafo 37.

⁴⁰⁰ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: República Dominicana, CRC/C/DOM/CO/2, 1 de febrero de 2008, párrafo 52.

⁴⁰¹ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Uruguay, CRC/C/URY/CO/2, 5 de julio de 2007, párrafo 40.

⁴⁰² Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Chile, CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párrafo 44.

⁴⁰³ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Nicaragua, CRC/C/NIC/CO/4, 1 de octubre de 2010, párrafo 55.

B. Primera infancia

314. Adicionalmente a lo ya referido, el Comité de los Derechos del Niño ha mostrado su especial preocupación por el acogimiento de niños muy pequeños en instituciones residenciales, debido a los cuidados y atenciones que requieren por su corta edad para su adecuado desarrollo físico y psicológico⁴⁰⁴. La misma preocupación fue manifestada por el Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños⁴⁰⁵. En el caso de los niños menores de tres años las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños señalan la importancia de que sean acogidos en un ambiente familiar y evitar su ingreso en una institución, ello en consideración a sus especiales necesidades y requerimientos acordes a su edad y condición:

De conformidad con la opinión predominante de los expertos, el acogimiento alternativo de los niños de corta edad, especialmente los de menos de 3 años, debería ejercerse en un ámbito familiar. Pueden admitirse excepciones a este principio para evitar la separación de los hermanos y en los casos en que el acogimiento tenga carácter de urgencia o sea por un tiempo prefijado y muy limitado, al finalizar el cual esté prevista la reintegración en la familia u otra solución apropiada de acogimiento a largo plazo⁴⁰⁶.

315. Las mencionadas limitaciones al acceso a la información de modo general, y desglosada por tramos de edades, dificulta la observación del problema de la institucionalización de niños en la primera infancia. No obstante, sobre este aspecto, la información recabada por la Comisión no es favorable puesto que da cuenta de la existencia de una importante cantidad de niños pequeños en las instituciones. En Guatemala, por ejemplo, según el Registro de instituciones, de los 4.666 niños que se encuentran en instituciones residenciales de carácter privado, 555 son menores de 4 años⁴⁰⁷. Asimismo, en Brasil, los niños de 0 a 5 años representan el 24,7% de la población

⁴⁰⁴ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006, 40º período de sesiones, párrs. 6, 8 y 36. En concreto el párr. 36 b: “[d]e las investigaciones se desprende que la atención institucional de baja calidad raramente promueve el desarrollo físico y psicológico saludable y puede tener consecuencias negativas graves para la integración social a largo plazo, especialmente en niños menores de 3 años, pero también entre niños de hasta 5 años de edad. En la medida en que se necesitan cuidados alternativos, la colocación temprana en lugares donde reciben atención de base familiar o parafamiliar tiene mayores probabilidades de producir resultados positivos entre niños pequeños”.

⁴⁰⁵ Estudio sobre la Violencia contra los Niños, págs. 189 y 190.

⁴⁰⁶ Directriz 22.

⁴⁰⁷ Presentación del Lic. Byron Velásquez Acosta, Director de la Autoridad Central del Registro de niñez institucionalizada, Consejo Nacional de Adopciones, durante la Consulta sub-regional para el Estudio sobre la situación de niños, niñas y adolescentes institucionalizados en las Américas de la CIDH junto con UNICEF. Ciudad de Guatemala, 25 de julio de 2011. Esta situación ha sido abordada específicamente por el Comité de los Derechos del Niño (Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Guatemala, CRC/C/GTM/CO/3-4, 25 de octubre de 2010, párr. 55).

que se encuentra en instituciones⁴⁰⁸. En Uruguay, la información del Sistema de Información para la Infancia da cuenta de la existencia de 236 niños menores de 3 años institucionalizados al 22 de agosto de 2011⁴⁰⁹. En el caso de Chile, según registran las estadísticas de julio de 2011 se encuentran: entre 0 y 1 año un total de 206 niños, entre 1 y 3 años un total de 674 niños, siendo el número global de niños y niñas institucionalizados de 0 a 3 años de 880⁴¹⁰.

316. La Comisión celebra que algunos Estados, como es el caso de Uruguay, hayan aprobado legislación que establece un plazo máximo de permanencia de los niños pequeños en las mismas; así, de acuerdo a lo dispuesto en la ley No. 18.590, los niños entre 0 y 2 años no podrán estar más de 45 días en una institución. Para los niños y niñas entre dos y siete años, el plazo máximo se ha establecido en 90 días. La Corte y la Comisión han entendido que el factor de la edad y el paso del tiempo son cruciales en el establecimiento de los lazos de afectividad, la creación de vínculos familiares, el desarrollo de la personalidad y la formación de la identidad del niño, en particular en edades tempranas, por consiguiente, existe un deber de diligencia excepcional dado que el factor tiempo puede causar daños irreparables al niño⁴¹¹.

317. En base a todas las evidencias existentes sobre el impacto negativo de la institucionalización de los niños durante la primera infancia, en particular durante los primeros años de vida, con consecuencias severas y duraderas para la salud física y mental del niño, la Comisión recomienda que los Estados limiten la institucionalización de niños muy pequeños solo a aquellos casos en que se haga estrictamente necesario en atención a que: se lleva a cabo un acogimiento a corto plazo para responder a una situación de emergencia; cuando esté prevista la reintegración familiar u otro acogimiento en un ámbito familiar en un periodo de tiempo corto; y, cuando existan grupos de hermanos a los efectos de mantenerlos juntos, si no existiera una modalidad de acogimiento familiar disponible para ellos que les permitiera mantenerse unidos. Complementariamente, alienta a los Estados a crear una estrategia de desinstitucionalización de los niños muy pequeños que se hallan en instituciones residenciales, previendo medidas adecuadas para la atención de los niños que sean respetuosas de sus derechos. Al respecto, la Comisión ha tenido conocimiento de algunas iniciativas que podrían ser constructivas. Por ejemplo, en

⁴⁰⁸ Secretaria Nacional de Assistência Social, Ministério de Desenvolvimento Social – Fundação Oswaldo Cruz, Levantamento Nacional das Crianças e Adolescentes em Serviços de Acolhimento, 2010.

⁴⁰⁹ Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar (RELAF), Niñez y adolescencia institucionalizada: visibilización de graves violaciones de DDHH. Serie: Publicaciones sobre niñez sin cuidados parentales en América Latina: Contextos, causas y respuestas, 2011.

⁴¹⁰ Boletín estadístico Nacional de Protección de Derechos y Primera Infancia. Segundo trimestre año 2011. Disponible en: <http://www.sename.cl/wsename/estructuras.php?name=Content&pa=showpage&pid=153>.

⁴¹¹ Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 51; Corte IDH. Asunto L.M. Medidas Provisionales respecto de Paraguay. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011, Considerando 16; Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 127. En un sentido similar Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006, 40º período de sesiones, párrafo 18.

Paraguay la Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia inició una estrategia de desinstitucionalización de niños pequeños⁴¹².

318. La Comisión recomienda a los Estados que tomen todas aquellas medidas adecuadas para prevenir las situaciones que requieran o den lugar a la separación del niño de su familia, además de garantizar la vigencia del principio de excepcionalidad en la adopción de medidas de protección que impliquen el ingreso y la permanencia en instituciones. Se alienta a los Estados Partes a invertir en programas de familias acogedoras y a apoyarlas adecuadamente, como medida para atender aquellos casos en los cuales la familia del niño no pueda hacerse cargo temporalmente él⁴¹³.

319. Lo que se ha indicado no se contradice con el hecho que en algunas circunstancias el ingreso en un centro residencial puede constituir la medida más apropiada e idónea en función de las necesidades de protección y cuidado particulares que tenga el niño, y atendiendo a cual sea su interés superior. En algunas situaciones, la condición médica del niño, las necesidades de tratamiento especializado, la recuperación en caso de víctimas de violencia, la urgencia en separar al niño de su ámbito familiar para proteger su integridad personal, la necesidad de mantener grupos grandes de hermanos juntos, u otras circunstancias específicas, pueden hacer que el cuidado en un centro residencial, adecuado y adaptado para ello, sea la solución más apropiada al interés del niño. Ello, sin embargo, no excluye el principio de temporalidad, sino que deberán realizarse todos los esfuerzos para que la acogida en un centro de carácter residencial sea por el periodo de tiempo más corto posible, promoviéndose la reintegración a su familia, nuclear, ampliada, o acogedora, u otra solución de carácter permanente cuando la reintegración no fuera posible.

C. Terminología

320. Como se ha indicado anteriormente, la Comisión utiliza el término “centro de acogimiento”, y el término “instituciones” o “instituciones residenciales”, para referirse a dos modelos de acogimiento alternativo de carácter no familiar⁴¹⁴. La distinción de términos refleja dos modelos de atención y cuidado con características de organización

⁴¹² En el marco de este proceso, se cerró una “casa cuna” denominada “Hogarcito” y los 22 bebés que se encontraban internados allí fueron ubicados en familias acogedoras y se iniciaron los procedimientos para la reintegración a sus familias de origen o para la identificación de familias adoptivas en los casos en que no fuera posible la reintegración a su familia.

⁴¹³ Las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños formulan una recomendación de alcance similar en la directriz 8: “[l]os Estados deberían elaborar y aplicar, en el marco de su política general de desarrollo humano y social, atendiendo a la mejora de las modalidades existentes de acogimiento alternativo, políticas integrales de protección y bienestar del niño que recojan los principios enunciados en las presentes Directrices”.

⁴¹⁴ Véase la directriz 23 de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños. Adicionalmente, referencias sobre las denominaciones empleadas por las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños puede encontrarse en, “Avanzando en la implementación de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”, Centre for Excellence for Looked After Children in Scotland (CELCIS) de la Universidad de Strathclyde; Servicio Social Internacional (SSI); Oak Foundation; Aldeas Infantiles SOS Internacional; y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) 2012, páginas 34 y 35.

y funcionamiento diferentes; así, el concepto “centros de acogimiento” describe un modelo de cuidados alternativos de carácter no familiar pero que se desarrolla en entornos con una dinámica de funcionamiento similar al de la unidad familiar, con atención personalizada y un número reducido de niños por cada centro. Por su parte, el término “instituciones” es utilizado para hacer referencia a establecimientos de mayores dimensiones, que atienden a un elevado número de niños, no disponen de una dinámica de funcionamiento y una organización que les permita prestar un cuidado y atención personalizado al niño en unas condiciones similares a las de una familia, y su régimen de funcionamiento es generalmente cerrado, o bien, en condiciones que restringen el contacto y la integración del niño con su entorno y la comunidad. En esta sección del informe, referida al acogimiento residencial, las referencias se hacen tanto a los centros de acogimiento como a las instituciones, aunque en particular, se realizan más referencias a las instituciones que, aunque deberían tender a desaparecer, siguen existiendo en la región y presentan las principales dificultades en la protección de los derechos de los niños que en ellas se encuentran ingresados. Precisamente una de las recomendaciones que se realizan en este informe es a poner fin al modelo de institucionalización debido a las incompatibilidades que este modelo de atención y cuidado ha evidenciado en relación a la protección de los derechos de los niños.

321. En el marco de la elaboración de esta parte del presente informe, la Comisión ha identificado la falta de datos suficientes, cuantitativos y cualitativos, en relación al número, características y condiciones de funcionamiento de los centros de acogimiento y de las instituciones residenciales en los países de la región. En muchos casos esta circunstancia es producto de la existencia de una importante diversidad de establecimientos y la ausencia de definiciones comunes y criterios de clasificación compartidos que permitan la identificación, el análisis y la comparación. La otra dificultad principal con la cual ha topado la Comisión en la elaboración del presente informe responde al cumplimiento limitado y desigual, en los países, de la obligación de regular el establecimiento y funcionamiento de este tipo de establecimientos, en particular aquellos de carácter privado, lo cual dificulta que pueda tenerse acceso a una información completa que dé cuenta de la realidad sobre la existencia y condiciones de estos centros e instituciones.

322. La Comisión se refiere en la presente sección del informe a la necesidad de revertir esta situación, estableciendo claramente que los Estados tienen el deber de regular el establecimiento y el funcionamiento de las instituciones y los centros de acogimiento, públicos y privados, que tienda a uniformizar la autorización y habilitación de los mismos en el territorio del Estado, la determinación de las condiciones y estándares mínimos para su funcionamiento, el establecimiento de mecanismos de supervisión y monitoreo de todos los centros e instituciones, sanciones en caso de incumplimiento, así como el establecimiento de obligaciones de registro y comunicación a las autoridades de los niños que se encuentran ubicados en un centro de acogimiento o una institución.

D. El deber de regulación: centros e instituciones públicas y privadas

323. Los Estados tienen la obligación de garantizar la protección adecuada a los niños que carecen de los cuidados parentales y que, como consecuencia de ello, se

encuentren recibiendo cuidados y protección en un centro de acogimiento o una institución. Derivado de las obligaciones de respeto y garantía reconocidas en el artículo 1.1 de la CADH, y de la obligación de adoptar la legislación adecuada para ello que se deriva del artículo 2 de la CADH, en relación con el deber de protección especial a la niñez del artículo 19 del mismo instrumento y VII de la Declaración, la Comisión considera que los Estados de la región tienen el deber de regular y supervisar el establecimiento y el funcionamiento de todos los centros de acogimiento e instituciones residenciales.

324. La Comisión y la Corte han establecido que, derivados de los artículos 19 de la CADH y VII de la DADH, el derecho a la protección, bienestar y desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes se constituye en un asunto de interés público y que, como tal, implica el deber del Estado de desarrollar una adecuada regulación de estos centros de acogimiento e instituciones, los cuales prestan una serie de servicios básicos y fundamentales de atención a la niñez vinculados directamente a la vigencia de sus derechos⁴¹⁵.

325. En adición a lo anterior, la Comisión considera que por tratarse de niños bajo la tutela de un centro de acogimiento o una institución por decisión de una autoridad estatal, sobre la base del dictado de una medida especial de protección, el Estado se encuentra en una posición reforzada de garante respecto de estos niños, en consideración precisamente al régimen de sujeción o vinculación especial en el cual el Estado ha situado al niño.

326. La Comisión observa que existen en la región centros de acogimiento e instituciones que albergan a niños sin cuidados parentales que tienen carácter público, privado o mixto. Los centros de acogimiento y las instituciones de titularidad pública se insertan en el sistema nacional de protección, son gestionadas y financiadas por el Estado, y pueden depender, en función de los países, de organismos públicos o de entes territoriales con diverso nivel de descentralización. La Comisión nota también que, de modo general, en los diversos países de la región hay un elevado número de centros de acogimiento e instituciones de carácter privado, los cuales están gestionados por particulares o entidades privadas. Existen asimismo centros e instituciones de carácter mixto que, a pesar de su titularidad privada, reciben fondos públicos para su funcionamiento, total o parcial, y que derivado de esta asignación de recursos, están sometidos a determinadas normas y controles públicos, cuyo contenido varía en los países.

327. La adecuada y oportuna protección de los derechos del niño exige que la atención deba de prestarse por medio de servicios profesionales especializados debidamente calificados para ello, que cuenten con el personal capacitado necesario y las instalaciones adecuadas, además de disponer de una organización y funcionamiento idóneos para cumplir con el fin de garantizar la vigencia y la restitución de derechos⁴¹⁶. Ello debe regir en lo relativo a la actividad de todos los centros de acogimiento e instituciones,

⁴¹⁵ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

⁴¹⁶ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 78 y punto resolutivo 6.

públicos y privados, que deberán organizar y ejercer sus actividades tomando en consideración la naturaleza misma de las medidas especiales de protección, en general, así como el interés superior del niño, en particular⁴¹⁷.

328. La Comisión, por tanto, considera que los Estados Partes tienen el deber de regular y supervisar el establecimiento y el funcionamiento de todos los centros de acogimiento e instituciones. La Comisión subraya que estas obligaciones de regulación y supervisión tienen una importancia fundamental cuando se trata de los servicios que brindan los centros de acogimiento y las instituciones públicas o privadas que tienen a su cargo la protección, guarda y cuidado de las niñas y los niños separados de sus familias, dado que concurren el deber de protección especial a la niñez derivado del artículo 19 de la Convención y las particulares necesidades de protección que estos niños tienen. En relación a estos supuestos, el Estado tiene el deber de garante reforzado debido a la situación de desprotección en la cual se hallan los niños separados de sus familias lo cual implica, tal y como ha recordado la Corte, que el Estado “debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño”⁴¹⁸. En ese sentido:

La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre (...) ⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 79.

⁴¹⁸ Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 164. Ver también, OC-17 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párrs. 56 y 60. Ver también Corte IDH. Resolución del 27 de enero de 2009 respecto de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/opinion.pdf_considerando_14; Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 196; *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrs. 126 y 134; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrs. 124, 163 y 164; y Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay”*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 160.

⁴¹⁹ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrs. 103 y 88. Ver también *Caso Baldeón García Vs. Perú*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 81; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 154; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 111.

Adicionalmente, tal y como se ha señalado anteriormente, el artículo 2 de la Convención Americana establece:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

329. Los referidos deberes de regulación y supervisión del Estado respecto de los centros de acogimiento y las instituciones son aplicables independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana establece claramente que los Estados deben regular y supervisar la prestación de servicios de interés público, también cuando éstos son prestados por personas privadas⁴²⁰. La Corte específicamente ha declarado que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan servicios que inciden en la vida y la integridad de las personas⁴²¹. Concretamente, la Corte ha manifestado que “los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar [...] como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado [...], ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que están actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos”⁴²².

330. La Corte ha precisado el contenido de dichas obligaciones de regulación y fiscalización dimanantes para el Estado en un caso referido a los servicios prestados en un centro psiquiátrico en régimen de atención residencial, al manifestar que:

la Corte estima que los Estados son responsables de regular y fiscalizar con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud. Deben, *inter alia*, crear mecanismos

⁴²⁰ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrs. 94, 96, 99. *Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 119. Ver también CIDH. *Informe sobre castigo corporal y derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes*, párr. 69.

⁴²¹ Corte IDH. Resolución del 27 de enero de 2009 respecto de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, considerando 13. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 146. Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrs. 89 y 90.

⁴²² Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 89 y 90. Corte IDH. Resolución del 27 de enero de 2009 respecto de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, considerando 13. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafos 146 y 147.

adecuados para inspeccionar las instituciones psiquiátricas, presentar, investigar y resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes⁴²³.

331. En un sentido similar al sostenido por la Comisión y la Corte se manifiesta también la Convención sobre los Derechos del Niño, que en el inciso tercero del artículo 3 determina lo siguiente:

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

332. Adicionalmente, la CDN se refiere expresamente al deber del Estado de garantizar por medio de su legislación las condiciones necesarias para prestar una adecuada protección y asistencia a los niños que requieran de cuidados en un centro de carácter residencial⁴²⁴. Por su parte, el artículo 39 de la CDN se refiere de forma más genérica al deber del Estado de organizar y promover, ya sea directamente o a través de la provisión de terceros, los servicios de protección, recuperación y reintegración para los niños que los requieran. Así,

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

333. Por su parte, las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños también estatuyen los deberes de regulación y supervisión del Estado en relación a todos los centros de acogimiento que operen en el territorio de un Estado. En ese sentido se manifiestan en varias de sus directrices:

[...] Corresponde al Estado, por medio de sus autoridades competentes, velar por la supervisión de la seguridad, el bienestar y el desarrollo de

⁴²³ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 99.

⁴²⁴ El Artículo 20 de la CDN, citado anteriormente en este informe, establece que: “1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. 2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores (...)”.

todo niño en acogimiento alternativo y la revisión periódica de la idoneidad de la modalidad de acogimiento adoptada⁴²⁵.

Los Estados deberían velar por que todas las personas físicas y jurídicas participantes en el acogimiento alternativo de niños sean debidamente habilitadas para ello por las autoridades competentes y estén sujetas a la revisión y el control regulares de estas últimas de conformidad con las presentes Directrices. Con ese fin, dichas autoridades deberían elaborar criterios apropiados para la evaluación de la idoneidad profesional y ética de los acogedores y para su acreditación, control y supervisión⁴²⁶.

334. La Comisión observa que el deber general de regulación implica la obligación del Estado de crear un marco normativo adecuado a los efectos de regular las condiciones y los parámetros para el establecimiento y el funcionamiento de los centros de acogimiento, públicos como privados, entre los cuales deberán contemplarse: i) los requisitos y el procedimiento para la habilitación, autorización de funcionamiento y registro de los centros de acogimiento, ii) la vigencia de la autorización, revisión y extensión de la misma, iii) los supuestos de revocación de la autorización, iv) los requisitos y el procedimiento para admitir el ingreso y autorizar el egreso de los niños en un centro de acogimiento residencial además de la obligatoriedad de registrar a los niños acogidos en ellos, v) la supervisión, control y fiscalización de los centros, vi) los mecanismos de queja y denuncia, vii) las sanciones civiles, administrativas y penales, según sean procedentes, en caso de incumplimiento en las condiciones de la prestación del servicio y/o violaciones a derechos, y viii) los estándares mínimos de calidad para la prestación y funcionamiento de los servicios, tomando en consideración primordial la naturaleza y el objetivo de las medidas especiales de protección y el respeto y garantía de los derechos de los niños.

335. Según información recibida por la Comisión, en muchos Estados de la región un amplio porcentaje de los centros de acogimiento y de las instituciones son de carácter privado, y un número elevado no contarían con la acreditación y autorización necesarias para su funcionamiento debido a la ausencia de una normativa que regule adecuadamente su establecimiento y funcionamiento. La Comisión insta a los Estados de la región que todavía no lo hayan hecho, a que adopten la normativa que regule el establecimiento y el funcionamiento de los centros públicos y privados de acogimiento de carácter residencial, y que de ser necesario adapten la regulación existente a los efectos de estar acorde con las obligaciones para los Estados que se desprenden del derecho internacional de los derechos humanos en la materia.

336. La obligación de los Estados de regular no se agota en los centros de acogimiento públicos que prestan directamente el servicio de interés público, sino que abarca cualquier centro o institución que proteja a los niños que carezcan de cuidados parentales adecuados. La Comisión, tal y como lo hiciera la Corte, recuerda que la falta del deber de regular y fiscalizar a los centros de acogimiento y las instituciones privados

⁴²⁵ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz número 5.

⁴²⁶ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz número 55.

genera responsabilidad internacional, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos⁴²⁷.

E. Centros e Instituciones de acogimiento residencial privados y mixtos

337. El Estado puede decidir prestar el servicio de atención y protección de carácter residencial a los niños sin cuidados parentales de forma directa, a través de centros gestionados por entidades públicas. Sin embargo, la iniciativa privada puede también prestar estos servicios de protección y cuidado residenciales de conformidad con la regulación estatal en la materia. La Comisión ha observado que en varios países de la región el número de establecimientos privados que prestan los servicios de protección y cuidado de carácter residencial a niños sin cuidados parentales es considerable, y que incluso puede sobrepasar al número de establecimientos públicos de estas características. La Comisión también ha identificado que la mayoría de los Estados de la región optan por firmar convenios o contratos con un determinado número de centros de acogimiento o instituciones privados para la prestación de estos servicios, lo que se conoce generalmente como centros de carácter mixto.

338. En Chile por ejemplo, según la respuesta al cuestionario, hay 332 centros que son administrados por privados denominados “organismos colaboradores”, mientras que 10 dependen directamente de organismos públicos. Asimismo, de acuerdo a la información proporcionada, en El Salvador existen 13 centros públicos, 65 privados y 6 mixtos⁴²⁸. También, en Paraguay, se ha informado que 6 centros de acogimiento son públicos, mientras que 63 se encuentran exclusivamente a cargo de organizaciones privadas. Situaciones similares han sido informadas respecto de Argentina⁴²⁹, Costa Rica, Ecuador, Guyana, Honduras, Jamaica y República Dominicana. Así mismo, según la información recibida en las consultas subregionales, en algunos Estados como Haití, todas las instituciones residenciales se encuentran a cargo de organizaciones privadas.

339. Sobre el aspecto de la contratación o firma de convenios para el financiamiento y la prestación del servicio por parte de organismos privados se observan diferencias entre los países, en algunos Estados como Argentina⁴³⁰, Brasil, Chile, Uruguay o San Vicente, la amplia mayoría de los centros privados reciben fondos públicos. Mientras que en otros casos, como en Venezuela, la financiación de la mayoría de los centros es

⁴²⁷ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 90.

⁴²⁸ Conceptualizándose las mixtas según la respuesta al cuestionario como las que reciben una subvención del Estado.

⁴²⁹ En Argentina, por ejemplo, en la ciudad de Buenos Aires los centros de acogimiento residencial son en un 95% gestionados por organizaciones no gubernamentales (ONGs), por tanto por entes de naturaleza privada. “Puertas a Dentro. La Política de Institucionalización de niños, niñas y adolescentes en la Ciudad de Buenos Aires (2007-2011), Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, página 31.

⁴³⁰ Como ejemplo de un modelo de financiamiento de los centros e instituciones residenciales privados por parte del Estado, su estructura de financiación y montos, puede consultarse “Puertas a Dentro. La Política de Institucionalización de niños, niñas y adolescentes en la Ciudad de Buenos Aires (2007-2011), Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, páginas 34 a 37.

privada, siendo especialmente relevante la presencia de organizaciones religiosas y organizaciones no gubernamentales.

340. Así mismo, de la información recibida por la Comisión se desprende que en algunos casos, si bien los Estados disponen de centros públicos de acogimiento, cuando se requieren cuidados especializados se recurre a centros o instituciones privadas especializadas, como es el caso de las instituciones para niños con discapacidad en Colombia y Honduras, o las instituciones para el tratamiento de adolescentes con adicciones en Uruguay.

341. En lo relativo a la prestación de servicios públicos que están vinculados a la garantía y vigencia de los derechos fundamentales, la Corte ha establecido que:

[l]a prestación de servicios públicos implica la protección de bienes públicos, la cual es una de las finalidades de los Estados. Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible⁴³¹.

342. La Comisión entiende que el hecho de que el sector privado tenga a su cargo centros de acogimiento e instituciones, no reduce en modo alguno la obligación del Estado de garantizar el reconocimiento y la realización plena de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes sometidos a la jurisdicción del Estado. Por esta razón, la Comisión recomienda que se establezca un mecanismo o proceso permanente de supervisión para velar por que todos los proveedores públicos y privados de servicios respeten la normativa, independientemente de que exista un convenio o contrato de prestación de servicios y/o financiamiento público.

343. El Comité de los Derechos del Niño ha expresado al respecto de la prestación de servicios por parte de particulares que los Estados:

[...] tienen la obligación jurídica de respetar y promover los derechos del niño con arreglo a lo dispuesto en la Convención, lo que incluye la obligación de velar por que los proveedores privados de servicios actúen de conformidad con sus disposiciones⁴³².

⁴³¹ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 96.

⁴³² Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, párrafo 43. Véase también: Comité de los Derechos del Niño, informe sobre el 31º período de sesiones, septiembre a octubre de 2002, Día de Debate General sobre "El sector privado como proveedor de servicios y su función en la realización de los derechos del niño", párrafo 630 a 653. Comité de los Derechos del

344. En lo relativo a la prestación del servicio por parte de los denominados centros de carácter mixto, de naturaleza privada pero que reciben financiación pública para su funcionamiento, la Comisión precisa que si bien la prestación del servicio se rige en estos supuestos por contratos o convenios de prestación de servicios, la Comisión entiende que ello es insuficiente si no va acompañado de una regulación adecuada sobre el funcionamiento de estos establecimientos que sea acorde con el objetivo de protección de los derechos del niño. En este sentido, la información que ha sido presentada a la Comisión indica que, en algunos supuestos, la regulación del servicio se limitaría a condiciones y requisitos administrativos y financieros, pero que los aspectos relacionados con la calidad y los estándares del servicio, no estarían suficientemente considerados.

345. Finalmente, a la Comisión le preocupa que puedan existir formas de financiación que incentiven el mantenimiento y la prolongación innecesaria de niños en centros de acogimiento o en instituciones. En ese sentido, insta a los Estados a que establezcan un marco normativo y lleven a cabo una supervisión adecuada para asegurar que ningún niño será ingresado o mantenido innecesariamente en un centro o institución⁴³³.

F. Requisitos y procedimiento para el ingreso y el egreso de los niños en los centros e instituciones de acogimiento residencial

346. Como parte de la referida obligación de regulación que tienen los Estados de la región respecto de todos los centros de acogimiento que se encuentren en su territorio, la Comisión recuerda que esta obligación se extiende a la regulación de los aspectos referidos al ingreso y de egreso de un niño, niña o adolescente en los centros de acogimiento o en una institución.

347. El Estado debe establecer en la normativa los requisitos y el procedimiento por el cual ha de producirse el ingreso de un niño en un centro de acogimiento o a una institución. De modo general, el ingreso de un niño en un centro de estas características debería darse como consecuencia de una medida especial de protección dictada por la autoridad competente, en la cual se establezcan las causas por las que fue decretada y el contenido de la misma.

348. Adicionalmente, la Comisión considera que la normativa que establezca el Estado para regular el establecimiento y el funcionamiento de los centros de acogimiento y las instituciones residenciales debería introducir la prohibición de la captación de niños a iniciativa de estos centros e instituciones. Lo anterior como consecuencia de la aplicación de los principios del derecho internacional de los derechos

...continuación

Niño, Comentario General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006, párrafo 32.

⁴³³ En el mismo sentido puede verse la directriz 108 de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños: “[l]as formas de financiación de la acogida no deberían ser nunca de tal índole que alentarán el acogimiento innecesario de un niño o la prolongación de su permanencia en una modalidad de acogimiento organizada o ejercida por una agencia o un centro de acogida”.

humanos en materia de niños sin cuidados parentales, en particular los principios de necesidad, excepcionalidad y temporalidad de la separación de los niños de sus familias, y la primacía del interés superior del niño en la aplicación de las medidas de protección y cuidado. Tal y como se ha referido anteriormente, el ingreso de un niño privado de cuidados parentales en un centro de acogimiento debe responder a la aplicación de una medida de protección especial dictada por la autoridad competente. Para ello, la regulación debería contemplar de modo claro los requisitos y los procedimientos para el ingreso y el egreso de los niños y niñas en los centros de acogimiento, con el objetivo que ningún niño sea acogido en un centro residencial sin que sea estrictamente necesario e idóneo, ni permanezca en el mismo por tiempo innecesario. La directriz 127 de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños realiza una recomendación similar al indicar que:

[...] Las leyes, políticas y reglamentos deberían prohibir el reclutamiento y la solicitud de niños por agencias, centros de acogida o individuos para su acogimiento residencial.

349. Sin embargo, la Comisión observa que se dan circunstancias en las que son los propios progenitores o la familia del niño los que entreguen al niño a una institución para su cuidado, ya sea por un periodo de tiempo concreto o bien sean entregados de modo definitivo. La regulación debe contemplar estos casos en que los niños fueran ingresados en las instituciones por los mismos progenitores o familiares, por no poder o no querer hacerse cargo de ellos; estos casos deberán ser oportunamente puestos en conocimiento de la autoridad pública competente en materia de niñez a los efectos de prestar apoyo a los padres a través de los servicios sociales existentes de apoyo a las familias, para analizar si existieran otros familiares que pudieran hacerse cargo del niño o, en su defecto, considerar qué medida de cuidado alternativo temporal o definitiva sería la más idónea para el niño, considerando su situación personal particular y su interés superior. Asimismo, esta regulación debería considerar el tratamiento de otras situaciones, también detectadas en la región, que dan lugar al ingreso del niño en una institución, como el abandono anónimo de niños y niñas en estas instituciones; en la actualidad, se ha informado a la Comisión que existen este tipo de situaciones sin que exista conocimiento de ello parte de las autoridades públicas.

350. A la Comisión le preocupa que los niños que entran en centros e instituciones sin que haya mediado para ello una medida especial de protección dictada por la autoridad competente, y sin que sea puesto inmediatamente en conocimiento de las autoridades públicas responsables en materia de niñez, no vean adecuadamente garantizados sus derechos, además de quedar expuestos a la venta y trata de niños, generalmente con fines de adopción, o bien a formas de explotación.

351. La Comisión subraya que los Estados tienen la responsabilidad en todo momento de conocer el número exacto de niños sin cuidados parentales que como consecuencia de ello se encuentren en un centro de acogimiento o una institución. Por consiguiente, y como parte del deber de regulación, la norma debe imponer la obligación respecto de la totalidad de los centros de acogimiento e instituciones de llevar un registro en el que consten los datos de todos los niños y niñas que se hallan en los mismos, así

como hacer constar en el registro la decisión dictada por la autoridad competente por la cual se ha procedido a la adopción de una medida de protección que implique el acogimiento alternativo de carácter residencial, y que justifique la idoneidad de la misma.

352. Así, los niños, niñas y adolescentes que ingresen en un centro de acogimiento o en una institución deberán ser inmediatamente inscritos en el registro del centro y abrirles un expediente personal. Estos registros han de ser puestos a disposición de los mecanismos de control y vigilancia en las visitas de monitoreo e inspección a los centros y las instituciones. Adicionalmente, inmediatamente después de su ingreso, el niño tiene derecho a un examen médico llevado a cabo por personal especializado y a que quede constancia del informe médico en el expediente personal del niño⁴³⁴. La Comisión consigna gran importancia a este examen médico al momento del ingreso en el centro o la institución puesto que lo considera necesario a los efectos de poder prestar una atención médica inmediata al niño en caso de requerirla, incluida la recuperación y rehabilitación psicológica⁴³⁵, como a los efectos del control posterior sobre eventuales formas de violencia o trato negligente a las que pueda verse expuesto el niño en el centro o la institución y que afecten su salud e integridad personal⁴³⁶.

⁴³⁴ De modo similar se ha establecido en relación a los adolescentes en centros de privación de libertad; véase, Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, 44º período de sesiones, párr. 89; CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 543; Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de la Habana), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, Regla 50: “[t]odo menor tendrá derecho a ser examinado por un médico inmediatamente después de su ingreso en un centro de menores, con objeto de hacer constar cualquier prueba de malos tratos anteriores y verificar cualquier estado físico o mental que requiera atención médica”.

⁴³⁵ Hay que tomar en cuenta que los niños, niñas y adolescentes que ingresan en un centro residencial de cuidado alternativo como resultado de una medida especial de protección han estado expuestos a situaciones que ponían en grave riesgo sus derechos, incluida su integridad personal y su salud; por ejemplo, pueden haber sido víctimas de violencia intra-familiar, abuso o explotación, haber estado expuestos a negligencia en su cuidado por su familia, u otras situaciones que hubieran afectado su salud y bienestar.

⁴³⁶ En el mismo sentido los Principios y Buenas Prácticas de la CIDH. El Principio IX (3) establece que: “[t]oda persona privada de libertad tendrá derecho a que se le practique un examen médico o psicológico, imparcial y confidencial, practicado por personal de salud idóneo inmediatamente después de su ingreso al establecimiento de reclusión o de internamiento, con el fin de constatar su estado de salud físico o mental, y la existencia de cualquier herida, daño corporal o mental; asegurar la identificación y tratamiento de cualquier problema significativo de salud; o para verificar quejas sobre posibles malos tratos o torturas o determinar la necesidad de atención y tratamiento”. Adicionalmente, la Comisión se ha referido al examen médico en relación a las personas privadas de libertad en su informe sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de libertad (párrafo 163): “[e]l examen médico inicial del recluso es una salvaguarda importante para determinar si la persona detenida ha sido objeto de torturas o malos tratos durante el arresto o detención, y en el caso de personas que ingresan a centros penitenciarios, para detectar si éstas han sido objeto de este tipo de abusos durante su permanencia previa en centros transitorios de privación de libertad. En definitiva, el examen médico inicial del recluso es una medida de prevención de la tortura; representa el medio idóneo para evaluar el estado de salud del recluso, el tipo de atención médica que éste pueda necesitar (...)”.

353. A este respecto, las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños coinciden en señalar el deber de los Estados de regular los procedimientos por los cuales se realiza el ingreso de los niños y niñas en los centros de acogimiento. La directriz 125 establece que:

La autoridad local o nacional competente debería establecer procedimientos rigurosos de selección para que el ingreso en esos centros solo se efectúe en los casos apropiados.

354. Asimismo, los Estados tienen la obligación de regular los requisitos que deben concurrir para el egreso de los niños, niñas y adolescentes de los centros de acogimiento y las instituciones, y el procedimiento para ello. Las labores de los profesionales del centro deben orientarse a crear las condiciones adecuadas para que el niño pueda dejar en el plazo más breve posible el centro de acogimiento o la institución; las evaluaciones periódicas dan cuenta de las intervenciones realizadas con ese fin y los desarrollos obtenidos. Así, en el momento en que concurran las circunstancias necesarias para el egreso del niño, esta situación debe ser comunicada oportunamente a la autoridad competente, a los efectos de que ésta pueda declarar el cese de la medida especial de protección y el egreso del niño del centro de acogimiento o la institución para reintegrarse a su familia o bien para iniciar su vida independiente como adulto, en caso de haber llegado a la mayoría de edad; en otros casos, como se ha referido, lo pertinente será que la autoridad competente de inicio a un procedimiento para la remoción definitiva de la patria potestad y la declaratoria de adoptabilidad, cuando se acredite que la revinculación con la familia de origen fuera imposible.

355. Del análisis de la información recibida, la Comisión mira con preocupación que sólo algunos Estados hayan informado sobre el procedimiento de egreso de los niños, niñas y adolescentes de los centros e instituciones, en particular de la posibilidad de que los niños pudieran retirarse de las mismas sin mediar un procedimiento formal para ello. En el caso de Chile, por ejemplo, se ha proporcionado información según la cual sobre un total de 18.977 niños ingresados durante el 2010, 1.131 habrían abandonado las instituciones de modo informal, lo que equivale al 5,96% de los ingresos. Este tipo de situaciones es especialmente grave en atención a la existencia de casos de trata vinculados con los centros de acogimiento y las instituciones residenciales. Según la información recabada por la Comisión, tan sólo en el Distrito Federal de México han sido identificadas por las autoridades tres instituciones implicadas en la presunta desaparición y explotación de niños, niñas y adolescentes⁴³⁷.

356. Adicionalmente a la regulación de los requisitos y procedimientos de ingreso y egreso, es necesario que los Estados impongan la obligación a los centros de acogimiento y a las instituciones de llevar al día los registros y los expedientes de todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en sus instalaciones, tal y como se referirá

⁴³⁷ Véase: Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children, Promotion and Protection of all Human rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development, Addendum, Communications to and from Governments, U.N. Doc. A/HRC/14/32/Add.1. May 31, 2010.

con mayor detalle en un apartado posterior de este informe. Tomando en consideración las preocupaciones manifestadas por la Comisión en lo relativo a los ingresos y egresos de las instituciones, la Comisión exhorta a los Estados a contar, en el menor término posible, con la información totalmente actualizada de todos los niños y niñas que se encuentren bajo la tutela de un centro o institución residencial, público, privado o mixto, del país.

G. La habilitación, autorización de funcionamiento y registro administrativo

357. El deber del Estado de regulación incluye el establecimiento de un procedimiento para la habilitación y la autorización del funcionamiento de los centros de acogimiento, públicos privados y mixtos. El procedimiento de habilitación y autorización tiene como finalidad asegurar los estándares de prestación del servicio y el correcto funcionamiento de los centros de acogimiento, y por consiguiente, asegurar también que estos centros se encuentren en condiciones de poder cumplir con su objetivo de garantizar la vigencia y la restitución de los derechos de los niños. Las particulares características de la actividad que desarrollan estos centros implica que los deberes de garante del Estado tengan un carácter reforzado y, por consiguiente, la Comisión entiende que las mismas no pueden operar sin la autorización previa, emitida por las autoridades públicas competentes, para el ejercicio de la actividad.

358. Para proceder a la habilitación y la autorización de funcionamiento se requiere que el Estado haya previamente establecido, a través de una norma, los criterios técnicos y estándares en relación a los cuales evaluará las características y las condiciones para el funcionamiento de los centros. Los criterios técnicos de apertura y funcionamiento de un centro de acogimiento deben establecerse en consideración al objetivo de protección y restitución de los derechos de los niños que requieren de los cuidados alternativos. Por consiguiente, deberán considerar al menos los siguientes aspectos: i) el tipo y las características de las instalaciones y equipamientos para atender adecuadamente a los niños, ii) los estándares del acogimiento, iii) los perfiles y calificaciones del personal y los profesionales especializados vinculados al centro, iv) el programa de atención y los objetivos que rigen el funcionamiento del centro, v) los servicios de carácter especializado que se presten en el centro, como por ejemplo atención médico-psiquiátrica, u otra que requiera de una autorización especial, vi) los registros, expedientes, libros de contabilidad y otra documentación que debe llevar cada una de los centros habilitados. Los contenidos mínimos de cada uno de estos aspectos que se acaban de enumerar son detallados con posterioridad en este informe.

359. Lo referido en el párrafo anterior aplica sin perjuicio de que para la concesión de la habilitación y autorización de funcionamiento se haga necesario obtener otro tipo de certificaciones, como por ejemplo las relacionadas a la seguridad física de las instalaciones y protocolos de seguridad y emergencias en casos de desastres, u otras específicas en función de lo que establezcan otras regulaciones aplicables, además de cumplir con las renovaciones de modo oportuno.

360. La norma deberá asimismo identificar a la autoridad encargada de conceder la habilitación y la autorización de funcionamiento. La Comisión considera que en base al principio de especialidad y profesionalización se requiere que la autoridad competente esté especializada en materia de derechos de la niñez y cuente con el personal adecuado para llevar a cabo las evaluaciones necesarias para conceder la habilitación, así como para realizar el control y la supervisión posteriores. Las evaluaciones deberán incluir una inspección directa “in situ” de las instalaciones, además de la revisión de la documentación requerida.

361. Las obligaciones del Estado no se agotan en el momento de la habilitación y autorización de funcionamiento del centro de acogimiento, sino que se extienden a lo largo del tiempo de funcionamiento y de prestación de servicios del centro. A esos efectos, y con el objetivo de cumplir con el deber de supervisión, se hace necesario que los centros de acogimiento, públicos y privados, independientemente de si reciben financiamiento público o no, sean inscritos en un registro específico de entidades prestadoras de los servicios de protección de carácter residencial para niños sin cuidados parentales. Los centros deberán poner en conocimiento de las autoridades cualquier cambio o modificación en sus características o en su funcionamiento respecto de aquellas que constaran al momento de la habilitación y registro.

362. La Comisión destaca que le corresponde al Estado velar por que los centros de acogimiento cumplan en todo momento con la normativa reguladora de las condiciones de prestación del servicio, y los criterios y estándares fijados en la misma. Tomando en consideración el tipo de actividad que estos centros desarrollan, y la afectación directa que la misma tiene en los derechos del niño, la Comisión considera que un adecuado cumplimiento de la obligación referida supone que las autorizaciones de funcionamiento tengan una vigencia temporal limitada, al término de la cual deba procederse a la renovación de la misma. Adicionalmente, el deber de supervisión de este tipo de centros implica que las autoridades competentes lleven a cabo inspecciones y controles periódicos para evaluar el cumplimiento de las condiciones de funcionamiento. La norma además debería prever sanciones adecuadas para los casos en que los referidos centros operen sin la respectiva habilitación y autorización para el funcionamiento o la inscripción en el registro.

363. Al respecto las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños establecen:

[t]odos los proveedores de servicios de acogimiento alternativo deberían haber sido declarados idóneos o habilitados de conformidad con las disposiciones legales⁴³⁸.

Debería establecerse en la legislación que todas las agencias y centros de acogida deben ser inscritos en el registro y habilitados para desempeñar sus actividades por los servicios de asistencia social u otra autoridad

⁴³⁸ Directriz 73.

competente, y que el incumplimiento de esas disposiciones legales constituye un delito castigado por la ley. La habilitación debería ser otorgada por las autoridades competentes y revisada periódicamente por estas con arreglo a criterios estándar que comprendan, como mínimo, los objetivos de la agencia o el centro, su funcionamiento, la contratación y aptitudes del personal, las condiciones de acogida, la gestión y los recursos financieros⁴³⁹.

364. Sin perjuicio de la existencia de distintos tipos de procedimientos de registro y habilitación en los Estados de la región, la Comisión ha recibido información acerca de las limitaciones existentes en materia de habilitaciones y fiscalización de los centros residenciales de acogida.

365. En este sentido, la Comisión nota que varios Estados de la región están en un proceso de adoptar o de revisar el marco normativo de funcionamiento de este tipo de centros e implementar un registro único de los mismos; ello supone que no todos los centros de acogimiento y las instituciones que actualmente están en operación han sido habilitados por la autoridad pública. Este tipo de situaciones han sido informadas respecto de Chile, Colombia, El Salvador, Nicaragua y Paraguay, entre otros Estados. Al momento de recabar información, en Bolivia, por ejemplo, de acuerdo a lo informado por el Estado, se estima que el 60% de los centros e instituciones están acreditados, en tanto el 40% se encuentra en proceso de gestión de acreditación. En Guatemala, la Comisión ha recibido información en el marco de las consultas subregionales que, si bien recientemente comenzó a implementarse un registro de centros, mayoritariamente privados, el mismo aún no alcanza a acreditar a la totalidad de éstos, dado que muchas de estos centros e instituciones no cumplen con los estándares establecidos⁴⁴⁰.

366. La Comisión observa con preocupación que, en muchos casos, los mecanismos de habilitación y registro se encuentran exclusivamente vinculados a la financiación que por parte del Estado pudieran recibir las organizaciones que gestionan los centros privados. Tal y como ya se ha mencionado anteriormente, esto es especialmente problemático en atención a que en muchos Estados de la región existe una importante cantidad de instituciones y centros de acogimiento privados, que por no recibir fondos públicos, podrían quedar sustraídos de todo control y supervisión por parte de las autoridades.

367. Otra de las dificultades informadas a la Comisión tiene que ver con la existencia de algunos registros específicos, pero que no incluyen a todas las instituciones y centros de acogimiento, así como la existencia de registros generales de organizaciones con fines sociales, que no dan cuenta de la especificidad de este tipo de instituciones y centros de acogimiento para niños sin cuidados parentales. Por ejemplo, en Uruguay, si bien existe un registro público de organizaciones no gubernamentales, se trata de un

⁴³⁹ Directriz 105.

⁴⁴⁰ Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar (RELAF), Niñez y adolescencia institucionalizada: visibilización de graves violaciones de DDHH. Serie: Publicaciones sobre niñez sin cuidados parentales en América Latina: Contextos, causas y respuestas, 2011.

registro general para todo tipo de organizaciones y no de un registro específico para los centros de acogimiento.

368. En adición, a los efectos de asegurar la transparencia del sistema y su control, la Comisión recomienda hacer público, y actualizar periódicamente, el listado completo de centros acreditados, la cantidad de plazas disponibles en cada uno de ellos y la tasa de ocupación real en cada centro, debiéndose prohibir por ley la ocupación por encima del número de plazas establecido⁴⁴¹.

369. La Comisión insta a los Estados de la región que aún no lo hubieran hecho a que, a la mayor brevedad, regulen los criterios y requisitos mínimos de funcionamiento de los centros de acogimiento de conformidad con los estándares previstos en las normas del derecho internacional de los derechos humanos y en atención al objetivo de protección y restitución de derechos del niño; y que, adicionalmente, regulen el procedimiento para el otorgamiento de la habilitación y la correspondiente inscripción en el registro.

370. De modo complementario a lo señalado, considerando que la protección de los niños sin cuidados parentales se trata de un servicio de interés público, la Comisión considera que es deber de los Estados realizar una adecuada planificación de los servicios de cuidado alternativo, en el marco de la cual se prevea, de modo complementario al acogimiento de carácter familiar, el acogimiento en pequeños centros de atención personalizada para los niños y niñas que lo requieran. En particular, en concordancia con el objetivo de las medidas especiales de protección, debería considerarse un modelo de carácter descentralizado basado en centros pequeños, que puedan prestar una atención personalizada y de calidad al niño, cercana y adaptada culturalmente, con el fin de facilitar el mantenimiento de los vínculos familiares y comunitarios, y la realización de la labor de revinculación del niño con su familia.

371. Tomando en consideración que existe en la región un elevado número de centros y de instituciones actualmente en funcionamiento, tanto de carácter público como privado, que comenzaron a operar con anterioridad a la existencia de un marco normativo regulatorio adaptado a los principios y estándares derivados del derecho internacional de los derechos humanos, la Comisión recomienda que los Estados consideren una revisión de los centros existentes y de las condiciones en las cuales las instituciones prestan los servicios a los niños, niñas y adolescentes, en particular respecto a aquellas de grandes dimensiones que atienden a muchos niños. En aquellos casos en que la oferta de acogimiento alternativo residencial de un Estado no se ajuste a los referidos principios y estándares, la Comisión coincide con las recomendaciones formuladas por el Comité de los Derechos del Niño y el Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los

⁴⁴¹ Este criterio es análogo al expresado anteriormente por la CIDH en: *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.131, Doc. 38, 13 de marzo de 2008 (en adelante “*Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad*”), principio XVII.

Niños, en lo relativo al diseño de una estrategia de desinstitucionalización de los niños que se encuentran en estas instituciones⁴⁴².

372. Las estrategias de desinstitucionalización deben basarse en una adecuada planificación e ir acompañadas de un fortalecimiento de los programas y servicios de apoyo a las familias para propiciar la reintegración familiar en aquellos casos en que fuera posible y acorde con el interés superior del niño. Además, debe ir acompañado de un incremento de la oferta de modalidades alternativas de cuidado de carácter familiar, o en centros de pequeñas dimensiones con un funcionamiento similar al de una familia, para aquellos niños que requieran de cuidados alternativos⁴⁴³. El éxito en los planes de desinstitucionalización no se debe medir solamente en términos de una reducción del número total de niños que se encuentran en instituciones, sino que también deben medirse entre otros indicadores, la calidad de vida de los niños que se han trasladado desde las instituciones, y los efectos del proceso de desinstitucionalización en ellos⁴⁴⁴. En este sentido, es indispensable que se adopten dentro de una política integral de protección, para evitar los posibles daños que se pueden derivar de una desinstitucionalización sin planificación.

373. En este sentido, la revisión del marco normativo y del funcionamiento actual de las instituciones residenciales en los países de la región supone una oportunidad única para los Estados para rediseñar los planes y las políticas nacionales de protección a la niñez en riesgo de perder los cuidados parentales, de modo acorde a los principios y estándares del derecho internacional de los derechos humanos. De acuerdo con lo anterior, la Comisión alienta a los Estados a aprovechar la ocasión para fomentar programas y servicios destinados a promover el fortalecimiento de las familias para cumplir con sus funciones parentales, así como las alternativas basadas en cuidados de carácter familiar cuando no sea posible mantener al niño en el seno de su familia, garantizando que la atención en centros de acogimiento se utilice como último recurso, y sólo para aquellos casos en que sea la medida más favorable y positiva para el niño.

H. El deber de supervisión e inspección

374. La Corte ha dispuesto que los Estados deben supervisar y fiscalizar la prestación de servicios de interés público cuando son suministrados por entidades públicas como privadas⁴⁴⁵. Asimismo, la Comisión ha expresado que esta obligación de supervisión

⁴⁴² Las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, en su directriz 23, también recomiendan que los Estados inicien procesos de desinstitucionalización de aquellos niños y niñas que se encuentran en una institución o establecimiento de acogimiento residencial de grandes dimensiones, atendiendo a un elevado número de niños, y que no permiten una atención personalizada en un ambiente similar al de una familia.

⁴⁴³ Ver el informe del Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños, párrafo 112 a). y la directriz 23 de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños.

⁴⁴⁴ En el mismo sentido véase: European Commission, Daphne Programme, De-Institutionalising And Transforming Children's Services. A guide to good practice, University of Birmingham, July 2007, pág. 120 y ss.

⁴⁴⁵ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrafos 94, 96, 99, 141 y 146. *Caso Albán Cornejo y otros*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párrafo 119.

tiene una importancia fundamental cuando se trata de supervisar los servicios que brindan centros públicos o privados que tienen a su cargo la protección, guarda, cuidado y educación de las niñas y los niños⁴⁴⁶. Los Estados tienen, por tanto, obligaciones de control, supervisión e inspección de los centros, públicos y privados, con el objetivo de asegurar que se respetan y garantizan todos los derechos fundamentales de los niños y que, además, se cumpla con el objetivo de restitución de derechos que tiene la medida especial de protección.

375. En el mismo sentido, el artículo 3.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, anteriormente citado, es muy claro al establecer la obligación de los Estados de someter a los centros y a las instituciones a procedimientos adecuados de supervisión.

376. La Comisión entiende que el contenido del deber de supervisión e inspección de los centros de acogimiento tiene unas características particulares derivadas de la misma actividad que estos centros desarrollan, así como de las condiciones de especial vulnerabilidad de los niños que se encuentran en los mismos. En lo relativo a las condiciones de vulnerabilidad, la Comisión subraya que existen diversos factores que inciden en esta situación durante su permanencia en un centro de acogimiento o institución residencial: la ausencia de los padres, familiares o personas cercanas al niño; la edad y nivel de desarrollo personal del niño y su dependencia de los adultos; y, la falta o el limitado conocimiento sobre sus derechos y cómo exigirlos.

377. En atención a lo anterior, y a los efectos de dar adecuado cumplimiento a la referida obligación, la Comisión considera que la normativa debería establecer con claridad al menos los siguientes aspectos: i) la autoridad para llevar a cabo la supervisión e inspección de los centros, ii) la periodicidad mínima con la cual la autoridad competente deba realizar las visitas de supervisión, iii) la forma en que deban llevarse a cabo las mismas, incluyendo entrevistas con los niños acogidos en el centro y el personal del mismo, iv) los elementos a ser inspeccionados, v) los criterios aplicables para evaluar las condiciones y funcionamiento de los centros, y vi) la forma de documentar la visita y las conclusiones y recomendaciones que se realicen. La Comisión considera que el cumplimiento adecuado de la obligación de supervisión e inspección exige que las visitas se realicen a todos los centros de acogimiento, públicos y privados, en el territorio del Estado, no limitándose solo a un muestreo de un número representativo de los mismos. La Comisión adicionalmente recomienda que el informe y los resultados de las visitas sean públicos y accesibles.

378. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de establecer mecanismos periódicos de supervisión, específicamente en lo que refiere a las condiciones de funcionamiento de estos centros, la calidad de los servicios, y el cumplimiento de las medidas de protección hacia el niño, de acuerdo con los principios de derechos humanos aplicables. La supervisión debe referirse a las condiciones físicas y materiales del servicio, al número e idoneidad de los profesionales contratados para atender a los niños, así como a

⁴⁴⁶ CIDH. *Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes*, párr. 69, Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, se infiere esta obligación de los párrs. 78 y 79.

los aspectos programáticos y a la implementación por parte del centro de planes individualizados para satisfacer las necesidades de protección de cada niño, y para promover el mantenimiento de los vínculos familiares y la reintegración familiar. La Comisión considera indispensable que el Estado disponga en todo momento, como mínimo, de información completa y actualizada acerca de cuántos centros de acogimiento existen en su territorio, cuáles son sus características, y la cantidad de niños que se encuentran en los mismos.

379. En cuanto a la forma en la cual se deben desarrollar las labores de supervisión, la Comisión coincide con lo dispuesto por la directriz 128 de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, que establece que se deben efectuar “inspecciones frecuentes, en particular visitas tanto programadas como no anunciadas, que comprendiesen la observación del personal y los niños y entrevistas con ellos”⁴⁴⁷.

380. La normativa debería establecer con claridad las consecuencias que pueden derivarse en el caso de que, en el marco de una de estas inspecciones a los centros, se identifiquen situaciones contrarias a los criterios y estándares de funcionamiento o bien se constatasen vulneraciones a los derechos de los niños que son atendidos en el centro. En caso que las deficiencias identificadas en relación a las condiciones en las que se encuentran los niños, niñas y adolescentes fueran serias y expusieran su desarrollo integral o su seguridad, los Estados deben tener la posibilidad de cancelar la habilitación del centro o la institución y determinar su clausura, sin perjuicio de desarrollar las investigaciones del caso para determinar responsabilidades y sanciones.

381. En el marco del ejercicio de la obligación de supervisión y control, las autoridades pueden dictar recomendaciones a los centros en caso de encontrarse irregularidades, con la fijación de un plazo determinado para su cumplimiento, ello con el fin de mejorar las condiciones de funcionamiento y la atención que se presta a los niños, de acuerdo con los criterios previamente establecidos en la norma.

382. La información recibida por la Comisión permite identificar una serie de problemas en relación al funcionamiento de los mecanismos de supervisión en los Estados de la región. En la mayoría de los casos, si bien los Estados han asignado competencia a determinados órganos a los efectos de que realicen las tareas de fiscalización, monitoreo y supervisión de los centros de acogimiento, se ha informado a la Comisión sobre la

⁴⁴⁷ Véase sobre este aspecto: Council of Europe, Recommendation Rec(2005)5 of the Committee of Ministers to member states on the rights of children living in residential institutions, adopted by the Committee of Ministers on 16 March 2005 at the 919th meeting of the Ministers' Deputies. En el mismo sentido: Council of Europe, Rights of Children in Institutions Report on the implementation of the Council of Europe Recommendation Rec (2005)5 on the rights of children living in residential institutions, August 2008. Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 128: “[l]as agencias y centros de acogida y los profesionales que intervienen en la provisión de cuidado deberían ser responsables ante una autoridad pública determinada, que debería velar, entre otras cosas, por que se efectuaran inspecciones frecuentes, en particular visitas tanto programadas como no anunciadas, que comprendiesen la observación del personal y los niños y entrevistas con ellos”.

existencia de limitaciones en relación a su operatividad y funcionamiento⁴⁴⁸. En muchos casos, las supervisiones e inspecciones no tienen carácter periódico, o no suelen abarcar a la totalidad de los centros. Por ejemplo, en Paraguay, según se ha informado en las respuestas al cuestionario, la autoridad que realiza estas tareas en el año 2010 ha fiscalizado 21 instituciones de 67 que son informadas.

383. La Comisión comparte con el Comité de los Derechos del Niño su preocupación por la inexistencia, en algunos casos, y las deficiencias en otros, de los sistemas de supervisión en relación a los centros de acogimiento privados, en relación a varios Estados de la región como es el caso de Brasil⁴⁴⁹, Chile⁴⁵⁰, Guatemala⁴⁵¹, Guyana⁴⁵², Santa Lucía⁴⁵³, Trinidad y Tobago⁴⁵⁴ y Uruguay⁴⁵⁵. La Comisión considera muy positivo que algunos de los Estados de la región, luego de recibidas las observaciones mencionadas, hayan comenzado a implementar cambios tendientes a adecuar la normativa y las prácticas a las recomendaciones recibidas⁴⁵⁶.

384. En varios Estados, como en Chile, Colombia o Uruguay, la Comisión ha recibido información que indica que los mecanismos de supervisión guardan estrecha relación con el cumplimiento de las condiciones establecidas en el marco de contratos o convenios por los cuales los centros reciben fondos públicos. La Comisión nota que en algunos de esos casos las supervisiones tienen básicamente un carácter administrativo y financiero, sin abordar con profundidad los aspectos relativos a las condiciones en las

⁴⁴⁸ Véase por ejemplo: Jamaicans For Justice, Report on The Situation of Children in The Care of The Jamaican State, presentado ante la CIDH en noviembre de 2009, pág. 11. Children's Rights (USA), Overview of Institutional Care in the United States, Documents submitted for the Day of General Discussion 16 September 2005: Children Without Parental Care (Committee on the Rights of the Child), páginas 4 y 5.

⁴⁴⁹ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Brasil, CRC/C/15/Add.241, 3 de noviembre de 2004, párrafo 44.

⁴⁵⁰ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Chile, CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párrafo 45.

⁴⁵¹ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Guatemala, CRC/C/GTM/CO/3-4, 25 de octubre de 2010, párrafo 58.

⁴⁵² Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Guyana, CRC/C/15/Add.224, 26 de febrero de 2004, párrafo 35.

⁴⁵³ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Santa Lucía, CRC/C/15/Add.258, 21 de septiembre de 2005, párrafo 44.

⁴⁵⁴ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Trinidad y Tobago, CRC/C/TTO/CO/2, 17 de marzo de 2006, párrafo 43.

⁴⁵⁵ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Uruguay, CRC/C/URY/CO/2, 5 de julio de 2007, párrafo 41.

⁴⁵⁶ De acuerdo a la información recibida en la respuesta al cuestionario.

cuales se brinda el cuidado residencial. A juicio de la Comisión, en el caso de los centros privados que reciban fondos públicos, los mecanismos de supervisión no deben abordar únicamente los aspectos administrativos o financieros de los centros, sino que debe controlarse el cumplimiento de la normativa que establece los estándares mínimos de la calidad del servicio y los objetivos a los cuales debe orientarse la actividad de todos los centros e instituciones. A esos efectos, es preciso que los Estados establezcan criterios apropiados de evaluación y supervisión⁴⁵⁷. Así por ejemplo, de acuerdo con un estudio elaborado por UNICEF, en algunos Estados como Santa Lucía o San Vicente, no hay legislación específica que regule las instituciones residenciales, y por consiguiente tampoco puede llevarse a cabo de manera adecuada la supervisión de las mismas⁴⁵⁸.

385. Asimismo, en otros países, la propia norma establece la periodicidad de las inspecciones, la forma en la cual éstas se deben desarrollar, los elementos o aspectos objeto de inspección, además de establecerse que las mismas deberán llevarse a cabo respecto de la totalidad de los centros e instituciones en el territorio. En Chile, por ejemplo, según la respuesta al cuestionario, existe un mecanismo de supervisión de los centros públicos y privados por región, que es calificado como sistemático y que, entre otros, aborda los aspectos programáticos de los centros. Este sistema prevé las visitas a los centros por lo menos cada dos meses para los centros que se encuentran más cerca de la sede de los equipos de supervisión, y cada tres meses para los más alejados. En el marco de estas supervisiones pueden ser entrevistados los niños, niñas y adolescentes, en condiciones en las cuales puedan expresarse libremente, además de aplicarse encuestas a éstos en relación a la atención que reciben. Todo sin perjuicio de las visitas e investigaciones que se ordenen por las autoridades en el caso de denuncias o en casos en que la supervisión detecte incumplimientos de los compromisos establecidos en los convenios entre los centros privados y dicha autoridad. Asimismo, existe un equipo a nivel nacional de apoyo a los equipos regionales mencionados que visita todas las regiones al menos dos veces al año. Este mecanismo prevé plazos para la elaboración de informes de supervisión y un trámite en el cual tienen participación las personas que se encuentran a cargo de los centros.

386. Adicionalmente, y en atención a la posición reiteradamente sostenida por la Corte y la Comisión sobre las obligaciones especiales que se derivan para el Estado en relación a las personas que se encuentran en una particular situación de vulnerabilidad⁴⁵⁹, la Comisión entiende que las referidas obligaciones de vigilancia y supervisión deben tenerse especialmente en cuenta en los casos de los centros en los que se encuentren niños con algún tipo de discapacidad, ya sea ésta física, mental, sensorial o intelectual⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 55.

⁴⁵⁸ UNICEF Office for Barbados and the Eastern Caribbean, *A study of child vulnerability in Barbados, St. Lucia and St. Vincent & the Grenadines*, Barbados, 2006, página 18.

⁴⁵⁹ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 103 y 88. *Caso Baldeón García Vs. Perú*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 81; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 154; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 111.

⁴⁶⁰ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrafos 96 y 99. El párrafo 108 de la sentencia dispone que: “[...]los Estados tienen el deber de supervisar y garantizar que
Continúa...

La Comisión nota con preocupación que el nivel de calidad de los servicios que se prestan en centros e instituciones a niños con alguna discapacidad que requieren un tratamiento especial, tiende a ser muy inferior al nivel de atención necesario. La Comisión observa que lo anterior es causado en ocasiones por la ausencia de normas explícitas, por su incumplimiento, pero también por la ausencia de vigilancia y supervisión adecuadas así como por no haber asignado recursos humanos y materiales suficientes. La Comisión coincide con el Comité de los Derechos del Niño en exhortar a los Estados en la elaboración de “normas nacionales para la atención en las instituciones y al establecimiento de procedimientos estrictos de selección y supervisión para garantizar la aplicación eficaz de esas normas”⁴⁶¹.

387. La Comisión también fue informada que, en algunos casos, ante las deficiencias de los sistemas de control y supervisión de las autoridades, varias organizaciones privadas que gestionan centros de acogimiento han establecido su propio sistema de monitoreo y supervisión interna⁴⁶². La Comisión ha recibido con agrado la incorporación de dichas prácticas, pero reitera que constituye una obligación de los Estados la realización de labores de supervisión y monitoreo de los centros de acogimiento.

I. Mecanismo de control independiente

388. Sin perjuicio de los mecanismos de control y supervisión que realicen las autoridades administrativas en lo relativo al funcionamiento de los centros de acogimiento y las instituciones, la Comisión considera importante establecer un sistema adicional, periódico de inspecciones y visitas por parte de un mecanismo de control independiente. La existencia y funcionamiento de un mecanismo de control con carácter independiente asegura que la supervisión se realice por una entidad que no sea la entidad administrativa de la cual dependen los servicios inspeccionados. La Comisión estima que un mecanismo de estas características supone una garantía adicional idónea para supervisar la adecuada protección y cuidado de los niños que se encuentran en un centro de acogimiento o en una institución. A estos efectos, este mecanismo de control independiente debería realizar una supervisión periódica de las condiciones en las que se encuentran los niños, niñas y adolescentes en dichos centros. En el mismo sentido se pronuncia la directriz 130 de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, al expresar que los Estados deben ser alentados a “establecer un mecanismo de control independiente”⁴⁶³.

...continuación

en toda institución psiquiátrica, pública o privada, sea preservado el derecho de los pacientes de recibir un tratamiento digno, humano y profesional, y de ser protegidos contra la explotación, el abuso y la degradación”. Véase, European Court of Human Rights, Case of Storck v. Germany, Application No. 61603/00, judgment of 16 June, 2005, página 103.

⁴⁶¹ Comité de Derechos del Niño, Comentario General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, 43º período de sesiones, párrafo 47.

⁴⁶² Específicamente estas situaciones han sido informadas respecto de la organización Aldeas Infantiles en Perú, en el marco de la consulta subregional que se realizó en dicho Estado para la elaboración del presente informe. Pero también la Comisión ha recogido información sobre esta situación en Surinam y Trinidad y Tobago (Lim Ah Ken, Patricia, Children without parental care in the Caribbean. Systems of protection, November 2007).

⁴⁶³ El Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños se manifestó en el mismo sentido en el referido Estudio y en el Informe que del mismo se desprende, A/61/299, 29 de agosto de 2006, párrafo 47. Continúa...

389. El Estado debería proceder a la creación de este tipo de mecanismo a través de la legislación, y atribuirle de forma clara facultades de inspección y control del modo más amplio posible. A juicio de la Comisión, al establecer los mecanismos independientes de monitoreo y supervisión, los Estados Partes han de tener debidamente en cuenta los Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos⁴⁶⁴ (también conocidos como los Principios de París), a los efectos de garantizar un mandato basado en adecuadas garantías de independencia⁴⁶⁵.

390. Para que un mecanismo de estas características pueda cumplir con su finalidad de control y supervisión independiente es de fundamental importancia que disponga de competencias para realizar visitas a los centros e instituciones, públicos y privados, en cualquier momento, sin restricciones de acceso a los mismos ni de contacto con los niños y con el personal. Además deberá disponer de atribuciones adecuadas para realizar investigaciones sobre cualquier supuesta violación de los derechos de los niños en estos entornos, ya sea en virtud de denuncia o por iniciativa propia⁴⁶⁶.

...continuación

2006, párrafo 112, e). La Comisión estima oportuno en esta materia considerar el Comentario General número 2 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño, CRC/GC/2002/2, 15 de noviembre de 2002; el contenido del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Resolución aprobada por la Asamblea General sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/57/556/Add.1), A/RES/57/199, quincuagésimo séptimo período de sesiones, 9 de enero de 2003; así como, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, también conocidas como Reglas de La Habana, aprobadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, en particular las Reglas 14, y de la 72 a la 78:

Regla 14: "La protección de los derechos individuales de los menores por lo que respecta especialmente a la legalidad de la ejecución de las medidas de detención será garantizada por la autoridad competente, mientras que los objetivos de integración social deberán garantizarse mediante inspecciones regulares y otras formas de control llevadas a cabo, de conformidad con las normas internacionales, la legislación y los reglamentos nacionales, por un órgano debidamente constituido que esté autorizado para visitar a los menores y que no pertenezca a la administración del centro de detención".

⁴⁶⁴ Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos (los "Principios de París"), resolución 48/134 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1993, anexo.

⁴⁶⁵ En el mismo sentido de recomendar la toma en consideración de los referidos principios se manifiesta el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, al regular los mecanismos nacionales independientes de prevención de la tortura.

⁴⁶⁶ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 130.

Véase además: Informe conjunto de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños, A/HRC/16/56, 7 de marzo de 2011, párrafo 101:

"Para que las instituciones independientes de derechos humanos que defienden a los niños sean eficaces y puedan responder a las denuncias es indispensable que dispongan de atribuciones adecuadas para realizar investigaciones. Esto incluye la facultad de obligar a los testigos a prestar declaración y de solicitar pruebas. Para ser efectivas, estas atribuciones deben estar incorporadas en la legislación pertinente y ser aplicables por los tribunales en caso de incumplimiento".

Continúa...

391. Asimismo, los Estados deben garantizar que estos organismos puedan acceder sin limitaciones a todas las instalaciones del centro y revisar toda la documentación existente⁴⁶⁷. La Comisión reafirma que las visitas llevadas a cabo por los organismos independientes de supervisión y monitoreo deben poder ser realizadas de forma periódica y sin previo aviso⁴⁶⁸. Los equipos deben estar compuestos por profesionales de distintas disciplinas y específicamente deben contar con un médico calificado, capaz de evaluar el entorno físico, los servicios médicos y todos los demás aspectos que afectan a la salud física y mental de los niños⁴⁶⁹. Adicionalmente, un psicólogo experto en psicología y comunicación infantil debería integrar el equipo a los efectos de prestar sus conocimientos técnicos, en especial considerando que los niños y niñas pueden querer poner en conocimiento del equipo preocupaciones, quejas o denuncias durante la visita; disponer de un profesional que pueda facilitar esta comunicación y ayudar a dimensionar la relevancia de las manifestaciones y opiniones del niño es clave, dado que el uso del lenguaje y el ejercicio de la comunicación es distinto en niños que en adultos. En la composición de los equipos se deberá tomar en consideración el elemento de género, a los efectos que tanto los niños como las niñas puedan sentirse en confianza y cómodos para hablar con los integrantes masculinos o femeninos del equipo. Asimismo, las conclusiones de las acciones de supervisión y monitoreo realizadas por organismos independientes deben ser públicas y contar con un procedimiento para el seguimiento de sus recomendaciones⁴⁷⁰.

392. En términos generales, en relación a las facultades y competencias para la supervisión de centros de internamiento o de privación de libertad, la Comisión ha realizado recomendaciones concretas que se contienen en el documento Principios y

...continuación

En el mismo sentido, las Reglas de La Habana:

Regla 72. “Los inspectores calificados o una autoridad debidamente constituida de nivel equivalente que no pertenezca a la administración del centro deberán estar facultados para efectuar visitas periódicas, y a hacerlas sin previo aviso, por iniciativa propia, y para gozar de plenas garantías de independencia en el ejercicio de esta función. Los inspectores deberán tener acceso sin restricciones a todas las personas empleadas o que trabajen en los establecimientos o instalaciones donde haya o pueda haber menores privados de libertad, a todos los menores y a toda la documentación de los establecimientos”.

Ver también, el Comentario General número 2 del Comité de los Derechos del Niño antes mencionado, en particular los párrafos 9, 13 y 15.

⁴⁶⁷ Reglas de La Habana, Regla 72. Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directrices 128 y 129. CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 599.

⁴⁶⁸ CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 599.

⁴⁶⁹ Reglas de La Habana, Regla 73. Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 129. CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 599.

⁴⁷⁰ Reglas de La Habana, Regla 74. Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 130, b.); CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 599.

Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas⁴⁷¹:

De conformidad con la legislación nacional y el derecho internacional se podrán practicar visitas e inspecciones periódicas en los lugares de privación de libertad, por parte de instituciones y organizaciones nacionales e internacionales, a fin de verificar, en todo momento y circunstancia, las condiciones de privación de libertad y el respeto de los derechos humanos.

Al practicarse las inspecciones se permitirá y garantizará, entre otros, el acceso a todas las instalaciones de los lugares de privación de libertad; el acceso a la información y documentación relacionada con el establecimiento y las personas privadas de libertad; y la posibilidad de entrevistar en privado y de manera confidencial a las personas privadas de libertad y al personal⁴⁷².

393. En el mismo sentido que la Comisión se ha pronunciado el Comité de los Derechos del Niño en lo relativo a la existencia de mecanismos de control independiente, en particular lo ha hecho para los supuestos de niños privados de libertad:

Deberá facultarse a inspectores calificados e independientes para efectuar visitas periódicas y para hacerlas sin previo aviso por propia iniciativa; deberán hacer especial hincapié en mantener conversaciones con los menores en condiciones de confidencialidad⁴⁷³.

394. Este mecanismo independiente de supervisión debe ser fácilmente accesible a los niños, sus padres, familiares o responsables. Entre las facultades y funciones atribuidas al mecanismo debería incluirse el desarrollo de entrevistas con los niños, niñas y adolescentes y con los funcionarios de los centros e instituciones en forma segura, reservada y confidencial. La Comisión recuerda que garantizar la seguridad del niño, implica entre otras cosas evitar todo daño, intimidación, represalia o revictimización⁴⁷⁴.

⁴⁷¹ Documento aprobado por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

⁴⁷² CIDH. *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad*, principio XXIV.

⁴⁷³ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, 44º período de sesiones, párr. 89; Comentario General No. 8, El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), CRC/C/GC/8, 21 de agosto de 2006, párrafo 43.

⁴⁷⁴ Informe conjunto de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños, A/HRC/16/56, 7 de marzo de 2011, párrafo 110.

395. La ausencia de mecanismos de supervisión independiente de tipo periódico en la mayoría de los Estados Miembros quedó en evidencia en las consultas subregionales realizadas y en las respuestas que éstos enviaron al cuestionario sometido por la Comisión, además de haber sido indicada por el Comité de los Derechos del Niño en relación a varios de los Estados de la región⁴⁷⁵. En la generalidad de los casos, los Estados mencionaron la existencia de mecanismos, pero los mismos no se ajustan a las características antes mencionadas, ya sea por no tratarse de mecanismos independientes del ente administrativo del cual dependen los centros, por tener una competencia restringida, por no abarcar territorialmente todo el Estado, no realizar de modo periódico las visitas de supervisión, o por no disponer de los recursos humanos y presupuestarios para desempeñar las tareas referidas. En muchos casos, al contestar la pregunta del cuestionario sobre la existencia de mecanismos de control y supervisión a cargo de instituciones independientes, se refieren explícitamente a los mecanismos generales de supervisión previstos por las autoridades administrativas que tienen a su cargo los centros, ya sea en forma directa o a través de contratos con organizaciones y centros privados, como es el caso de Chile y Colombia.

396. Sin perjuicio de lo expresado, la Comisión valora como positivas algunas experiencias que si bien pueden no ajustarse a la totalidad de los estándares referidos, realizan una importante tarea. Por ejemplo, en Argentina, la Asesoría General Tutelar que integra el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se encarga de supervisar, monitorear y controlar los centros e instituciones de albergue de niños, tanto en lo que se refiere a condiciones de habitabilidad y debido funcionamiento como al seguimiento de las internaciones; asimismo, en Argentina, mediante una Resolución se aprobó el protocolo aplicable para el monitoreo y fiscalización de los centros e instituciones, instrumento de gran utilidad a los efectos de la realización estandarizada y en base a criterios objetivos de las funciones de vigilancia y supervisión⁴⁷⁶. También es el caso de la labor desarrollada por la Defensoría del Pueblo del Estado de Perú, la cual ha realizado dos informes que han abordado la temática del acogimiento en centros e instituciones⁴⁷⁷. En algunos Estados, como por ejemplo Bolivia o El Salvador, se establece expresamente la competencia de los órganos judiciales para la realización de visitas e inspecciones semanales a los recintos policiales, centros de detención y privación de libertad y a los establecimientos destinados a la protección y asistencia de la niñez. Este tipo de competencias, en algunos casos, son concurrentes con la de las autoridades administrativas.

⁴⁷⁵ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Granada, CRC/C/GRD/CO/2, 22 de junio de 2010, párrs 37 y 38. Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Trinidad y Tobago, CRC/C/TTO/CO/2, 17 de marzo de 2006, párrafo 44.

⁴⁷⁶ Al respecto puede verse el documento publicado por el Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Puertas a Dentro. La Política de Institucionalización de niños, niñas y adolescentes en la Ciudad de Buenos Aires (2007-2011)", el cual contiene como anexos las regulaciones referidas y el marco normativo aplicable en esta materia.

⁴⁷⁷ Defensoría del Pueblo del Estado de Perú, Informe Defensorial No. 153, Niños, niñas y adolescentes en abandono: aportes para un nuevo modelo de atención, Lima. 2011. Informe Defensorial No. 150, El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia: la situación de los Centros de Atención Residencial estatales desde la mirada de la Defensoría del Pueblo, Lima, 2010.

397. En cuanto a la posibilidad de que las organizaciones de la sociedad civil realicen visitas e inspecciones con el objetivo de constatar la situación en la cual se encuentran los niños en los centros de acogimiento y las instituciones residenciales, en términos generales la Comisión ha observado que son muy pocas las organizaciones que realizan este tipo de tareas en la región. Asimismo, aquellas organizaciones que realizan estas inspecciones han expresado que tienen importantes problemas para acceder a dichas instituciones, especialmente cuando pretenden acceder sin aviso previo o tener entrevistas privadas con los niños institucionalizados⁴⁷⁸.

398. La Comisión estima indispensable el funcionamiento efectivo de mecanismos independientes de supervisión y monitoreo de la situación en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes en todos los centros de acogimiento e instituciones residenciales. Este tipo de sistemas, sumados a la existencia mecanismos de registro de información fiable sobre las instituciones y los niños, son aspectos de especial trascendencia a la hora de realizar evaluaciones periódicas sobre el funcionamiento de los centros y las instituciones y corregir aquellos aspectos que puedan constituir una violación de los derechos de los niños.

399. El incumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones de control, supervisión e inspección puede tener como consecuencia la impunidad de múltiples de las violaciones de derechos humanos que ocurren en los centros de acogimiento y las instituciones. Tal y como se pusiera de manifiesto en el Estudio sobre la Violencia contra los Niños, en el ámbito de las instituciones residenciales persiste todavía la violencia estructural derivada de las condiciones de cuidado en estas instituciones⁴⁷⁹. En estos contextos, los niños pueden llegar a ser víctimas de abusos, malos tratos, tratos crueles, inhumanos o degradantes, e incluso tortura y trata.

400. En forma adicional a los mecanismos nacionales, y en atención a la existencia de mecanismos internacionales de monitoreo con competencia en relación a los centros e instituciones que son objeto del presente informe, la Comisión exhorta a los Estados a ratificar el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas⁴⁸⁰ que crea el

⁴⁷⁸ En relación al rol de monitoreo de las organizaciones no gubernamentales, la Corte ha considerado que:

“[...] el Estado debe proteger y respetar las funciones que puedan desempeñar organizaciones no gubernamentales y otros grupos o individuos que defienden los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas privadas de libertad, ya que éstas constituyen un aporte positivo y complementario a los esfuerzos realizados por los Estados”.

Corte IDH. Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complexo do Tatuape” de FEBEM. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de julio de 2006, considerando décimo séptimo. También, CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 591.

⁴⁷⁹ Véase el Capítulo 5 del referido Estudio, La Violencia contra los Niños y Niñas en las Instituciones de Protección y de Justicia, <http://www.unviolencestudy.org/spanish/index.html>.

⁴⁸⁰ Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Resolución aprobada por la Asamblea General sobre la base del informe de la Tercera Comisión

Sub-comité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes del Comité contra la Tortura, además de instar la creación del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura⁴⁸¹.

401. La Comisión acoge con satisfacción la creación en varios países de la región de instituciones nacionales independientes de derechos humanos – Ombudspersons- con mandato específico para promover, de modo general, la protección y la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes⁴⁸². En ese sentido se han manifestado también el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, la Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños, y la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. En particular, el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado en forma sistemática el establecimiento de estas instituciones de derechos humanos, con facultades para monitorear el respeto de los derechos de los niños, examinar quejas individuales y llevar a cabo las investigaciones correspondientes, además de velar para que los niños dispongan de recursos efectivos ante cualquier conculcación de

...continuación

(A/57/556/Add.1), A/RES/57/199, quincuagésimo séptimo período de sesiones, 9 de enero de 2003. El objetivo del presente Protocolo es “establecer un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (artículo 1). El Protocolo dispone que “[c]ada Estado Parte establecerá, designará o mantendrá, a nivel nacional, uno o varios órganos de visitas para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (en adelante denominado el mecanismo nacional de prevención)” (artículo 3). Y precisa las obligaciones al señalar que “[c]ada Estado Parte permitirá las visitas, de conformidad con el presente Protocolo, de los mecanismos mencionados en los artículos 2 y 3 a cualquier lugar bajo su jurisdicción y control donde se encuentren o pudieran encontrarse personas privadas de su libertad, bien por orden de una autoridad pública o a instigación suya o con su consentimiento expreso o tácito (en adelante denominado lugar de detención). Estas visitas se llevarán a cabo con el fin de fortalecer, si fuera necesario, la protección de estas personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (artículo 4.1). A los efectos del presente Protocolo, se entiende por privación de libertad “cualquier forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública, en una institución pública o privada de la cual no pueda salir libremente” (artículo 4.2.).

⁴⁸¹ Al respecto, y como ejemplo de mecanismo de control independiente aplicable a los centros de acogimiento residencial, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas ha recomendado al Estado de Paraguay que el Mecanismo Nacional para la Prevención de la Tortura incluya dentro de su mandato la supervisión de “hospitales psiquiátricos y hogares de albergue” para niños y niñas, con el fin de analizar las condiciones de las personas con discapacidad psicosocial internas en dichos establecimientos. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial del Paraguay, aprobadas por el Comité en su noveno período de sesiones, CRPD/C/PRY/CO/1, 15 de mayo del 2013, ver párrafos 37 y 38.

⁴⁸² Si bien tanto los adultos como los niños necesitan instituciones nacionales independientes para proteger sus derechos humanos, existen motivos adicionales para velar por que se preste especial atención al ejercicio de los derechos humanos de los niños. Estos motivos comprenden el hecho de que el estado de desarrollo de los niños los hace particularmente vulnerables a violaciones de los derechos humanos; rara vez se tienen en cuenta sus opiniones; la mayoría de los niños no tienen voto y no pueden asumir un papel significativo en el proceso político que determina la respuesta de los gobiernos ante el tema de los derechos humanos; los niños tropiezan con dificultades considerables para recurrir al sistema judicial a fin de que se protejan sus derechos o pedir reparación por las violaciones de sus derechos; y el acceso de los niños a las organizaciones que pueden proteger sus derechos generalmente es limitado.

sus derechos⁴⁸³. Las instituciones nacionales deberían establecerse de conformidad con los Principios de París; estas normas mínimas brindan orientación sobre el establecimiento, la competencia, las atribuciones, la composición, las garantías de pluralismo e independencia, las modalidades de funcionamiento y las actividades cuasi jurisdiccionales de tales órganos nacionales.

J. Presentación de quejas, denuncias y peticiones

402. Los Estados deben garantizar a los niños que se encuentran en los centros de acogimiento e instituciones la posibilidad de presentar quejas, denuncias y peticiones con respecto a la implementación de las medidas de protección, la calidad de los servicios, y el trato y la atención recibidas, ante las autoridades con competencia para resolver las cuestiones que sean planteadas. El derecho a presentar quejas, denuncias y peticiones corresponde a todos los niños, niñas y adolescentes en centros de acogimiento e instituciones, ya sean éstos públicos o privados.

403. La Comisión estima necesario que los Estados establezcan mecanismos de queja, denuncia y peticiones, accesibles, seguros, confiables y efectivos para tratar las cuestiones que los niños les planteen en relación a las condiciones en las cuales son tratados en el ámbito de los centros y las instituciones. Los referidos mecanismos deben permitir que los niños puedan expresar sus preocupaciones o peticiones, realizar consultas y disipar dudas sobre sus derechos, a la vez que permitir la presentación de quejas y denuncias formales.

404. Para que estos mecanismos sean efectivamente accesibles para todos los niños, deberán ser simples, ampliamente conocidos por los propios niños, y estar diseñados pensando en ellos⁴⁸⁴. Es preciso que estos mecanismos y procedimientos sean adaptados a las características de todos los niños y se encuentren disponibles en un lenguaje comprensible para las diversas edades y grados de madurez, tomando

⁴⁸³ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 2, El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño, CRC/GC/2002/2, 15 de noviembre de 2002, párr. 47, entre otros. Véase también: Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, 44º período de sesiones, párr. 89, el que expresa que los inspectores independientes deben poder efectuar “visitas periódicas [...] sin previo aviso por propia iniciativa”; Comentario General No. 8, El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), CRC/C/GC/8, 21 de agosto de 2006, párr. 43; Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011, párr. 41.j).

⁴⁸⁴ En relación a las normas y recomendaciones que se han aprobado acerca de las condiciones que han de reunir los procedimientos de notificación, denuncia y queja que tienen que ver con niños afectados por la violencia, véase: Informe conjunto de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños, A/HRC/16/56, 7 de marzo de 2011. Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 46 y 120. Comité de los Derechos del Niño, Comentario General número 5, Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, párr. 24. Informe del Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños, A/61/299, 29 de agosto de 2006, párr. 112, d). Adicionalmente, ver CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 604.

especialmente en consideración los casos de niños pequeños y de niños con discapacidades⁴⁸⁵, además de prever adecuadamente la existencia de diferencias culturales y de idioma⁴⁸⁶. Así mismo, como ya se señaló, la Comisión estima muy importante que se adopte una perspectiva de género que facilite que tanto los niños como las niñas se sientan cómodos y en confianza para presentar sus quejas, inquietudes o denuncias⁴⁸⁷.

405. La Comisión destaca que los niños deben conocer sus derechos. Para el ejercicio y la defensa por parte de los niños de sus derechos existe un requisito previo de conocimiento y comprensión de los mismos. Gran parte de los actos de violencia cometidos contra niños no se enjuician, tanto porque ciertas formas de conducta abusiva son vistas por los niños como prácticas culturales aceptadas, como por la falta de mecanismos de denuncia adaptados a ellos⁴⁸⁸. Por ello, la Comisión entiende que para la adecuada protección de los niños, se requiere que el Estado asegure que todos los niños, y en particular aquellos en situación de particular vulnerabilidad, como los niños en cuidado residencial, conozcan y tengan acceso a información sobre sus derechos⁴⁸⁹. En ese sentido, la Comisión recomienda que, en el ámbito de los centros y las instituciones se proporcione información y se eduque a los niños sobre sus derechos, en general, y se informe sobre los mecanismos de queja y denuncia existentes, en particular. Al momento de ingresar al centro o a la institución, se le debe entregar al niño un documento que contenga sus derechos así como las normas de funcionamiento, los objetivos y la organización de la institución, las normas de conducta y convivencia, las normas disciplinarias y cualquier otro tipo de información relevante, en un lenguaje claro y comprensible. Las Reglas de las

⁴⁸⁵ Comité de Derechos del Niño, Comentario General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, 43º período de sesiones, párr. 43. Informe del Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños, A/61/299, 29 de agosto de 2006, párrafo 112, e). Informe conjunto de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños, A/HRC/16/56, 7 de marzo de 2011, párrafo 19.

⁴⁸⁶ Informe conjunto de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños, A/HRC/16/56, 7 de marzo de 2011, párrafo 11.

⁴⁸⁷ Por ejemplo, la Comisión considera que ello es relevante en los casos en que un niño o una niña tenga inquietudes, quiera realizar consultas, o bien presentar una queja o denuncia relacionada con acoso, abuso u otra forma de violencia sexual. El hecho de que la persona a quien tenga que dirigirse para formular su inquietud, queja o denuncia sea hombre o mujer, puede suponer una barrera para la niña o el niño en términos de confianza para presentar sus inquietudes o explicar los hechos que fundamentan su queja o denuncia.

⁴⁸⁸ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 120.

⁴⁸⁹ En el mismo sentido se ha manifestado el Comité de los Derechos del Niño en diversos Comentarios Generales, en particular se pueden consultar el Comentario General número 5, párrafos 53, 66 y 68, y el Comentario General número 13, párrafo 48.

Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad⁴⁹⁰, también conocidas como Reglas de La Habana, se pronuncian en un sentido similar, al indicar que:

Deberá ayudarse a todos los menores a comprender los reglamentos que rigen la organización interna del centro, los objetivos y metodología del tratamiento dispensado, las exigencias y procedimientos disciplinarios, otros métodos autorizados para obtener información y formular quejas y cualquier otra cuestión que les permita comprender cabalmente sus derechos y obligaciones durante el internamiento⁴⁹¹.

Por su parte, las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños establecen que:

En cada país, las autoridades competentes deberían redactar un documento en el que se enunciaran los derechos de los niños en acogimiento alternativo de conformidad con las presentes Directrices. Los niños en acogimiento alternativo deberían poder comprender plenamente las normas, reglamentos y objetivos del entorno de acogida y los derechos y obligaciones que les incumben en este⁴⁹².

406. Los niños deben tener la posibilidad de dirigirse a una persona fácilmente accesible para ellos, con funciones para la tramitación de quejas, denuncias y peticiones, así como para prestarles asesoramiento sobre los derechos que les asisten y orientarles. Los niños, al igual que sus progenitores, familiares u otras personas con vínculos con el niño, deben saber quiénes son esas personas y cómo pueden acceder a ellas⁴⁹³. Las personas responsables de conocer y tramitar las quejas, denuncias y peticiones de los niños deben estar especialmente entrenadas y capacitadas en materia de derechos de la niñez, así como para la tramitación de este tipo de procedimientos⁴⁹⁴. Los niños, y sus familiares o representantes, deben tener acceso inmediato y confidencial al asesoramiento, incluida la asistencia legal para incoar un procedimiento antes las autoridades administrativas o tribunales competentes, según sea el caso, además de otro tipo de asistencia o apoyo

⁴⁹⁰ Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Reglas de La Habana, aprobadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

⁴⁹¹ Reglas de La Habana, Regla 25. Ver también la Regla 24.

⁴⁹² Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 72.

⁴⁹³ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 46.

⁴⁹⁴ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011, párrafo 51.

necesario⁴⁹⁵. Los procesos de quejas o denuncias garantizarán el derecho de los niños a ser oídos y a recibir asistencia de un abogado⁴⁹⁶.

407. La Comisión estima que en atención al principio del interés superior del niño y al deber de protección especial derivado del artículo 19 de la CADH, vinculados con el artículo 25 de la CADH, la posibilidad de presentar quejas o denuncias debe ser amplia. Así, esta posibilidad de presentar quejas o denuncias no puede ser restringida a determinadas personas, deben poder hacerlo el propio personal de los centros o de las instituciones, miembros de la familia del niño, organizaciones de la sociedad civil, así como toda otra persona que tome conocimiento de una situación que lo amerite. Tampoco deberían limitarse las temáticas sobre las cuales es posible presentar una queja o denuncia, y deberían existir mecanismos que posibiliten la presentación de quejas y peticiones en forma anónima⁴⁹⁷.

408. Más aún, el personal de los centros e instituciones debería tener la obligación de notificar los casos y las circunstancias que lleguen a su conocimiento que puedan suponer una vulneración a los derechos de los niños en el marco de la atención que reciben en la institución o el centro, además de regularse las sanciones adecuadas, de carácter disciplinario o de otra índole, si se comprueba el incumplimiento de esta obligación⁴⁹⁸. En lo referente a la notificación obligatoria que recae en el personal del centro o la institución, las Reglas de La Habana, que se refieren a la protección de los niños privados de libertad, indican que “el personal... [que] tenga motivos para estimar que estas Reglas han sido gravemente violadas o puedan serlo, deberá comunicarlo a sus autoridades superiores u órganos competentes facultados para supervisar o remediar la situación”⁴⁹⁹. Por su parte, las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños disponen que todos los organismos y servicios para los niños que necesitan cuidados alternativos “deberían elaborar un código de conducta del personal... [que] incluya procedimientos claros de presentación de informes sobre las denuncias de conducta impropia por parte de cualquier miembro del equipo”⁵⁰⁰. La Comisión considera que deberían incorporarse normas que establezcan la obligación de notificar los casos, sospechas o riesgos de violencia, o de cualquier otra vulneración a los derechos de los

⁴⁹⁵ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 8, El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), CRC/C/GC/8, 21 de agosto de 2006, párrafo 43.

⁴⁹⁶ Reglas de La Habana, Reglas 25 y 78. CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., doc. 78, 13 julio 2011, párrafo 604.

⁴⁹⁷ CIDH. *Informe sobre justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 604.

⁴⁹⁸ En el mismo sentido de establecer mecanismos de notificación obligatoria se han pronunciado: Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011, párr. 49. En el mismo sentido véase: Reglas de La Habana, Regla 87. Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 107. Informe conjunto de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños, A/HRC/16/56, 7 de marzo de 2011, párrafo 55.

⁴⁹⁹ Reglas de La Habana, Regla 87 c).

⁵⁰⁰ Directriz 107.

niños y niñas, en los reglamentos o reglas de conducta de todos los organismos o instituciones que se ocupen de los niños y las niñas⁵⁰¹. La notificación o denuncia de este tipo de situaciones es particularmente relevante en el caso de quienes prestan asistencia médica o psicosocial en centros e instituciones puesto que están en una mejor posición para identificar eventos de violencia, abuso y negligencia; si ese personal no notifica los incidentes de trato violento, contribuye a crear una atmosfera de impunidad que fácilmente puede desembocar en un cuadro persistente de violencia⁵⁰². Las normas de confidencialidad de la información impuestas a los profesionales que trabajan con los niños no deberían constituir un obstáculo a la notificación de los casos de violencia o negligencia⁵⁰³. La Comisión también observa que la notificación por los profesionales que trabajan con niños pequeños o niños con discapacidad mental o intelectual es especialmente importante puesto que estos niños y niñas están expuestos a sufrir distintas formas de violencia, abuso y negligencia; además están más indefensos frente a las mismas, y no son capaces, o bien enfrentan importantes barreras, para presentar denuncias o quejas⁵⁰⁴. Cuando las notificaciones se hacen de buena fe, deben existir procedimientos que protejan a los profesionales que las hicieron⁵⁰⁵.

409. Los centros e instituciones deberán contar con protocolos claros y bien divulgados sobre los mecanismos y procedimientos de queja y denuncia. Todas las comunicaciones, quejas o denuncias deberán quedar registradas y ser accesibles a las autoridades públicas responsables de la supervisión del centro, así como poder ser revisadas por los mecanismos de control independiente. El registro deberá incluir el curso de acción tomado para atender adecuadamente las quejas y comunicaciones, además de contener el resultado de las acciones emprendidas. Asimismo, la resolución que se adopte frente a la queja deberá ser fundamentada y debe establecerse la posibilidad de recurrir dicha resolución ante una autoridad independiente e imparcial⁵⁰⁶. En cualquier caso, las

⁵⁰¹ La misma recomendación ha sido emitida por la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños, contenida en su informe conjunto A/HRC/16/56, 7 de marzo de 2011, párrafos 55 y 60.

⁵⁰² Informe conjunto de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños, A/HRC/16/56, 7 de marzo de 2011, párrafo 58.

⁵⁰³ Ver también Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, art. 12, párrafos 1 y 2.

⁵⁰⁴ En el mismo sentido de mostrar preocupación por este aspecto en particular se han manifestado diversos órganos de las Naciones Unidas, puede consultarse el Informe conjunto de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños, A/HRC/16/56, 7 de marzo de 2011, párrafo 54.

⁵⁰⁵ Informe conjunto de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños, A/HRC/16/56, 7 de marzo de 2011, párrafo 49.

⁵⁰⁶ CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 604.

denuncias, quejas o peticiones presentadas por los niños deben ser tomadas en cuenta de forma seria y rigurosa; el examen de cualquier denuncia o queja debería ser obligatorio⁵⁰⁷.

410. La persona que atiende la queja del niño debe haber recibido instrucciones y explicaciones claras sobre el momento y la forma en que se debe remitir el asunto al organismo competente, administrativo o judicial, para atender adecuadamente la queja o denuncia y realizar el tipo de investigación que corresponda.

411. Para que los niños se sientan seguros para exponer una queja o para denunciar un hecho, es necesario que éstos perciban a los mecanismos como seguros y confiables, de lo contrario difícilmente se sentirán con la confianza para manifestarse al respecto. La Comisión estima que no es suficiente con que los Estados aseguren únicamente la posibilidad de presentar peticiones, quejas y denuncias ante el personal del propio centro o institución, o ante la dirección del mismo. Considerando que los niños acogidos en una institución residencial se encuentran en una situación de fuerte dependencia de sus cuidadores, los cuales a su vez pueden ser los perpetradores de la violencia hacia los niños, se insta a que se creen mecanismos de queja y denuncia de carácter externo e independientes, como las líneas telefónicas gratuitas de atención las 24 horas⁵⁰⁸. En adición, ya se ha subrayado la importancia de los mecanismos independientes de control y supervisión, ante los cuales debe existir la posibilidad de presentar una queja, denuncia o manifestar otros aspectos de preocupación.

412. Los mecanismos y procedimiento referidos deben tomar en consideración la privacidad del niño y el carácter confidencial de algunas de las comunicaciones, además de asegurar en todo caso la protección del niño y que no será sujeto a represalias por el hecho de haber sometido una queja, denuncia o hecho una

⁵⁰⁷ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 8, El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), CRC/C/GC/8, 21 de agosto de 2006, párrafo 43.

⁵⁰⁸ En varios países se han establecido números telefónicos especiales a los que se puede llamar de forma anónima y gratuita para pedir consejo en relación a incidentes de violencia. Estas líneas telefónicas pueden ser utilizadas por las víctimas de la violencia o por otras personas que sospechan de casos de violencia. Algunas líneas telefónicas de asistencia dan información y consejos sobre los lugares a los que se puede acudir y lo que las autoridades pueden hacer. Otras prestan un apoyo psicológico de urgencia informal. Otras aún transmiten la información dada por la persona que ha llamado a las entidades que pueden hacer algo al respecto. Considerando la situación en la que se encuentran los niños y niñas bajo atención y cuidados en régimen residencial, la Comisión entiende que es particularmente relevante que estas líneas telefónicas transmitan la información a la autoridad competente para investigar los hechos. En el Estudio sobre la Violencia contra los Niños se recomendó que se establecieran mecanismos como las líneas telefónicas de asistencia para que los niños pudieran denunciar los malos tratos, hablar en confianza con un orientador cualificado, y pedir apoyo y asesoramiento, A/61/299, 29 de agosto de 2006, párrafo 104. Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011, párr. 49; Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, párr. 24; Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 120. Informe conjunto de la Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre Violencia contra los Niños y la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil, y la utilización de niños en pornografía, A/HRC/16/56, Consejo de Derechos Humanos 16 periodo de sesiones, de 7 de marzo de 2011, párrafo 2.

petición respecto del funcionamiento del centro o la institución y sobre el trato que recibe⁵⁰⁹. El niño debe ser informado sobre el alcance y los límites de la confidencialidad cada vez que exprese una queja. La seguridad del niño y la garantía de su interés superior deben primar⁵¹⁰, y de ser necesario, deberá procederse al traslado del niño para ubicarlo en un lugar distinto al centro o la institución. El niño no puede ser sujeto a un trato discriminatorio, castigo o a ninguna otra forma de represalia con motivo de haber presentado una queja, denuncia o petición; del mismo modo deberá velarse para no revictimizar al niño en el marco del procedimiento de investigación de la queja o denuncia.

413. La Comisión estima que la tramitación de las quejas o denuncias debe ser expedita y llevarse a cabo con celeridad y la debida diligencia. Más aún, para que estos procedimientos puedan considerarse efectivos, deberán incluir una investigación seria de las denuncias y, en caso de que corresponda, deberán determinarse las responsabilidades penales, civiles o administrativas, según sea procedente⁵¹¹. Asimismo, deberá informarse al niño sin demora de la respuesta a su solicitud y la tramitación de su queja, denuncia o petición. Cuando se comprueba que se han violado los derechos, debería existir una reparación apropiada, incluyendo una indemnización, y, cuando sea necesario, la adopción de medidas para promover la recuperación física y psicológica, la rehabilitación y la reintegración, según lo dispuesto en el artículo 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵¹².

414. La Comisión estima que los niños, niñas y adolescentes deberían ser consultados sobre cuál es su opinión sobre el funcionamiento del mecanismo de quejas, denuncias y peticiones, como manera de mejorar estos mecanismos y hacerlos más accesibles y adaptados a los niños.

⁵⁰⁹ En ese sentido, Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 8, El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), CRC/C/GC/8, 21 de agosto de 2006, párr. 43, in fine. Véanse también las "Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos", aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su resolución 2005/20 e incluidas como Anexo III, en particular párr. d). Asimismo, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 120:

"[L]os procedimientos de denuncia deben proporcionar mecanismos solventes para garantizar que los niños confíen en que al utilizarlos no se exponen a un riesgo de violencia o castigo."

⁵¹⁰ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011, párrafo 51.

⁵¹¹ CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 604.

⁵¹² Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 5 párr. 24. El artículo 39 de la CDN establece:

"Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño".

415. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño se ha manifestado de modo reiterado sobre la obligación de los Estados de garantizar la existencia de mecanismos de queja y denuncia en relación a las condiciones en las cuales son tratados los niños en las instituciones dedicadas a la niñez, como la escuela, los centros de detención y privación de libertad, y las instituciones residenciales, entre otras⁵¹³. En el mismo sentido se han pronunciado diversos organismos de derechos humanos del sistema de las Naciones Unidas, como el Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños en las conclusiones contenidas en el Estudio anteriormente referido⁵¹⁴, la Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre Violencia contra los Niños⁵¹⁵ y la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil, y la utilización de niños en pornografía. Así, el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado enfática y reiteradamente que:

todos los Estados partes elaboren mecanismos de atención seguros, bien divulgados, confidenciales y accesibles a los niños, sus representantes y otras personas, que permitan notificar los casos de violencia (...). La creación de mecanismos de notificación supone: a) el suministro de información adecuada para facilitar la presentación de quejas; b) la participación en investigaciones y actuaciones judiciales; c) la elaboración de protocolos adaptados a las diferentes circunstancias, y su amplia difusión entre los niños y la ciudadanía en general; d) la prestación de los correspondientes servicios de atención a los niños y las familias, y e) la formación y la prestación de apoyo permanente al personal encargado de procesar la información recibida por los sistemas de notificación. Los mecanismos de notificación deben ir aparejados con servicios de ayuda que ofrezcan atención médica y social (...). Debe respetarse el derecho de

⁵¹³ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 46. Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011, párr. 48 a 53; Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, párrafo 24.

⁵¹⁴ Informe del Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños, 29 de agosto de 2006, A/61/299, párrafo 104:

“Recomiendo que los Estados establezcan mecanismos seguros, bien publicitados, confidenciales y accesibles para los niños, sus representantes y otras personas para denunciar la violencia contra los niños.

Todos los niños, incluidos los que están en régimen de tutela y en instituciones judiciales, deberían conocer la existencia de mecanismos de denuncia. Se deberían establecer mecanismos como líneas telefónicas de ayuda mediante los cuales los niños puedan denunciar los abusos, hablar con un asesor capacitado de manera confidencial y pedir apoyo y asesoramiento, y se debería considerar la posibilidad de crear otras maneras de denunciar los casos de violencia mediante nuevas tecnologías”.

⁵¹⁵ Pueden consultarse los informes de la Representante Especial del Secretario General de la ONU sobre Violencia contra los Niños, y el informe conjunto de esta Representante Especial y la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil, y la utilización de niños en la pornografía, A/HRC/16/56, Consejo de Derechos Humanos 16 periodo de sesiones, de 7 de marzo de 2011.

los niños a ser escuchados y a que sus opiniones sean tomadas en serio⁵¹⁶.

416. De acuerdo a la directriz 99 de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños:

[l]os niños acogidos deberían tener acceso a un mecanismo conocido, eficaz e imparcial mediante el cual puedan notificar sus quejas o inquietudes con respecto al trato que se les dispensa o las condiciones de acogida. Esos mecanismos deberían comprender la audiencia inicial y la respuesta, la aplicación y audiencias ulteriores. (...) La conducción de ese proceso debería estar a cargo de personas competentes capacitadas para trabajar con niños y jóvenes.

417. De acuerdo a la información recogida por la Comisión, la mayoría de los Estados de la región no cuenta con mecanismos de quejas, denuncias y peticiones, que cumplan con las exigencias anteriormente señaladas. Las respuestas de los Estados revelan que muy pocos de ellos han evaluado la sensibilidad de los procedimientos de denuncia y notificación a las necesidades especiales de los niños. Generalmente el procedimiento que es mencionado por los Estados a la hora de contestar el cuestionario en referencia a los procedimientos de quejas y denuncias, se vincula con el régimen de supervisión de las instituciones por parte de las autoridades que tienen a su cargo el control de las mismas. En muchos casos, no existen referencias expresas en relación a cuáles son las medidas concretas para asegurar la privacidad y la seguridad del niño, niña y adolescente. Sin embargo, en algunos casos se menciona el requisito de informar a los responsables de las instituciones de las situaciones en las cuales se constaten violaciones de derechos. Estados como Chile, han proporcionado información sobre la cantidad de supervisiones pero no sobre la cantidad de denuncias o investigaciones iniciadas en virtud de situaciones constatadas en el marco de dichas visitas.

418. En forma concordante con lo expresado por la Comisión, el Comité de los Derechos del Niño ha expresado su preocupación y realizado recomendaciones específicas en relación a la inexistencia de mecanismos de denuncia para los niños, respetuosos del derecho del niño a la privacidad y la confidencialidad, respecto de varios Estados de la región como es el caso de Bolivia⁵¹⁷, Ecuador⁵¹⁸, El Salvador⁵¹⁹,

⁵¹⁶ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011, párrafo 49.

⁵¹⁷ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Bolivia, CRC/C/BOL/CO/4, 16 de octubre de 2009, párrafo 46.

⁵¹⁸ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Ecuador, CRC/C/ECU/CO/4, 29 de enero de 2008, párrafos 50 y 51.

⁵¹⁹ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: El Salvador, CRC/C/SLV/CO/3-4, 17 de febrero de 2010, párrafo 49.

Nicaragua⁵²⁰ y Perú⁵²¹. La Comisión comparte con el Comité de los Derechos del Niño la satisfacción por el hecho de que la nueva Ley sobre la Dirección de Protección de la Infancia de Trinidad y Tobago, haya contemplado la creación de un órgano encargado de recibir las quejas de niños que vivan en residencias comunitarias, hogares de acogida y guarderías especiales⁵²². En algunos Estados, la legislación reconoce, en general, el derecho del niño a interponer denuncias ante las autoridades públicas, como por ejemplo en Costa Rica, Paraguay o Uruguay, aunque la eficacia de esa legislación está estrechamente relacionada con el acceso de los niños a la información y al nivel de confianza y seguridad que el mecanismo les genere a los niños.

419. La Comisión también considera positivo que algunos Estados como Chile, Colombia u Honduras hayan establecido algunos mecanismos para tomar conocimiento de la opinión de los niños, niñas y adolescentes sobre el trato y los servicios que reciben en la institución, como la existencia de un “buzón de sugerencias” o “encuestas de satisfacción”. Pero dichos instrumentos no constituyen mecanismos de quejas o denuncias acordes a los estándares antes referidos. Adicionalmente, la Comisión considera que es insuficiente que el único mecanismo previsto para presentar quejas o denuncias se limite a la presentación de las mismas frente al propio personal de las instituciones, o algún miembro específico del personal, o a la directiva, sin posibilidad de acceder fácilmente a ningún otro mecanismo, lo cual fue expresado por varios Estados.

420. La Comisión coincide con las conclusiones del Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños al señalar que persiste todavía “una cultura de impunidad y tolerancia de la violencia contra los niños”⁵²³ en las instituciones residenciales. El hecho de que las denuncias y quejas conduzcan o no a una acción legal o a otro tipo de medida adecuada es un indicador clave de su eficacia. Lamentablemente, aún existen muchas dificultades a este respecto, con una persistente falta de información sobre la relación entre los incidentes notificados y los casos tramitados por los tribunales y otras autoridades competentes, y sobre los resultados de los procedimientos.

421. A la luz de lo anterior, la CIDH reitera la obligación de los Estados de garantizar a los niños que se encuentran en los centros de acogimiento y en las instituciones, la posibilidad de presentar quejas, denuncias y peticiones con respecto al trato que reciben frente a las autoridades con competencia para resolver sobre estas

⁵²⁰ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Nicaragua, CRC/C/NIC/CO/4, 1 de octubre de 2010, párrafo 55.

⁵²¹ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Perú, CRC/C/PER/CO/3, 14 de marzo de 2006, párrafo 22.

⁵²² Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Trinidad y Tobago, CRC/C/TTO/CO/2, 17 de marzo de 2006, párrafo 43.

⁵²³ Informe del Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños, A/61/299, de 29 de agosto de 2006, párrafo 54.

cuestiones. Este tipo de mecanismos deben ser accesibles, seguros, efectivos, y respetuosos del derecho del niño a la privacidad y la confidencialidad.

K. Prevención, investigación, sanción y reparación frente a la violación de derechos

422. De manera adicional a las investigaciones y sanciones que se generen como consecuencia de los mecanismos de supervisión independiente o de los mecanismos de quejas a los que se ha hecho referencia, existe la obligación de los Estados de actuar de oficio para prevenir, investigar, procesar, sancionar y reparar cualquier violación de derechos humanos de los niños que se encuentren en centros de acogimiento o instituciones⁵²⁴. En lo relativo al deber de prevenir e investigar, la Corte ha señalado que, “la obligación de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”, y que, en ese sentido, “una de esas condiciones para garantizar efectivamente” los derechos humanos “es el cumplimiento del deber de investigar las afectaciones a los mismos, el cual se deriva del artículo 1.1 de la Convención en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado”⁵²⁵.

423. Por lo tanto, el Estado tiene el deber de iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva; esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y estar orientada a la determinación de la verdad y a la investigación, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales⁵²⁶, y personas actuando en su nombre o en el ejercicio de atribuciones que le son propias al Estado, como es el caso de los centros y las instituciones para niños separados de sus familias.

424. Todos los casos de violencia o vulneración de los derechos de los niños y niñas en centros de acogimiento o en instituciones deben ser puestos en conocimiento de las autoridades competentes para la oportuna investigación y, en su caso, la determinación de responsabilidades y la imposición de las sanciones correspondientes: penales; civiles, incluyendo acciones por daños y perjuicios; sanciones administrativas (como la revocación de licencias, la imposición de multas o el cierre del centro o la institución); sanciones profesionales (como la anotación en el expediente del funcionario, su despido o la

⁵²⁴ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, para. 176 y *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196, párr. 76. En el mismo sentido, puede consultarse CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 608.

⁵²⁵ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149. Ver también Serie C No. 149, párr. 147. *Caso Baldeón García Vs. Perú*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 92; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 142; y *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 233.

⁵²⁶ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 148. *Caso Baldeón García Vs. Perú*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 94.

prohibición de trabajar con niños y niñas), así como otras acciones que permitan hacer cambios en el centro o la institución⁵²⁷. Las sanciones previstas por la legislación deben ser apropiadas, tomando en consideración la gravedad del hecho.

425. Asimismo, la Comisión ha expresado que conforme a las garantías generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana los Estados no sólo deben abstenerse de desarrollar prácticas violatorias de derechos humanos, sino que además tienen que desarrollar medidas positivas para proteger y preservar esos derechos. La Comisión estima oportuno recalcar que los Estados deberán orientar su accionar a evitar la repetición de los hechos denunciados, lo cual puede implicar la adopción de medidas administrativas en relación al centro o la institución y su funcionamiento, tendientes a asegurar la no repetición de hechos similares, así como llevar a cabo una supervisión adecuada.

426. La Comisión recuerda la obligación de asegurar la protección inmediata del niño, en particular debido a que el niño se encuentra bajo la tutela y cuidado de un centro o una institución en el ámbito de la cual se ha producido una vulneración a sus derechos. Así, deberán tomarse todas las medidas adecuadas para garantizarse que la vulneración a los derechos cese respecto del niño que ha presentado la denuncia, como respecto de otros niños que también pudieran estar expuestos a una situación similar. A la vez, deberá asegurarse que el niño no será sujeto a estigmatización, acoso u otras represalias derivadas de su denuncia. Las decisiones deberán adoptarse con la mayor rapidez posible, y los procedimientos de investigación deberán considerar adecuadamente el interés superior del niño, en particular la necesidad de no someter al niño a un procedimiento revictimizante o que exponga su seguridad; con este fin, debe recabarse la opinión del niño y tenerla debidamente en cuenta⁵²⁸. Al respecto se recomienda que los Estados tomen en consideración el contenido de las "Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos" de las Naciones Unidas⁵²⁹.

427. Las diligencias vinculadas a las investigaciones deberán estar a cargo de profesionales cualificados que hayan recibido una formación amplia y específica para ello, y conducirse con especial agilidad y diligencia para garantizar que se obtengan y no se desvirtúen las pruebas relevantes para la investigación. En lo relativo a los procedimientos, la Comisión resalta que deben adoptarse procedimientos y protocolos de investigación rigurosos, pero adaptados a los niños, para identificar correctamente los casos de violencia y aportar pruebas a los procesos administrativos y judiciales correspondientes⁵³⁰. La

⁵²⁷ Estudio sobre la Violencia contra los Niños, pág. 213, ver asimismo el Informe A/61/299, 29 de agosto de 2006, párrafo 105.

⁵²⁸ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011, párrafo 51.

⁵²⁹ Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su resolución 2005/20, de 22 de julio de 2005, e incluidas como Anexo III.

⁵³⁰ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011, párrafo 51.

Comisión recomienda a los Estados adoptar una adecuada perspectiva de género, en particular al llevar adelante investigaciones referentes a actos de violencia sexual.

428. En aplicación de la jurisprudencia reiterada de la Corte y la Comisión, los Estados deben procurar el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y la reparación por los daños producidos⁵³¹. En particular, los niños que han sido víctimas de violencia o violaciones a sus derechos deben recibir los cuidados, el apoyo y la compensación pertinentes. La Comisión destaca la obligación de que se aseguren las medidas de recuperación y rehabilitación idóneas y necesarias para el niño que ha sido víctima de violencia o de cualquier otra vulneración a sus derechos⁵³². Tal y como lo pusiera de manifiesto el Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños, las legislaciones generalmente destinan mayor atención a la regulación de las sanciones mientras que la recuperación, la reinserción y la reparación reciben mucha menos atención⁵³³; para la Comisión este hecho es preocupante y considera que los Estados deben realizar todos los esfuerzos posibles para asegurar la adecuada atención y recuperación del niño o la niña que hayan sido víctimas de violencia en un centro de acogimiento o en una institución, o se les haya vulnerado alguno de sus derechos. Las consecuencias de la violencia, del descuido o negligencia en el cuidado del niño, u otras vulneraciones a sus derechos, tienen consecuencias negativas y dejan secuelas en el niño que pueden ser de por vida si no reciben la atención adecuada.

429. Adicionalmente, la Comisión recuerda que en el caso de niños y niñas pertenecientes a minorías, como por ejemplo niños y niñas indígenas, a quienes les han sido negados sus derechos sistemáticamente, puede ser necesario suministrar formas colectivas de reparación, particularmente cuando estas prácticas hayan sido el resultado de políticas gubernamentales⁵³⁴.

430. La Comisión subraya asimismo que los Estados deben garantizar el acceso a la justicia y al debido proceso en el marco de los procesos por casos de violaciones de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes que pudieren ocurrir en el ámbito de los centros de acogimiento y de las instituciones.

431. La Comisión recuerda el derecho del niño a participar y a ser oído en todos los procedimientos que le afecten, incluidos aquellos relacionados con el procesamiento de los presuntos responsables por vulneraciones a sus derechos en el marco de la atención recibida en un centro de acogimiento o en una institución. A esos

⁵³¹ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, para. 176 y *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196, párr. 76. En el mismo sentido, puede consultarse CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 608.

⁵³² Ver Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 13, párr. 52 y el Informe del Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños, A/61/299, 29 de agosto de 2006, párrafo 112, d). y el artículo 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁵³³ Informe del Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños, A/61/299, 29 de agosto de 2006, párrafo 86.

⁵³⁴ CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*.

efectos, es preciso que en el marco de los procedimientos administrativos o judiciales se respete el derecho del niño a ser oído y a contar con un abogado adecuadamente cualificado que le preste asistencia jurídica, en los términos que han sido presentados anteriormente en este informe.

432. La Comisión observa con preocupación que sólo algunos Estados hayan informado acerca de la existencia y cantidad de sanciones vinculadas a investigaciones por violaciones de derechos ocurridas en los centros o las instituciones, incluso algunos Estados como El Salvador informaron que dicha información no se encuentra disponible. El Estado de Chile, por ejemplo, ha informado que durante el 2010 se constataron 10 situaciones de abuso sexual entre pares y 2 por parte de personal de las mismas. Mientras que en otros 16 casos se trató de situaciones de maltrato. Según la respuesta del Estado, en todos los casos se realizaron investigaciones y los antecedentes fueron puestos en conocimiento de la instancia judicial “según correspondiera”; se informó que de acuerdo a los resultados de las investigaciones, la autoridad procedió a la desvinculación del funcionario.

433. En definitiva, los Estados deben actuar de conformidad con su deber de prevenir, investigar diligentemente y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y la legislación interna, además de procurar, si es posible, el restablecimiento del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación⁵³⁵. Estas obligaciones cobran especial relevancia en virtud de lo expresado en el artículo 19 de la Convención Americana, el artículo VII de la Declaración Americana y todos los contenidos en el *corpus juris* internacional.

L. Establecimiento de estándares mínimos de prestación de servicios en el acogimiento residencial

434. La garantía de la idónea y oportuna protección de los niños y niñas en cuidados alternativos en un centro de acogimiento implica el deber del Estado de desarrollar una adecuada regulación de estos centros. Tal y como ya se ha referido, la Comisión entiende que los centros de acogimiento prestan servicios básicos y fundamentales de atención a la niñez; estos servicios se vinculan directamente con la garantía y la vigencia de los derechos de un grupo de niños y niñas que se encuentran en una especial condición de vulnerabilidad por carecer de los cuidados parentales. Por consiguiente, existe un interés público en el modo en que estos servicios se organizan y son prestados, así como en la definición de los estándares mínimos de provisión del servicio y de funcionamiento. En adición, la Comisión estima que los estándares mínimos de prestación del servicio deben aplicarse tanto a los centros públicos como a los privados que prestan este tipo de servicios a los niños y las niñas que carecen de cuidados parentales.

435. La Comisión observa que si bien la mayor parte de los Estados de la región enuncian los derechos de los niños, niñas y adolescentes de forma genérica, sólo algunos han regulado explícitamente los derechos de los niños que se encuentran en centros de acogimiento o instituciones, tanto públicos como privados, y los estándares

⁵³⁵ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166.

mínimos de calidad para dichos centros. Las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños también se manifiestan en un sentido similar a la opinión sostenida por la Comisión, y han dispuesto que:

[...] los Estados deberían establecer estándares de acogimiento para garantizar la calidad y las condiciones propicias para el desarrollo del niño, como la atención individualizada y en pequeños grupos, y deberían evaluar los centros de acogida existentes con arreglo a esos estándares⁵³⁶.

436. En forma concordante, el Comité de los Derechos del Niño ha expresado su preocupación por la ausencia en varios Estados de la región de una normativa que regule los estándares relativos a los cuidados mínimos en los centros de acogimiento⁵³⁷, además de poner un énfasis especial en los casos de centros en los que se encuentren niños con alguna discapacidad⁵³⁸ debido a las atenciones adicionales que por su propia condición requieren en los tratamientos y los cuidados. El Comité ha recomendado evaluar la calidad de los servicios y las condiciones en las que se encuentran los niños en los centros de acogimiento y las instituciones, así como aprobar normas claras que regulen su funcionamiento respecto de varios Estados del continente como es el caso de Bolivia⁵³⁹,

⁵³⁶ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 23. En relación a la exigencia de establecer estándares nacionales mínimos para el cuidado en los centros residenciales de acogida también: Council of Europe, Recommendation Rec(2005)5 of the Committee of Ministers to member states on the rights of children living in residential institutions, adopted by the Committee of Ministers on 16 March 2005 at the 919th meeting of the Ministers' Deputies. En el mismo sentido: Council of Europe, Rights of Children in Institutions Report on the implementation of the Council of Europe Recommendation Rec(2005)5 on the rights of children living in residential institutions, August 2008. Se puede consultar además, "Quality4Children. Estándares para el cuidado de niños fuera de su familia biológica en Europa", FICE (Fédération Internationale des Communautés Educatives), IFCO (International Foster Care Organisation) y Aldeas Infantiles SOS; y también, "Avanzando en la implementación de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños", Centre for Excellence for Looked After Children in Scotland (CELCIS) de la Universidad de Strathclyde; Servicio Social Internacional (SSI); Oak Foundation; Aldeas Infantiles SOS Internacional; y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) 2012.

⁵³⁷ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Brasil, CRC/C/15/Add.241, 3 de noviembre de 2004, párr. 44. Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Guyana, CRC/C/15/Add.224, 26 de febrero de 2004, párrafo 35.

⁵³⁸ Comité de Derechos del Niño, Comentario General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, 43º periodo de sesiones, párrafo 47.

⁵³⁹ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Bolivia, CRC/C/BOL/CO/4, 16 de octubre de 2009, párrafo 46.

Costa Rica⁵⁴⁰, Ecuador⁵⁴¹, El Salvador⁵⁴² y Paraguay⁵⁴³. Asimismo, una investigación realizada sobre diez Estados del Caribe ha concluido que únicamente Belice, Jamaica, Granada y Barbados habían aprobado normas jurídicas que rigen las instituciones de atención residencial⁵⁴⁴. Los vacíos y desafíos en relación a este tipo de normativa con alcance nacional también han sido evidenciados respecto de Estados Unidos⁵⁴⁵.

437. La Comisión coincide con el Comité de los Derechos del Niño en la necesidad de que los Estados regulen en forma clara el funcionamiento de los centros de acogimiento y las condiciones en las cuales debe prestarse la atención, y toma nota que algunos Estados como Brasil, luego de recibir las observaciones y recomendaciones en el sentido referido anteriormente⁵⁴⁶, han aprobado documentos de orientaciones técnicas que reglamentan los distintos aspectos de la atención que brindan los centros de acogimiento de acuerdo a los estándares internacionales⁵⁴⁷.

438. La Comisión considera que la regulación que debe hacer el Estado de los criterios y estándares de funcionamiento y prestación del servicio de los centros de acogimiento debe tomar en consideración el objetivo de la protección y la restitución de derechos que tienen las medidas especiales de protección, así como el carácter excepcional y temporal de las mismas. Toda regulación deberá considerar aquellos aspectos necesarios para garantizar la efectiva vigencia y el pleno goce de todos los derechos del niño, incluido el derecho al desarrollo integral y armonioso de su personalidad y el derecho a desarrollar un proyecto de vida autónomo y propio que tiene cada niño. Es preciso, además, que los

⁵⁴⁰ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Costa Rica, CRC/C/CRI/CO/4, 17 de junio de 2011, párrafo 50.

⁵⁴¹ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Ecuador, CRC/C/ECU/CO/4, 29 de enero de 2008, párrafo 51.

⁵⁴² Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: El Salvador, CRC/C/SLV/CO/3-4, 17 de febrero de 2010, párrafo 49.

⁵⁴³ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Paraguay, CRC/C/PRY/CO/3, 10 de febrero de 2010, párrafo 41.

⁵⁴⁴ Lim Ah Ken, Patricia, *Children without parental care in the Caribbean. Systems of protection*, November 2007. http://www.unicef.org/barbados/cao_resources_children_without_parental_care.pdf

⁵⁴⁵ Children's Rights (USA), *Overview of Institutional Care in the United States*, Documents submitted for the Day of General Discussion 16 September 2005: Children Without Parental Care (Committee on the Rights of the Child), págs. 4 y 5.

⁵⁴⁶ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Brasil, CRC/C/15/Add.241, 3 de noviembre de 2004, párrafo 45.

⁵⁴⁷ *Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes* del Gobierno de Brasil. Brasília, Julio de 2009. Algunas organizaciones han elaborado documentos que pueden ser tomados en cuenta para la elaboración de la normativa y orientaciones mínimas internas, véase por ejemplo: FICE (Fédération Internationale des Communautés Educatives), IFCO (International Foster Care Organisation) y Aldeas Infantiles SOS, Quality4Children, Estándares para el cuidado de niños fuera de su familia biológica en Europa, 2007.

objetivos y el programa del centro y su propuesta de intervención contemplen los aspectos relativos al mantenimiento de los vínculos del niño con su familia y su comunidad, y la promoción de la reintegración familiar cuando las condiciones lo permitan y no fuera en contra del interés superior del niño⁵⁴⁸.

439. En modo complementario, la Comisión entiende que la adecuada regulación del funcionamiento de los centros de acogimiento requiere que la norma exija a los centros la elaboración de su programa de intervención, documento en el cual deberán quedar explicitados los criterios teóricos y prácticos de la actuación del centro, basados en los criterios y estándares fijados en la norma. En estos documentos se deben desarrollar en detalle los objetivos y las propuestas y metodologías de la intervención de los centros de acogimiento. Al respecto las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños establecen que:

Todas las agencias y centros de acogida deberían formular por escrito sus criterios teóricos y prácticos de actuación compatibles con las presentes Directrices, en los que se enuncien sus objetivos, líneas de actuación, métodos y estándares aplicados para la contratación, vigilancia, supervisión y evaluación de cuidadores calificados e idóneos para lograr el cumplimiento de esos objetivos⁵⁴⁹.

440. Adicionalmente, la Comisión considera que la regulación por parte de los Estados de los estándares de funcionamiento y provisión del servicio es indispensable para asegurar que los niños que se encuentran en un centro de acogimiento no se verán sometidos a restricciones a su libertad, su comportamiento y al ejercicio del resto de sus derechos que fueran poco razonables o desproporcionadas, y por tanto, no fueran las estrictamente necesarias para garantizar la seguridad y la protección efectiva del niño o la niña⁵⁵⁰.

441. La existencia de estos criterios y estándares de funcionamiento facilitará asimismo una adecuada labor de supervisión de los centros de acogimiento por parte de las autoridades competentes y por parte de organismos de control independiente.

442. La normativa debería contemplar el derecho de los propios niños, niñas y adolescentes que se encuentran en los centros a acceder, en forma adaptada y comprensible, a los contenidos de dichos documentos programáticos y a las normas de funcionamiento de los centros. Lo anterior le permitirá a los niños y niñas conocer sus derechos y la forma en que el centro organizará su funcionamiento para prestarles la protección y el cuidado adecuados. El conocimiento de estos elementos le asistirá al niño para comprender e identificar eventuales violaciones a sus derechos o el incumplimiento

⁵⁴⁸ Cabe mencionar que, tal y como ha indicado la Comisión en apartados antecedentes de este mismo informe, en caso de que la reintegración a la familia de origen del niño, nuclear o ampliada, no fuera posible o no estuviera en el interés del niño, las autoridades públicas competentes procederán a la identificación de otra solución definitiva para el niño, siempre en atención a su interés superior, entre ellas la adopción.

⁵⁴⁹ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 106.

⁵⁵⁰ En el mismo sentido las directrices 92 y 93.

de las condiciones del servicio, y por ende poder denunciarlas. Los mecanismos y procedimientos de queja, denuncia y petición también deberían encontrarse explicados de forma adecuada en un documento que se entregue al niño.

443. En los apartados siguientes la Comisión identifica lo que considera son los estándares mínimos que los Estados deben tomar en consideración al momento de regular los centros de acogimiento. Los mismos son criterios mínimos, de tal modo que los Estados pueden, en atención a la consecución del mayor estándar posible de cuidado y protección hacia los niños, establecer por medio de la norma otros requisitos y criterios adicionales que estimen apropiados, elevando así la calidad del servicio.

1. Régimen de funcionamiento

444. Tal y como se ha referido, la Comisión recuerda que los Estados deberán garantizar que los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en una institución o en un centro de acogimiento no verán restringido de forma injustificada el ejercicio de sus derechos, con excepción de aquellas limitaciones o restricciones que sean las estrictamente necesarias para garantizar la protección y la seguridad del niño, niña o adolescente. En particular, el internamiento en una institución o un centro de acogimiento no debería conllevar limitaciones poco razonables a su libertad y comportamiento en comparación con los niños que no se encuentran en acogimiento alternativo en estos centros. La Comisión estima que cualquier restricción o limitación a los derechos de los niños en los centros de acogimiento debe perseguir el fin legítimo de proteger al niño, deben ser medidas necesarias, idóneas y, además, guardar un elemento de proporcionalidad con el fin que se pretende con las mismas.

445. Uno de los aspectos más comúnmente señalados en relación a las instituciones residenciales, se refiere al régimen de funcionamiento cerrado bajo el que operan muchas de estas instituciones, particularmente las de grandes dimensiones con un elevado número de niños, niñas y adolescentes acogidos. Un régimen de funcionamiento cerrado de las instituciones supone, en la práctica, ubicar al niño en unas condiciones similares a las de privación de la libertad que no encuentran justificación en un sistema de protección de derechos. La Comisión estima que los Estados, al momento de regular las condiciones de funcionamiento de estas instituciones, deberán asegurar que el régimen de funcionamiento de las mismas será acorde con los derechos de los niños, garantizando la plena vigencia y ejercicio de los mismos. Adicionalmente, por lo que se refiere a los elementos de seguridad como a las medidas de control de la institución, deberían ser lo menos numerosas posible y circunscribirse a aquellas necesarias estrictamente para la protección y la seguridad de los niños⁵⁵¹.

⁵⁵¹ Reglas de La Habana, Regla 30.

446. Sobre este aspecto, la Comisión concuerda con lo establecido por las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños:

[...] Las medidas encaminadas a proteger a los niños en acogimiento deberían ser conformes a la ley y no deberían implicar limitaciones poco razonables de su libertad y comportamiento en comparación con los niños de edad similar en su comunidad⁵⁵².

[...] Todos los entornos de acogimiento alternativo deberían ofrecer una protección adecuada a los niños contra el secuestro, el tráfico, la venta y cualquier otra forma de explotación. Las consiguientes limitaciones de su libertad y comportamiento deberían ser solo las estrictamente necesarias para garantizar su protección efectiva contra tales actos⁵⁵³.

447. Así, por ejemplo, el régimen de visitas de familiares y amigos del niño a la institución, al igual que el régimen de salidas del niño para visitar a su familia y comunidad, deberán contemplar adecuadamente el respeto de los derechos de los niños y su opinión, a la vez que se toman en cuenta factores relacionados con la seguridad del niño, en función de las circunstancias individuales; por ejemplo, debe facilitarse que los niños reciban visitas no solo de sus familiares cercanos sino de la familia extensa y amigos, además de eliminar restricciones innecesarias que dificulten las visitas, como horarios de visita muy limitados y sin consulta a los familiares, a menos que lo anterior fuera en contra del interés del niño o de su opinión. En el caso de establecerse alguna restricción al régimen de visitas, las mismas deben ser explícitas y fundamentadas, y quedar constancia en el expediente del niño.

448. Asimismo, la integración del niño en la comunidad, a través del acceso a diversos servicios y actividades que transcurren en la misma, reduce el aislamiento social y el efecto de estigmatización al que pueden verse sometidos los niños que se encuentran en instituciones residenciales⁵⁵⁴, facilitando posteriormente su reintegración social y una vida adulta independiente. En base a ello, la Comisión entiende que deberá garantizarse de modo prioritario la posibilidad de que los niños que residen en instituciones accedan a los servicios educativos, de salud, recreativos, culturales, de formación ocupacional, y de otra índole, en el ámbito de la comunidad, de ser posible su propia comunidad⁵⁵⁵. El mantenimiento de los lazos con la comunidad resulta relevante a los efectos de preservar el derecho a la identidad del niño, y en particular a su identidad cultural y religiosa, especialmente cuando los niños proceden de una minoría.

⁵⁵² Directrices de las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 92.

⁵⁵³ Directrices de las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 93.

⁵⁵⁴ Al respecto, en las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños también se manifiesta la preocupación respecto a la estigmatización y el aislamiento social al cual pueden verse sometidos los niños ubicados en una institución residencial, por ejemplo en la directriz 95.

⁵⁵⁵ En términos similares, y en lo relativo a los niños en conflicto con la ley penal privados de libertad, la Comisión se ha pronunciado en términos similares, ver CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párrs. 390, 395, 401, 402 y 405. Reglas de La Habana, Reglas de la 59 a 62.

449. El Estudio sobre la Violencia contra los Niños encontró asimismo abundantes y suficientes evidencias para reconocer que “las instituciones grandes y cerradas no podían favorecer el desarrollo físico, social, emocional y cognitivo de una manera comparable con un entorno familiar”⁵⁵⁶. En consecuencia, en opinión de la Comisión, el funcionamiento de una institución en un régimen que restrinja innecesariamente el contacto del niño con el exterior, es una circunstancia que no es acorde con los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, incluido, entre otros, el derecho a mantener vínculos con su familia, al desarrollo integral de su personalidad, el derecho a la identidad y el derecho a la libertad personal.

2. Ubicación y dimensiones

450. La Comisión considera que los Estados deberán garantizar que los centros de acogimiento se encuentren localizados de tal modo que se asegure la cercanía del niño a su familia y a su comunidad. Esto es esencial a los efectos de asegurar de manera efectiva el mantenimiento de la vinculación familiar y evitar que se interrumpan los lazos y las conexiones del niño con su entorno y comunidad, además de contribuir a promover la reintegración del niño a su familia cuando se den las condiciones para ello, en atención a su interés superior⁵⁵⁷. La Comisión enfatiza que el niño tiene derecho a mantener los vínculos con su familia, nuclear y ampliada, a menos que la autoridad competente, en el marco de un procedimiento con todas las garantías, haya determinado que, en atención a las circunstancias concretas del caso, ello sería contrario al interés superior del niño.

451. La Comisión estima conveniente que las instalaciones de los centros de acogimiento estén situadas en lugares que tengan en cuenta el fácil acceso a medios de transporte y a los servicios de educación, salud, ocio y recreación, así como al empleo, dependiendo de la edad del adolescente. A estos efectos es indispensable que los Estados dispongan de centros descentralizados, preferentemente pequeños, que se encuentren cerca de las comunidades de origen de los niños. Al respecto, la directriz 11 de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños ha dispuesto que:

[...] en todas las decisiones relativas al acogimiento alternativo del niño deberían tener[se] plenamente en cuenta la conveniencia, en principio, de mantenerlo lo más cerca posible de su lugar de residencia habitual, a fin de facilitar el contacto con su familia y la posible reintegración en ella y de minimizar el trastorno ocasionado a su vida educativa, cultural y social⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ Estudio sobre la Violencia contra los Niños, páginas 180 y 205.

⁵⁵⁷ En un sentido similar se expresan las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 81: “Cuando un niño haya sido recibido en acogimiento alternativo, se debería fomentar y facilitar, en bien de la protección y el interés superior del niño, el contacto con su familia y con otras personas cercanas, como amigos, vecinos y acogedores anteriores. El niño debería tener acceso a información sobre la situación de los miembros de su familia si no mantiene contacto con ellos”.

⁵⁵⁸ Respecto de los niños en instituciones del sistema de justicia juvenil las Reglas de La Habana se manifiestan en términos similares, la Regla 30 establece que: “[...] El número de menores internado en centros cerrados deberá ser también suficientemente pequeño a fin de que el tratamiento pueda tener carácter individual. Los centros de detención para menores deberán estar descentralizados y tener un tamaño que facilite

452. Según información recibida por la Comisión, en algunos Estados Miembros se ha autorizado en el pasado el funcionamiento de instituciones residenciales lejos de los centros urbanos y de las familias de los niños y su comunidad. Por ejemplo, en Nicaragua, según se informó durante la consulta subregional, un porcentaje de las instituciones no se encuentran ubicadas en sectores céntricos de la comunidad, sino que se trata de ubicaciones que limitan el acceso a sus instalaciones y aumentan el costo del transporte para las personas que quieren concurrir a las mismas. Sin embargo, la Comisión observa con agrado que en este mismo país se están llevando a cabo iniciativas positivas en el ámbito de la reglamentación de este tipo de establecimientos; según se ha informado a la Comisión en la respuesta al cuestionario, se han adoptado una serie de normas para reglamentar las condiciones físicas de las instituciones, incluyendo su ubicación geográfica, las instalaciones y su capacidad. La Comisión hace referencia a la existencia de este tipo de normativa interna en otros Estados de la región como es el caso, por ejemplo, de Brasil y Chile.

453. El tamaño de las instituciones y el número de niños, niñas y adolescentes que son atendidos en las mismas, así como el nivel de concentración, son elementos que deben responder también al objetivo de atender las necesidades de protección y cuidado de los niños, niñas y adolescentes privados de los cuidados parentales. En particular, el tamaño de las instituciones y la concentración de un determinado número de niños, niñas y adolescentes en las mismas influye en diversos aspectos que son relevantes para su adecuada atención y en el ejercicio de sus derechos, entre ellos en: i) la capacidad de poder prestar una atención individualizada al niño, niña y adolescente en función de sus particularidades y necesidades personales, ii) el desarrollo y aplicación de un plan individual de cuidado para cada niño con el objetivo de restituir sus derechos y promover el proceso de reintegración familiar, iii) la posibilidad de funcionar del modo más parecido posible a la dinámica de un núcleo familiar ofreciendo la oportunidad al niño de crear relaciones y experiencias interpersonales que contribuyan positivamente al desarrollo y la construcción de su personalidad, y, iv) operar en unas condiciones que no expongan la seguridad del niño ni violenten sus derechos, como su derecho a la salud y la vida, la intimidad y la privacidad⁵⁵⁹.

454. Al respecto de lo que se acaba de referir, a la Comisión le preocupa especialmente la situación de hacinamiento, insalubridad y precariedad de medios que fue descrita en el Estudio sobre la Violencia contra los Niños, que coincide con determinadas informaciones a las cuales ha tenido acceso la Comisión a través de las consultas regionales para la elaboración de este informe y a través del sistema de peticiones y casos, medidas

...continuación

el acceso de las familias de los menores y sus contactos con ellas. Convendrá establecer pequeños centros de detención e integrarlos en el entorno social, económico y cultural de la comunidad”.

⁵⁵⁹ El Estudio sobre la Violencia contra los Niños encontró que “[...] a menudo las condiciones en muchas instituciones son tan deficientes que ponen en peligro la salud y la vida de los niños y niñas. Las instituciones están atestadas, son insalubres y carecen de personal y recursos suficientes, lo que aumenta la tasa de mortalidad en comparación con sus pares que viven en entornos familiares”.

cautelares y de la audiencias, respecto de algunas instituciones. El Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños exponía así sus hallazgos:

[...] a menudo las condiciones en muchas instituciones son tan deficientes que ponen en peligro la salud y la vida de los niños y niñas. Las instituciones están atestadas, son insalubres y carecen de personal y recursos suficientes, lo que aumenta la tasa de mortalidad en comparación con sus pares que viven en entornos familiares⁵⁶⁰

455. A la Comisión también le preocupan particularmente los fenómenos de violencia a los cuales pueden verse expuestos los niños, niñas y adolescentes en las instituciones residenciales. En ese sentido, existen suficientes evidencias de que las grandes dimensiones de las instituciones y la alta concentración de niños en las mismas se constituyen, generalmente, en circunstancias en sí mismas de riesgo para la protección del niño frente a situaciones de violencia u otras vulneraciones a sus derechos, a la vez que son también un obstáculo para una identificación temprana, por parte de los profesionales, de estas posibles vulneraciones a derechos⁵⁶¹. Asimismo, la Comisión entiende que el espacio físico de las instituciones y su tamaño deben estar orientados a garantizar condiciones de protección, salubridad y de privacidad compatibles con protección de los derechos de los niños⁵⁶².

456. En términos de recomendaciones para los Estados en cuanto al tamaño de las instituciones, la directriz 123 de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, establece que:

Los centros de acogimiento residencial deberían ser pequeños y estar organizados en función de los derechos y las necesidades del niño, en un entorno lo más semejante posible al de una familia o un grupo reducido. Su objetivo debería ser, en general, dar temporalmente acogida al niño y contribuir activamente a su reintegración familiar [...].

⁵⁶⁰ Estudio sobre la Violencia contra los Niños, páginas 188 y 189.

⁵⁶¹ El Estudio sobre la Violencia contra los Niños identificó que los niños que viven en grandes instituciones de protección de carácter residencial están expuesto a mayores riesgos de sufrir violencia en comparación con los que están bajo el cuidado y la protección de sus familias, de una familia de acogida o bien en un centro organizado en forma similar a un entorno familiar, páginas 183 y 189.

⁵⁶² Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 22. Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 89: “[t]odos los adultos que tengan niños a su cargo deberían respetar y promover el derecho a la intimidad, que comprende también disponer de medios apropiados para satisfacer sus necesidades sanitarias y de higiene, respetando las diferencias y la interacción entre los géneros, y de un lugar adecuado, seguro y accesible para guardar sus efectos personales”.

457. En el mismo sentido y respecto de las instituciones en las que permanecen niños con discapacidad, el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado “la transformación de las instituciones existentes, dando preferencia a los pequeños centros de acogimiento organizados en torno a los derechos y a las necesidades del niño”⁵⁶³.

458. En forma específica, la directriz 23 de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, establece que en los casos en los que siga habiendo grandes instituciones residenciales convendría que los Estados elaboraran alternativas en el contexto de una estrategia global de desinstitucionalización, con fines y objetivos precisos, que permitan su progresiva eliminación⁵⁶⁴, y la sustitución de estas instituciones por medidas alternativas de cuidado más respetuosas con los derechos de los niños.

459. La Comisión observa con preocupación la existencia de instituciones con estas características en los Estados de la región, las que por sus dimensiones y por las consecuencias que tiene en la calidad del cuidado, difícilmente pueden dar lugar a una adecuada garantía de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que allí se encuentran. En adición, la Comisión estima que, tal y como se ha referido anteriormente, las características de las instituciones residenciales, particularmente aquellas de grandes dimensiones y con un elevado número de niños en sus instalaciones, generalmente expone a los niños, niñas y adolescentes a una violencia estructural derivada de las mismas condiciones de cuidado que se dan en estas instituciones⁵⁶⁵.

460. La Comisión ha recibido información en el marco de la elaboración de este informe sobre el funcionamiento de instituciones muy grandes, las cuales es deseable que progresivamente sean eliminadas y sustituidas por otras modalidades de acogimiento alternativo. Entre otros Estados con grandes instituciones se encuentran, por ejemplo, El Salvador⁵⁶⁶, Honduras⁵⁶⁷,

⁵⁶³ Comité de Derechos del Niño, Comentario General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, 43º periodo de sesiones, párrafo 47.

⁵⁶⁴ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 23.

⁵⁶⁵ Véase el Capítulo 5 del referido Estudio, La Violencia contra los Niños y Niñas en las Instituciones de Protección y de Justicia, <http://www.unviolencestudy.org/spanish/index.html>.

⁵⁶⁶ En El Salvador, al momento de la respuesta del cuestionario, dos instituciones proporcionan atención a más de 100 niños, niñas y adolescentes, cinco proporcionan atención a más de 120. Se informó que la “Casa Sagrada Familia” se encuentra compuesta de tres hogares con una capacidad de 600 lugares y una ocupación de 450 niños.

⁵⁶⁷ Al momento de elaborar este informe se ha informado a la Comisión acerca del Hogar Nuestros Pequeños Hermanos, con 492 personas que incluye un muy amplio rango de edades, desde 0 a 30 años. Otras instituciones según la información recibida: “Orfanatorio Enmanuel” proporciona atención a 344 niños, “Casa Hogar María Mazarello” a 340 niñas y adolescentes del sexo femenino, “Hogar Nazareth” a 190 niños, “Hogar de Niños El Buen Pastor” a 175 niños, así como otras instituciones que proporcionan atención a alrededor de 100 niños cada una.

Guatemala⁵⁶⁸, Perú⁵⁶⁹, así como también Nicaragua⁵⁷⁰, Paraguay⁵⁷¹, República Dominicana⁵⁷² y México⁵⁷³.

461. Al respecto, la Comisión considera positivo que algunos Estados de la región hayan determinado en sus estándares de cuidado residencial el número máximo de niños y niñas que pueden ser atendidos en este tipo de instituciones, siendo recomendable que el número sea el menor posible. Por ejemplo, la Provincia de Misiones en Argentina ha establecido un máximo de 20 niños por institución, mientras que en Brasil, la normativa nacional también establece un número máximo de 20 niños⁵⁷⁴.

462. En suma, los Estados deben garantizar que el lugar de la ubicación de la institución, su tamaño, y su régimen de funcionamiento, estén en consonancia con sus propósitos, con el ejercicio de los derechos de los niños y con el desarrollo de las propuestas de intervención individualizadas en las mismas, atendiendo especialmente a las necesidades de protección de los niños, niñas y adolescentes que allí se encuentran.

3. Espacio físico y equipamiento

463. Una de las principales obligaciones de los Estados en relación con las condiciones en las que se desarrolla el cuidado alternativo de carácter residencial tiene que

⁵⁶⁸ En Guatemala, en julio de 2011 en el “Hogar Solidario” se encontraban 774 niños de todas las edades. Según la información recibida sobre un relevamiento efectuado en 114 instituciones, 22 de éstas tenían entre 80 y 330 niños (Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar, Niñez y adolescencia institucionalizada: visibilización de graves violaciones de DDHH, 2011).

⁵⁶⁹ De acuerdo a la información publicada por la Defensoría del Pueblo del Estado de Perú, Informe Defensorial No. 150, El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia: la situación de los Centros de Atención Residencial estatales desde la mirada de la Defensoría del Pueblo, Lima, 2010, p. 300, se identifica el “Hogar Sagrada Familia”, ubicado en la Provincia Constitucional del Callao, que alberga un total de 830 niños y el “Puericultorio Pérez Aranibar”, ubicado en la Provincia de Lima, que alberga 800 niños con una capacidad para 1200.

⁵⁷⁰ Según la información recibida a la fecha de elaboración de este informe: “Padre Watson – NPH”, proporciona atención a 181 niños., entre otras instituciones.

⁵⁷¹ Según la información recibida a la fecha de elaboración de este informe, existen varias instituciones con unas dimensiones superiores a las deseadas que sería conveniente redujeran el número de niños que atienden en un mismo establecimiento, como por ejemplo, “Unidos por Cristo” con 199 niños, entre otras.

⁵⁷² Según la información recibida a la fecha de elaboración de este informe: “Hogar Escuela Rosa Duarte” proporciona atención a 123 niños; “Hogar Santo Domingo Savio” a 148 niños; “Hogar Escuela Armando Rosemberg” a 106 niños; “Fundación de Niños y Niñas para Cristo” a 140 niños; y “Fundación Hogar Nuestros Pequeños Hermanos” a 200 niños, entre otras instituciones. Gobierno de República Dominicana, Informe III, IV y V, ante el Comité de los Derechos de Niño, en cumplimiento del Art. 44 de la CDN- República Dominicana, Julio 2010.

⁵⁷³ Según la información recibida: “CNMAIC Casa Hogar” que proporciona atención a 150 niñas y adolescentes de 9 a 18 años cumplidos y la “CNMAIC Casa Cuna Tiaplan” que proporciona atención a 110 niños de 0 a 5 años.

⁵⁷⁴ Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes” del Gobierno de Brasil. Brasília, Julio de 2009.

ver con el espacio físico de los centros y las instituciones, que debe ser adecuado⁵⁷⁵. El desarrollo de los niños, niñas y adolescentes está fuertemente condicionado por el entorno en el que viven, por lo que los centros de acogimiento deben constituir en todos los casos un entorno seguro y apropiado⁵⁷⁶.

464. El espacio físico habitacional de los centros de acogimiento debe asegurar el respeto de la dignidad y la salud de los niños que se encuentran en los mismos⁵⁷⁷. El medio físico y los locales deben responder a la finalidad que cumplen los centros de acogimiento, es decir, la restitución y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, teniéndose debidamente en cuenta sus necesidades vinculadas al desarrollo integral de su personalidad. A esos efectos, las instalaciones deben permitir el desarrollo de las propuestas de intervención de los centros, tanto en lo que refiere al trabajo personalizado con los niños, así como en lo que respecta al trabajo grupal, además de para el estudio, la recreación y la realización de actividades deportivas, condiciones adecuadas de reposo y para la visita familiar, entre otros. En particular, las instituciones residenciales deben tener debidamente en cuenta las necesidades de los niños de intimidad, de estímulos sensoriales y de oportunidades de asociarse con sus compañeros y de participar en actividades deportivas, artísticas y de esparcimiento, así como también contar con las medidas de seguridad, evacuación y emergencia, necesarias para salvaguardar los derechos de los niños⁵⁷⁸.

465. La Comisión considera necesario reiterar, como lo hiciera respecto de las condiciones mínimas de las instituciones en el ámbito de la justicia juvenil, que también en el caso de las instituciones residenciales, el espacio “debe disponer de infraestructura adecuada en lo que se refiere a superficie, ventilación, acceso a la luz natural y artificial, agua potable y servicios e insumos para la higiene”, y que los niños, niñas y adolescentes “deben tener libre acceso a instalaciones sanitarias higiénicas y en condiciones acordes al respeto de su privacidad”⁵⁷⁹.

466. La Comisión observa con preocupación que en muchos casos las instituciones residenciales no respetan los aspectos mínimos referidos, desarrollándose la

⁵⁷⁵ En lo relativo a los principios y estándares mínimos que deben regir para la protección de los niños privados de libertad, las Reglas de La Habana, aprobadas por las Naciones Unidas, proporcionan elementos mínimos a tomar en consideración al momento de regular los estándares mínimos de protección y cuidado de los niños privados de cuidados parentales ubicados en instituciones residenciales. Al respecto, en lo relativo al medio físico y el alojamiento pueden consultarse las Reglas de la 31 a la 37.

⁵⁷⁶ Véase: Comité de Derechos del Niño, Comentario General No. 4, La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003, párrafo 14.

⁵⁷⁷ Reglas de La Habana, Reglas 12, 13 y 87, inc. f.; Reglas de Beijing, Regla 27. Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, 44º período de sesiones, párrafo 89.

⁵⁷⁸ En un sentido similar a lo aquí expuesto se puede ver, Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párrafo 89.

⁵⁷⁹ CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Véase en forma específica: Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 89. Reglas de la Habana, Regla 31.

permanencia de los niños en condiciones inapropiadas para garantizar sus derechos, incluso en algunos casos siendo de precariedad extrema en materia de infraestructura y recursos materiales en general. El Comité de los Derechos del Niño ha expresado su preocupación respecto de la precariedad de las condiciones de vida de los niños en instituciones y específicamente la ausencia de recursos técnicos, financieros y humanos suficientes en algunos centros de varios Estados de la región como es el caso de Bolivia⁵⁸⁰, Brasil⁵⁸¹, Chile⁵⁸², Guyana⁵⁸³, Nicaragua⁵⁸⁴, Perú⁵⁸⁵, Trinidad y Tobago⁵⁸⁶ y Uruguay⁵⁸⁷. La Comisión entiende que las deficiencias observadas en algunas instituciones en los referidos Estados no necesariamente son extrapolables a todos los centros que existen en el país, pero es un indicador que revela la necesidad de regular y de supervisar adecuadamente la totalidad de las instituciones y los centros de acogimiento en el territorio de los Estados.

467. La Comisión estima que, a los efectos de contar con condiciones de seguridad y salubridad, las instituciones deben disponer de las habilitaciones de las autoridades correspondientes en relación a la situación edilicia, las medidas de prevención de siniestros y toda otra situación crítica o de emergencia que pudiere ocurrir. El cumplimiento estricto de estos requisitos debe ser tenido en cuenta por los Estados al momento de conferirle a la institución su habilitación, y en el marco de las revisiones posteriores. Asimismo, el personal de las instituciones debe recibir instrucción acerca de prevención y reducción de riesgos, entrenamiento para el uso de extintores y procedimientos básicos de salud.

⁵⁸⁰ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Bolivia, CRC/C/BOL/CO/4, 16 de octubre de 2009, párrafo 45.

⁵⁸¹ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Brasil, CRC/C/15/Add.241, 3 de noviembre de 2004, párrafo 44.

⁵⁸² Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Chile, CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párrafo 45.

⁵⁸³ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Guyana, CRC/C/15/Add.224, 26 de febrero de 2004, párrafo 35.

⁵⁸⁴ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Nicaragua, CRC/C/NIC/CO/4, 1 de octubre de 2010, párrafo 54.

⁵⁸⁵ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Perú, CRC/C/PER/CO/3, 14 de marzo de 2006, párrafo 37.

⁵⁸⁶ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Trinidad y Tobago, CRC/C/TTO/CO/2, 17 de marzo de 2006, párrafo 43.

⁵⁸⁷ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Uruguay, CRC/C/URY/CO/2, 5 de julio de 2007, párrafo 41.

468. La información sobre el cumplimiento de estos aspectos no es abundante pero algunos relevamientos a los cuales ha accedido la Comisión dan cuenta de situaciones preocupantes que ameritan ser corregidas sin demora. Por ejemplo, se ha informado de instituciones que operan sin extintores y sin visibilización de salidas de emergencia que permitan una evacuación oportuna en casos de emergencia.

469. Las instalaciones deben además encontrarse perfectamente adaptadas a las características de la población atendida, teniendo especialmente en cuenta, por ejemplo, la situación de los niños con discapacidad, alguna condición médica, o de los niños pequeños.

470. La Comisión toma nota de algunas iniciativas positivas en el ámbito de la reglamentación de las instituciones. No obstante, la información recibida por la Comisión da cuenta de que en muchos casos las instalaciones de las instituciones no resultan apropiadas para el cumplimiento de las finalidades descritas. La ausencia de espacios de recreación y juego, la inexistencia de espacio para que los niños puedan tener sus pertenencias personales, son características de muchas de las instituciones⁵⁸⁸. En muchos casos, las instituciones no cuentan con una estructura física adecuada en tanto no se trata de edificios diseñados para el funcionamiento de instituciones residenciales para niños. En consecuencia, carecen de condiciones de seguridad y esparcimiento, entre otras condiciones necesarias para una atención adecuada.

471. En todos los casos, las instituciones no deben superar su capacidad instalada y deben alojar un número razonable de niños de acuerdo con sus dimensiones, evitando alcanzar condiciones de hacinamiento y respetando condiciones que permitan el respeto de la privacidad de los niños.

472. La Comisión considera que las condiciones del cuidado a los niños dependen en gran medida de los recursos y los elementos materiales con los que se cuenta en los centros de acogimiento y las instituciones. Las personas a cargo de la atención de los niños, niñas y adolescentes deben disponer de los medios y poder acceder a los servicios de forma de evitar todo tipo de descuido o trato negligente⁵⁸⁹. La ausencia de este tipo de medios es especialmente grave en algunas situaciones como es el caso de las instituciones de salud, las instituciones para niños pequeños, las que trabajan con niños con alguna discapacidad, así como toda otra condición que requiera un equipamiento determinado y elementos adaptados⁵⁹⁰.

⁵⁸⁸ Por ejemplo, en un relevamiento reciente, la Defensoría del Pueblo de Perú encontró que el 56,8% de las instituciones no contaba con espacios propios o privados para que los niños guardaran sus pertenencias. Informe Defensorial No. 150, El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia: la situación de los Centros de Atención Residencial estatales desde la mirada de la Defensoría del Pueblo, Lima, 2010, páginas 305 y 306.

⁵⁸⁹ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011, párrafo 20.

⁵⁹⁰ Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 26.3: “[l]os Estados Partes promoverán la disponibilidad, el conocimiento y el uso de tecnologías de apoyo y dispositivos destinados a las personas con discapacidad, a efectos de habilitación y rehabilitación”.

4. **Carácter personalizado de la atención y estabilidad de los vínculos**

473. El carácter personalizado de la atención que deben recibir todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en los centros e instituciones, a juicio de la Comisión, no se asegura únicamente regulando el tamaño de los centros sino que, además, es preciso que los Estados velen por que los recursos humanos con los que cuentan dichos centros e instituciones lo permitan razonablemente. El carácter personalizado se refiere además a la intervención que la institución y sus profesionales realizan para el cuidado y para atender las necesidades individuales de cada niño, así como para promover la restitución de todos sus derechos, incluido el derecho a reintegrarse a su familia de origen en el momento que ello fuera posible. Lo anterior implica que se diseñe e implemente adecuadamente un plan individual de atención que tome en consideración todas las particularidades del niño y la evolución de sus circunstancias personales⁵⁹¹. La información recibida en el marco de las consultas subregionales, en relación a este aspecto de la atención, da cuenta de que existen instituciones carecen de condiciones que le permitan la elaboración y el seguimiento de un plan individual de atención para cada niño que ingresa en las mismas. En dichas instancias se ha considerado el reducido número de profesionales técnicos como la principal causa de este tipo de situaciones.

474. La desatención por falta de personal suficiente es una de las características de algunas instituciones residenciales que preocupa a la Comisión. Las condiciones de cuidado deficientes exponen la salud y la vida de los niños, en particular de aquellos que requieren de cuidados y atenciones especiales. La Comisión ya se ha referido al contacto personal y a los estímulos indispensables para los niños pequeños, por ejemplo, o de los niños con necesidades de rehabilitación u otra naturaleza, que sin la atención y cuidados adecuados pueden sufrir graves daños físicos, mentales y psicológicos⁵⁹².

475. Las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños ponen también énfasis en la atención personalizada al niño, en los siguientes términos:

Los Estados deberían velar por que los entornos de acogimiento residencial dispongan de cuidadores suficientes para que el niño reciba una atención personalizada y, si corresponde, para dar al niño la oportunidad de crear vínculos con un cuidador determinado. Los cuidadores también deberían estar distribuidos en el entorno de acogimiento de tal modo que se alcancen efectivamente sus fines y objetivos y se logre la protección del niño⁵⁹³.

⁵⁹¹ La exigencia que se desarrolle la atención con carácter personalizado a través de un plan individual de intervención se encuentra prevista en diversos instrumentos internacionales. Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 126. Reglas de la Habana, Regla 27.

⁵⁹² El Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños destacó su preocupación particularmente sobre las instituciones con niños con alguna discapacidad: “en los establecimientos para niños con discapacidades, no hay acceso a programas educativos, de tiempo libre, de reinserción u otro tipo. A menudo los niños con discapacidades son abandonados en sus camas o cunas durante períodos prolongados sin que tengan ningún tipo de contacto humano o estímulo”, párrafo 58.

⁵⁹³ Directriz 126.

476. La Comisión advierte que el carácter personalizado o individualizado de la atención no debe dar lugar a una confusión en relación a la naturaleza de la relación del personal con los niños, niñas y adolescentes que allí se encuentran, puesto que dicha relación no constituye una relación de tipo familiar en sentido estricto. La Comisión observa con preocupación que un problema asociado a las largas permanencias en las instituciones, es que el personal de las mismas suele asumir un papel sustitutivo de la familia de origen de las niñas y los niños. El papel y las funciones del personal deberían definirse claramente y distinguirse de las de los padres o la familia del niño. La necesidad de evitar la confusión referida no debe sin embargo tener como consecuencia desconocer al niño en su dimensión subjetiva y emocional y la relevancia de que pueda crear vínculos positivos y de confianza con sus cuidadores, con un trato cercano y humano. La atención no debe tener como centro únicamente la atención de las necesidades básicas y la protección de su integridad física, tal como ha sido identificado en algunos relevamientos⁵⁹⁴.

477. Complementariamente, la Comisión considera que, no obstante la obligación de asegurar la temporalidad de la permanencia en un centro o institución a través de un sistema de revisión periódica de las medidas, las decisiones deben tener en cuenta la importancia de garantizar a los niños un entorno estable y de satisfacer su necesidad básica de un vínculo continuo y seguro con su ámbito de acogimiento y con las personas directamente responsables de su cuidados. La Comisión estima que a los efectos de lograr el equilibrio entre ambos criterios, es preciso restringir los cambios y traslados al mínimo, previendo siempre el establecimiento de procesos de adaptación que aseguren la participación de los niños, niñas y adolescentes y la consideración de su interés superior⁵⁹⁵. Las evaluaciones periódicas deben ser serias y rigurosas a los efectos de dar satisfacción al derecho del niño a ser reunificado con su familia cuando las condiciones lo permitan y en atención a su interés superior; decisiones prematuras o sin que cuenten con el acompañamiento necesario e idóneo de los profesionales y los servicios para sostener la revinculación pueden ser muy dañinas para el niño y deben ser evitadas.

478. Los Estados deben velar por que la forma de organizar el cuidado alternativo residencial, en particular el vínculo de los cuidadores con el niño, se encuentre orientada a garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes que allí se encuentran. En forma específica, la Comisión considera que la forma de organizar el trabajo de los centros e instituciones debe guiarse, entre otros aspectos, a evitar cambios frecuentes de cuidadores o traslados de una institución a otra, que no tengan en cuenta la situación emocional de los niños, por razones meramente administrativas⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ Defensoría del Pueblo del Estado de Perú, Informe Defensorial No. 150, El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia: la situación de los Centros de Atención Residencial estatales desde la mirada de la Defensoría del Pueblo, Lima, 2010, pág. 51.

⁵⁹⁵ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 12.

⁵⁹⁶ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directrices 60 y 90.

479. La Comisión nota con preocupación que es no es infrecuente en la región la práctica de traslados de niños, niñas y adolescentes de una institución a otra, por razones administrativas variadas. En Paraguay por ejemplo, se ha informado que el ingreso, egreso y traslado de una institución a otra se puede dar con frecuencia y que la mayoría de las veces no son comunicados a las autoridades competentes. Además, según la respuesta al cuestionario, sólo un porcentaje mínimo de instituciones registra a la población y el movimiento de la misma.

5. Plan individualizado de atención

480. Como parte del objetivo mismo de las medidas especiales de protección, se encuentra el diseño y la aplicación de un plan individualizado de atención para el niño, que tenga debidamente en cuenta sus circunstancias personales y las que llevaron a la separación del niño de su familia. El plan individualizado de atención al niño es la herramienta que utiliza el equipo de profesionales que atienden al niño en el centro de acogimiento o la institución a fin de realizar un adecuado seguimiento de los desarrollos del niño, sus requerimientos y necesidades, el registro de los tratamientos o cursos de acción que se estimen pertinentes y su justificación, las acciones para la promoción de la revinculación con la familia y la comunidad, condiciones médicas, entre otros aspectos⁵⁹⁷. La norma deberá regular la obligatoriedad de que, en todos los centros e instituciones, los equipos multidisciplinarios abran un expediente y un plan individualizado de atención para cada niño, niña o adolescente que ingresa al centro o a la institución, el objetivo de este plan, los contenidos mínimos del plan, y su actualización periódica⁵⁹⁸.

481. El Plan individualizado debe recoger toda aquella información relevante que permita a los profesionales a cargo del niño poder tomar decisiones adecuadas e informadas para el cuidado del niño, además de quedar oportunamente registradas todas las acciones que se realicen en relación al niño. De modo destacado, el Plan deberá contemplar el proceso y las acciones a seguirse para proceder a la revinculación del niño con su familia, o bien, en el caso de los niños que transitan a la edad adulta encontrándose en acogimiento alternativo, el tipo de apoyo requerido para pasar a llevar una vida independiente fuera del centro de acogimiento o de la institución residencial.

482. Por consiguiente, el plan no se circunscribe al niño y sus cuidados, sino que debe incluir todos aquellos aspectos relativos al proceso de revinculación con su familia, como por ejemplo, las evaluaciones que en ese sentido se realicen a la familia y al entorno del niño, las intervenciones llevadas a cabo con la familia y las recomendaciones para el curso de acción a tomar con la familia y el niño.

483. La revisión periódica de las medidas especiales de protección que debe ser llevado a cabo por la autoridad competente tomará en consideración el plan individualizado del niño como parte de la información relevante para la correspondiente evaluación de las circunstancias actuales del niño y la familia, a los efectos de tomar la

⁵⁹⁷ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 59.

⁵⁹⁸ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 63.

decisión sobre el mantenimiento, la modificación o el cese de la medida especial de protección.

6. Aspectos relativos al personal

484. La Corte ha establecido, de modo general, la necesidad que las instituciones de protección a la niñez se encuentren debidamente dotadas con el personal competente para atender adecuadamente las necesidades de atención y protección de los niños, niñas y adolescentes⁵⁹⁹. Tal y como se ha referido anteriormente, el sistema de protección de los derechos de la niñez, en general, y la protección de los niños sin cuidados parentales, en particular, deben regirse por el principio de especialidad y profesionalización. En este sentido, la Comisión coincide con lo dispuesto en la directriz 71 de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños en el sentido de que debe prestarse especial atención a la calidad del cuidado prestado, en particular con respecto a las aptitudes profesionales, la selección, la formación y la supervisión del personal de los centros e instituciones⁶⁰⁰.

485. A esos efectos, es preciso que los Estados determinen los criterios básicos relativos al personal que deban ser exigidos a los centros de acogimiento e instituciones, públicos y privados. En relación a lo referido, la Comisión entiende que la legislación debería contener una regulación adecuada, como mínimo en lo que se refiere a los siguientes aspectos: i) el número de personal requerido en función del número de niños que son cuidados en cada centro o institución, sus edades y necesidades especiales (ratio profesional/niño), ii) los perfiles profesionales que deben estar presentes en todos los centros e instituciones para cumplir adecuadamente con los fines que les son atribuidos por la normativa a estos centros, iii) considerar perfiles profesionales concretos que se requieren cuando los centros presten determinados servicios especializados, iv) las funciones básicas que deben desempeñar los diversos profesionales asignados a los centros e instituciones, y v) las calificaciones mínimas exigidas, además de requerirse conocimientos adecuados y actualizados sobre derechos humanos de los niños, desarrollo y psicología infanto-juvenil, protección a la niñez, y medidas disciplinarias no violentas, entre otros, necesarios para promover la idoneidad y la calidad del cuidado que se prestara a los niños⁶⁰¹.

⁵⁹⁹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 112.

⁶⁰⁰ Directriz 71: “Debería dedicarse especial atención a la calidad del cuidado alternativo prestado, tanto en acogimiento residencial como familiar, en particular con respecto a las aptitudes profesionales, la selección, la formación y la supervisión de los acogedores. Su papel y funciones deberían definirse claramente y distinguirse de las de los padres o tutores del niño”. En el mismo sentido se manifiestan las Reglas de La Habana, ver en particular de la Regla 81 a la 87. Estudio sobre la Violencia contra los Niños, págs. 211 y 212.

⁶⁰¹ El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha enfatizado las exigencias de que el personal y profesionales que trabajan con los niños tengan la formación y la capacitación idónea para poder desarrollar sus funciones de forma adecuada, para lo cual los Estados deberán regular en forma apropiada los requerimientos profesionales mínimos y las capacidades que se exigen. Adicionalmente pone énfasis en impulsar procesos y programas de formación sistemática, continua e integral para todas las personas que se desempeñan en las instituciones, organizar sistemas de certificación oficiales para reglamentar y reconocer esa formación, y asegurarse de que el conocimiento de la CDN forma parte del historial educativo de todos los profesionales que trabajan con niños. Ver Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 13, Derecho del niño a no ser

486. Los procesos de selección y contratación han de realizarse cuidadosamente para todo el personal de todas las categorías, por cuanto la buena marcha de los centros e instituciones depende de las capacidades, integridad y competencia profesional del personal para tratar con niños. Así, en los procesos de selección y contratación deberían tomarse en consideración las referencias y antecedentes profesionales de los candidatos, muy especialmente de quienes tengan contacto directo con los niños, niñas y adolescentes, a los efectos de descartar la existencia de antecedentes por casos de abuso, negligencia o cualquier otra forma de violencia o vulneración a los derechos de los niños. La Comisión concuerda con las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños en considerar que “todas las agencias y centros de acogida deberían velar sistemáticamente por que, antes de su contratación, los cuidadores y otro personal en contacto directo con los niños fueran objeto de una evaluación completa y apropiada de su idoneidad para trabajar con niños⁶⁰²”.

487. Con carácter complementario a lo que se acaba de indicar, la Comisión considera indispensable para asegurar los derechos de los niños que los Estados, en el marco de los procedimientos de habilitación y supervisión, identifiquen si los centros e instituciones disponen del personal suficiente y profesionalmente adecuado a los efectos de que los niños puedan recibir una atención personalizada y un cuidado idóneo. La legislación debería además contemplar sanciones adecuadas en caso de que los centros o instituciones no cumplan con la normativa relativa al personal, pudiendo suponer multas y hasta el cierre del centro o institución.

488. La Comisión obtuvo escasa información sobre la cantidad de funcionarios en las instituciones y, en los casos en que se recibió información, la misma fue variada. La Comisión observa que algunos Estados no regulan adecuadamente la temática y otros no tienen información sobre la misma. Existen casos en los cuales los Estados han establecido en su normativa una regulación que establece las proporciones de cuidadores, profesionales o educadores por niño, niña o adolescente. Por ejemplo en la reglamentación de Chile se prevé un profesional cada 20 o 25 niños y de 8 a 10 niños por cuidador⁶⁰³. Mientras que en la normativa del Perú se requiere, un psicólogo, un trabajador social, y un educador cada 20 niños y en la franja etaria de 6 a 11 años un cuidador cada 10 niños⁶⁰⁴. En Costa Rica, según la respuesta al cuestionario la proporción varía por la demanda institucional, y existen alrededor de 70 niños por profesional técnico, y dos funcionarios de atención directa cada quince niños, pero los fines de semana puede permanecer solo un

...continuación

objeto de ninguna forma de violencia, CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011, párr. 44 d). Estudio sobre la Violencia contra los Niños, páginas 211 y 212.

⁶⁰² Directriz 113. En el mismo sentido se manifiesta el Estudio sobre Violencia contra los Niños, páginas 211 y 212, y Reglas de La Habana, Regla 82.

⁶⁰³ Lineamientos técnicos específicos. Modalidad Residencias de protección para Lactantes y Pre-escolares. SENAME, Chile, Agosto de 2007.

⁶⁰⁴ Manual de Acreditación y supervisión para centros de atención residencial de niñas, niños y adolescentes de la Dirección General de la Familia y la Comunidad, Dirección de Niños, Niñas y Adolescentes del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social.

funcionario. Mientras que en El Salvador, teniendo en cuenta la información proporcionada al contestar el cuestionario, la proporción de funcionarios por niño, niña y adolescente sería de 1 cada 10. Asimismo, en algunos Estados como en Paraguay, se ha informado que según las fiscalizaciones realizadas por la Unidad de Cuidado Alternativo de Niños, Niñas y Adolescentes de la Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia, se constató que muchas de las instituciones no cuentan con una planilla o registro de funcionarios que presten algún tipo de servicio dentro de las mismas, que permita una adecuada supervisión.

489. La CIDH recibió información que indica que el personal que trabaja en estos sistemas no siempre ha sido contratado teniendo en cuenta su perfil profesional, experiencia previa y capacidad. Esto, en algunos casos se debe a la inexistencia de criterios claros a los efectos de la contratación del personal tanto en instituciones públicas como privadas, mientras que en otros, la ausencia de controles provoca que los Estados no tengan conocimiento de los recursos humanos que se desempeñan en las instituciones residenciales, particularmente esta última consideración respecto del personal de las instituciones privadas⁶⁰⁵. La Comisión considera preocupante que los criterios de selección del personal se puedan encontrar exclusivamente en manos de las propias instituciones. Sin perjuicio de lo expresado, la Comisión ha recibido información en relación a la existencia de orientaciones técnicas en diversos Estados de la región elaboradas por las autoridades que regulan la contratación del personal de las instituciones y las aptitudes que son exigidas. Este tipo de exigencias han sido informadas por ejemplo respecto de Chile, Colombia, Costa Rica y El Salvador.

490. En varios Estados como Bolivia y San Vicente se ha informado a la Comisión acerca de la existencia de importantes dificultades para la contratación del personal, especialmente profesionales y especialistas, debido a que éstos no se encuentran motivados para trabajar en las instituciones o a recibir entrenamiento para el trabajo con niños, circunstancias que tienen relación con los bajos niveles salariales en estos puestos. Según las consultas subregionales que fueron desarrolladas en el marco del presente informe, esta situación se repite en la mayoría de países de la región, incluso en los Estados que han desarrollado orientaciones técnicas que regulan la contratación del personal. Así por ejemplo en Canadá, de acuerdo a una encuesta nacional realizada por la Asociación Canadiense de Trabajadores Sociales, se identificaron como problemas la poca motivación, la escasez de trabajadores sociales y las altas tasas de deserción⁶⁰⁶.

491. En este sentido, la Comisión coincide con las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños y con el Estudio sobre la Violencia contra los Niños en resaltar la relevancia de velar por que las condiciones laborales y la remuneración del personal que trabaja en las instituciones residenciales guarden relación

⁶⁰⁵ Véase por ejemplo: Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Ecuador, CRC/C/ECU/CO/4, 29 de enero de 2008, párrafo 50.

⁶⁰⁶ Canadian Association of Social Workers, Child Welfare Project: Creating conditions for good practice, 2003, página 3.

con sus responsabilidades y fomentar así al máximo la vinculación y el mantenimiento de personal idóneo y capacitado, su motivación y continuidad en el trabajo⁶⁰⁷.

492. En forma complementaria, la Comisión resalta la importancia de que los Estados garanticen la existencia y disponibilidad de planes de capacitación y cursos de formación profesional continuada para las personas que se desempeñan en los centros de acogimiento e instituciones, incluidos los profesionales y técnicos, personal administrativo y de servicios; adicionalmente los Estados deberían instrumentar los medios adecuados para que, en la medida de lo posible, esta formación sea adecuadamente reconocida en los procesos de selección y promoción, y en la remuneración⁶⁰⁸. Entre los aspectos que deben ser abordados en el marco de los programas de capacitación permanente de todas las personas que se desempeñan en los centros de acogimiento y las instituciones se encuentra la promoción de formas no violentas de disciplina y educación⁶⁰⁹, así como sobre cómo hacer frente a los comportamientos problemáticos, incluidas las técnicas de solución de conflictos y los medios para prevenir los actos de los niños que puedan causar daños a sí mismos o a terceros⁶¹⁰. Adicionalmente, las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños precisan que dicha formación debería incluir específicamente una sensibilización sobre aspectos vinculados a “la situación de los niños sin cuidado parental y sobre la vulnerabilidad especial de los niños que se encuentran en situaciones particularmente difíciles, como el acogimiento de emergencia y el acogimiento fuera de su zona de residencia habitual. Se debería concientizar también a los cuidadores respecto de las cuestiones culturales, sociales, de género y religiosas⁶¹¹”.

493. No obstante la existencia de algunas iniciativas positivas, la Comisión mira con preocupación que en muchos Estados de la región no sea usual que se exija al personal que se desempeña en los centros y las instituciones formación específica, así como capacidad e idoneidad para trabajar con niños. Por ejemplo, Paraguay en la respuesta al cuestionario, ha informado a la Comisión que según las fiscalizaciones realizadas por la Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia, se constató que en la mayoría de las instituciones, no se cuenta con profesionales con la formación idónea para la atención de los niños, niñas y adolescentes albergados en las mismas, y que a las personas encargadas del cuidado directo no se les exige que cuenten con ningún tipo de

⁶⁰⁷ Estudio sobre la Violencia contra los Niños, pág. 212. Reglas de La Habana, Regla 83. Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 114: “Las condiciones laborales, incluida la remuneración, de los cuidadores contratados por las agencias y centros de acogida deberían ser tales que fomentaran al máximo su motivación, satisfacción y continuidad en el trabajo, y por tanto su disposición para cumplir su función de la forma más apropiada y eficaz”.

⁶⁰⁸ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 115. Reglas de La Habana, Regla 85.

⁶⁰⁹ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 8, El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), CRC/C/GC/8, 21 de agosto de 2006, párrafos 44 y 48.

⁶¹⁰ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 116.

⁶¹¹ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 115.

formación. Este tipo de situaciones o similares también fueron informadas a la Comisión en relación a algunas instituciones en Jamaica, entre otros Estados⁶¹².

494. La problemática referida a la formación adecuada y sistemática para el personal de las instituciones ha motivado que el Comité de los Derechos del Niño realice observaciones y recomendaciones específicas respecto de algunos Estados de la región como es el caso por ejemplo de Granada⁶¹³, Nicaragua⁶¹⁴, República Dominicana⁶¹⁵ y Trinidad y Tobago⁶¹⁶.

495. La Comisión destaca de modo particular la importancia de que se integren en los centros de acogimiento y las instituciones aquellos perfiles profesionales que sean necesarios, en función de las características de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en los mismos. Las exigencias referidas respecto de la contratación y capacitación del personal deben tomarse especialmente en cuenta en el caso del personal que trabaje con niños pequeños⁶¹⁷, niños pertenecientes a pueblos indígenas⁶¹⁸, así como niños que viven con el VIH/SIDA o padecen otras enfermedades crónicas, y los niños con discapacidades⁶¹⁹.

496. Adicionalmente, la Comisión estima conveniente que los Estados establezcan en su normativa interna códigos de conducta para el personal que trabaja en los centros de acogimiento y las instituciones⁶²⁰. Esta normativa debe definir los estándares

⁶¹² Jamaicans For Justice, Report on The Situation of Children in The Care of The Jamaican State, presentado ante la CIDH en noviembre de 2009, página 13.

⁶¹³ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Granada, CRC/C/GRD/CO/2, 22 de junio de 2010, párrafo 22.

⁶¹⁴ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Nicaragua, CRC/C/NIC/CO/4, 1 de octubre de 2010, párrafo 27.

⁶¹⁵ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: República Dominicana, CRC/C/DOM/CO/2, 1 de febrero de 2008, párrafo 53.

⁶¹⁶ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Trinidad y Tobago, CRC/C/TTO/CO/2, 17 de marzo de 2006, párrafo 23.

⁶¹⁷ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006, párrafos 23 y 32.

⁶¹⁸ Comité de Derechos del Niño, Comentario General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, 43º período de sesiones, párrafo 48.

⁶¹⁹ Comité de Derechos del Niño, Comentario General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, 43º período de sesiones, párr. 43. Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 117.

⁶²⁰ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, párrafo 53. Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 107.

de conducta laboral y la forma en como todo el personal debe conformar su actuar y el trato hacia los niños. Asimismo, es necesario que se incluyan procedimientos claros para la presentación de denuncias e informes sobre la conducta impropia de todas personas que trabajan en las mismas. Es especialmente conveniente prever los procedimientos a seguir en los casos de violencia o abuso en los centros o las instituciones⁶²¹.

497. Al respecto de los códigos de conducta, la Comisión nota que, según la información obtenida, si bien algunos Estados de la región han desarrollado este tipo de instrumentos, por regla general no es usual la existencia de este tipo de normativa. Así, algunos Estados como por ejemplo, Colombia, El Salvador y México mencionaron la existencia de un Código Ético el cual es de obligatorio cumplimiento por parte de todas las instituciones de acogimiento. La Comisión nota que los Códigos de Conducta deben ser específicos en su formulación puesto que deben servir para favorecer la aplicación y cumplimiento de la normatividad en la operación de los servicios de protección y cuidado a la niñez en instituciones residenciales.

498. Del mismo modo, la Comisión observa que la falta de supervisión apropiada del personal puede también constituir un problema⁶²². Al respecto, la Comisión entiende que es necesario que el director de la institución esté debidamente calificado para sus funciones de dirección y gerencia de una institución de estas características. Además, el personal directivo de las instituciones debería tener claramente explicitadas entre sus responsabilidades el velar por el correcto funcionamiento de las mismas, de conformidad con la normativa vigente, así como por el adecuado desempeño en sus funciones de todo el personal, en adición a su obligación de tomar medidas adecuadas para prevenir y responder a cualquier irregularidad. La Comisión considera que, con el fin de garantizar, en la mayor medida posible, la protección de los niños mientras permanecen bajo el cuidado de los centros y las instituciones, la legislación debe prever sanciones que responsabilicen adecuadamente al personal directivo ante la evidencia de la omisión de la diligencia debida en asegurar el correcto funcionamiento de estos centros e instituciones y la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

499. Respecto de la referida obligación del Estado de regular aspectos vinculados al personal de las instituciones, la Comisión subraya los hallazgos del Estudio sobre la Violencia contra los Niños, que evidenciaron una clara relación entre la violencia hacia los niños, niñas y adolescentes en las instituciones de acogimiento alternativo, detectada en niveles alarmantes, y las insuficiencias relacionadas con el número e idoneidad del personal que se desempeñaba en las instituciones:

El personal sin cualificación y mal remunerado es un factor clave vinculado con la violencia dentro de las instituciones. La baja remuneración y categoría frecuentemente dan como resultado empleados poco motivados y mucha rotación de personal y además la

⁶²¹ Informe conjunto de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños, A/HRC/16/56, 7 de marzo de 2011, párrafo 112.

⁶²² Puede consultarse, Estudio sobre la Violencia contra los Niños, página 182.

escasez de personal es un problema grave. Por ejemplo, en varios países se ha documentado que la ratio internos/personal en las instituciones para niños y niñas con discapacidad puede ser hasta de cien por cada empleado. En estas condiciones, los niños y niñas a menudo quedan sin supervisión durante largos períodos; por la noche puede haber pabellones enteros sin vigilar o cerrados con llave, con una sola persona como responsable. En tales casos, el abuso físico y sexual es frecuente. Relativamente pocos funcionarios de instituciones de protección reciben capacitación especial en desarrollo infantil, derechos o información acerca de temas de violencia. En las instituciones para niños y niñas con discapacidades, el personal insuficientemente capacitado puede reaccionar violentamente con bastante facilidad. Los funcionarios sobrecargados pueden recurrir a medidas violentas para mantener la disciplina, particularmente cuando falta personal de vigilancia. Estas condiciones provocan actitudes cada vez más negativas ante los niños y niñas y patrones de respuestas físicas e impulsivas. Algunas personas con historiales de violencia contra los niños, incluyendo abuso y explotación sexual, pueden buscar empleos que les permitan tener fácil acceso a niños y niñas. Los estudios rigurosos de los antecedentes del personal siguen siendo muy poco frecuentes, permitiendo que un empleado que haya sido despedido de una institución sea contratado por otra y continúe el historial de abusos⁶²³.

500. Todo el personal debe estar claramente identificado, lo cual facilita que los niños, sus familiares, visitantes, y los mecanismos de control y supervisión puedan identificar a las personas en relación a la forma en que se desempeñan y desarrollan sus funciones.

501. Finalmente, la Comisión estima muy importante que los Estados tomen en consideración las exigencias de protección desde una perspectiva de género. Ello implica, a juicio de la Comisión, como mínimo, que los centros y las instituciones dispongan de un número suficiente de personal de ambos sexos para atender adecuadamente a los grupos de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en estos centros e instituciones. Aspectos relativos a la preservación de la intimidad y la privacidad de los niños, niñas y adolescentes deben garantizarse adecuadamente, entre otros, en las normas de funcionamiento del centro, el diseño de las instalaciones y los códigos de conducta que rigen la actuación y la conducta del personal de ambos sexos.

502. La Comisión reitera la necesidad y la obligación de regular los aspectos básicos relativos al número mínimo de personal y los distintos perfiles profesionales, y sus funciones, que se requieren a los efectos de cumplir con los servicios de atención y cuidado a los niños que se encuentran en acogimiento alternativo de carácter residencial, dando además oportuna consideración a las especiales necesidades que determinados grupos de niños puedan tener. Asimismo, la Comisión recomienda que la competencia profesional de

⁶²³ Estudio sobre la Violencia contra los Niños, página 181.

todo el personal sea regularmente reforzada y desarrollada a través de programas de capacitación y formación.

7. Separación por edades y por necesidades de protección y de cuidado

503. La Comisión, tal y como lo hiciera en lo referente a los niños y niñas privados de libertad dentro del sistema de justicia juvenil, ha establecido que, derivado de las obligaciones de garantía de los derechos de los niños, se impone un deber de separación de los niños y las niñas respecto de los adultos ya sea en los centros de privación de libertad⁶²⁴ como en los centros de acogida o en las instituciones⁶²⁵.

504. Se requiere también una adecuada ubicación de los propios niños, niñas y adolescentes en el interior de las instalaciones del centro que tenga debidamente en cuenta las edades, el sexo, las necesidades y requerimientos de tratamiento, y otras condiciones relevantes de los diversos niños, niñas y adolescentes⁶²⁶. La Comisión también se ha referido en diversas oportunidades a la inadmisibilidad de situaciones en las cuales se encuentren compartiendo instalaciones niños y adolescentes en conflicto con la ley penal conjuntamente con niños y adolescentes con necesidades de protección y cuidado⁶²⁷.

505. La Comisión ha tenido conocimiento de situaciones en las cuales niños y niñas de diversas edades compartían instalaciones y servicios con personas adultas ingresadas en el mismo centro; este tipo de situaciones han sido detectadas en particular en establecimientos residenciales que prestan cuidados a personas con algún tipo de discapacidad o con alguna condición médica⁶²⁸. Esta circunstancia ha sido informada respecto de Guatemala, México, Paraguay y Uruguay, entre otros Estados. Respecto de Uruguay, por ejemplo, se ha informado que existe una institución que aloja a más de 80 personas con discapacidad de todas las edades; en su mayoría ingresan siendo niños o adolescentes pero permanecen allí aún alcanzada la mayoría de edad dadas las escasas posibilidades de integración familiar y comunitaria. Al respecto, la Comisión enfatiza la necesidad de que existan secciones especializadas para el tratamiento y atención de la población infantil y adolescente, separadas de las secciones y de las instalaciones para adultos.

⁶²⁴ Ver CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, en particular los párrs. 249, 264, 305 y 306, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, principio XIX, Reglas de la Habana párrafo 29.

⁶²⁵ CIDH. *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, principio XIX. El principio de separación del niño de los adultos tiene como excepción aquellos casos en que el ingreso se realice en una institución de protección y cuidado adaptada para recibir al niño junto con alguno de sus progenitores o familiares, como sería por ejemplo el caso de las casas de protección para mujeres y niños sujetos a violencia intra-familiar. De todos modos, en estos casos, no estaríamos ante un supuesto contemplado en este informe puesto que el niño sigue bajo la guarda de uno de sus progenitores o bien un familiar, y no bajo un supuesto de acogimiento alternativo por encontrarse sin los cuidados parentales y familiares adecuados.

⁶²⁶ CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párrs. 422 y 426 Reglas Habana, Regla 28.

⁶²⁷ CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 406.

⁶²⁸ Por ejemplo, recientemente la Comisión ha conocido de una situación de violencia hacia los niños internados junto con adultos en una institución de cuidado de carácter residencial, a través de su sistema de medidas cautelares, MC 370/12 – 334 Pacientes del Hospital Federico Mora, Guatemala, 20 noviembre del 2012.

506. La Comisión nota que en la región existen Estados en los cuales predominan los centros de acogimiento y las instituciones que operan en función de rangos de edad, sexo o necesidades particulares de atención, para la admisión de los niños, niñas y adolescentes; mientras que, en otros Estados, priman las instituciones residenciales de carácter mixto en las cuales convive población de ambos sexos y diversas edades, aunque con la existencia de determinados espacios separados.

507. Sin embargo, de la información recabada, la Comisión nota que en las grandes instituciones residenciales donde conviven niños, niñas y adolescentes de diversas edades, no se cumple siempre con la adecuada separación de niños, niñas y adolescentes por edades, sexo y otras condiciones que requieran de una atención especial. A juicio de la Comisión, lo anterior no supone excluir la existencia de espacios y contextos de socialización colectiva destinados a todos los niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, el diseño y la organización de la institución deben tomar adecuadamente en cuenta las distintas necesidades de protección que tenga cada niño, niña y adolescente con el fin de evitar cualquier forma de violencia hacia ellos y ellas, u otras vulneraciones a sus derechos. Por consiguiente, es apropiado que las instituciones residenciales dispongan de espacios separados, como por ejemplo dormitorios, servicios higiénicos, entre otros, para los diversos grupos de niños, niñas y adolescentes, a la vez que de espacios colectivos para la socialización y la convivencia conjunta bajo la adecuada supervisión del personal de la institución.

508. La Comisión ha observado que los criterios de separación de los niños por edades, sexo u otra necesidad de protección, puede provocar el efecto no deseado de la separación de los hermanos y hermanas que se encuentran bajo cuidado institucional, en el caso de que fueran ubicados en centros distintos en función de la edad o el sexo. A los efectos de impedir que esta separación entre hermanos ocurra, a no ser que ello fuera contrario a sus deseos o intereses, las autoridades que tomen la decisión sobre la ubicación de los niños bajo una medida de acogimiento deberán identificar qué modalidad sea la más adecuada para mantener a los hermanos unidos y evitar así una mayor ruptura de la vinculación familiar. Las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños también orientan a los Estados en el mismo sentido:

Los hermanos que mantienen los vínculos fraternos en principio no deberían ser separados para confiarlos a distintos entornos de acogimiento alternativo, a menos que exista un riesgo evidente de abuso u otra justificación que responda al interés superior del niño. En cualquier caso, habría que hacer todo lo posible para que los hermanos puedan mantener el contacto entre sí, a no ser que ello fuera contrario a sus deseos o intereses⁶²⁹.

509. Al respecto, la Comisión nota que diversos países de la región prestan una especial atención a este aspecto. En Colombia, según la respuesta al cuestionario, uno

⁶²⁹ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 17.

de los criterios fundamentales por parte de la autoridad competente es mantener la unidad familiar, por ello los grupos de hermanos son ubicados en la misma institución. También se han identificado en otros Estados, como es el caso de Chile, normativa y orientaciones técnicas que disponen que los hermanos no deben ser separados; o bien, que deben realizarse esfuerzos razonables para que ello no ocurra, como es el caso de Estados Unidos. A los efectos de impedir que ello suceda, se promueve en estos Estados la incorporación en residencias mixtas si tienen diferente sexo o se procura el acceso a programas de familia de acogida. En Brasil, según algunas investigaciones, el 66,4% de las instituciones que fueron relevadas expresaron priorizar el mantenimiento o reconstrucción de los grupos de hermanos⁶³⁰. En otros Estados, como por ejemplo México, se ha informado que a fin de prevenir la separación de los hermanos, se cuenta con el Subprograma de Lazos Fraternos, el cual es aplicado en los Centros Asistenciales cuyo objetivo es propiciar convivencias semanales de la población que cuenta con hermanos en otros Centros. A juicio de la Comisión es necesario hacer todo lo posible para que los hermanos puedan permanecer juntos, y en caso de que la separación fuera inevitable, promover que puedan mantener el contacto entre sí, a menos que ello fuera contrario a su voluntad o intereses.

510. La Comisión subraya que, a los efectos de prevenir vulneraciones a los derechos, deberán tomarse adecuadas previsiones y precauciones en lo relativo a las condiciones de intimidad y privacidad que las instalaciones y los servicios utilizados por los niños, niñas y adolescentes ofrecen, en particular para prevenir actos de violencia sexual y contra la integridad personal de los niños, niñas y adolescentes. La Comisión considera que los dormitorios y los servicios higiénicos de los niños deben encontrarse bien delimitados de los que son de uso por parte del personal de la institución. Asimismo, en caso de tratarse de instituciones que trabajan con una población mixta, los dormitorios y servicios higiénicos deberán encontrarse también perfectamente delimitados.

511. Al respecto, la Comisión está especialmente preocupada por el riesgo a diversas formas de violencia a la que se ven expuestos los niños, niñas y adolescentes en estas circunstancias. La Corte también se ha pronunciado de manera específica sobre esta preocupación, señalando que la falta de separación coadyuva al clima de inseguridad, tensión y violencia en los centros⁶³¹. Adicionalmente, el Estudio sobre la Violencia contra los Niños también encontró situaciones como las referidas, en las cuales niños y niñas compartían instalaciones con adultos, y situaciones en las cuales convivían en un mismo espacio niños muy pequeños con adolescentes, niñas pequeñas con adolescentes varones, o niños con discapacidad mental severa con adolescentes, situaciones todas ellas que se identificó que suponían un riesgo y exponía a que los niños fueran víctimas de violencia entre pares. Según el Estudio:

Muchas instituciones no separan a los niños y niñas vulnerables de sus pares que pueden hacerles daño. Los niños y niñas que son vulnerables a

⁶³⁰ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), Levantamento nacional de abrigos para crianças e adolescentes da rede SAC, 2003, página 2.

⁶³¹ Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 169.

la violencia debido a su edad, tamaño, sexo u otra característica, a menudo se alojan con otros mayores con un historial de comportamiento violento⁶³².

Los niños y niñas institucionalizados pueden sufrir violencia a manos de sus pares, particularmente cuando las condiciones y la supervisión de los centros es deficiente. La falta de privacidad y de respeto por la identidad cultural, la frustración, el hacinamiento y el hecho de no separar a los más vulnerables de los niños mayores más agresivos, a menudo provoca violencia entre pares. Los funcionarios pueden aprobar o alentar el abuso entre pares ya sea para mantener el control o simplemente para divertirse⁶³³.

La violencia sufrida por los niños y niñas en las instituciones se agrava cuando no están separados de los adultos o de niños y niñas mayores; esto puede convertirlos en víctimas de violencia física o sexual⁶³⁴.

512. En este sentido, varios Estados han regulado expresamente los aspectos relativos a la separación de los niños de los adultos que trabajan en las instituciones, en particular en lo que se refiere a los dormitorios y a la utilización de los servicios de higiene personal. En Chile por ejemplo, según la respuesta al cuestionario, de acuerdo a la reglamentación, el personal de las instituciones no pueden tener su dormitorio en espacios compartidos con los niños, niñas y adolescentes.

513. La Comisión estima importante que los Estados, al momento de regular los estándares mínimos de organización y funcionamiento de las instituciones de acogimiento residencial, tomen oportunamente en consideración la separación de los niños respecto de las personas adultas, así como de los diversos grupos de niños, niñas y adolescentes en atención a diversas características relevantes para su protección, además de considerar los requerimientos físicos de las instalaciones, y el código de conducta del personal.

8. Mantenimiento de registros, expedientes personales y otra documentación

514. Como ya se ha señalado, la normatividad debe prever la obligación que todos los centros de acogimiento e instituciones dispongan de un registro completo y actualizado de todos los niños y niñas que se encuentran en los mismos. El registro debe estar vinculado a expedientes detallados de cada uno de los niños y las niñas.

⁶³² Estudio sobre la Violencia contra los Niños, página 182.

⁶³³ Estudio sobre la Violencia contra los Niños, página 189.

⁶³⁴ Estudio sobre la Violencia contra los Niños, pág. 176. En un sentido similar se manifiesta la directriz 124 de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños: “Se deberían adoptar medidas para que, cuando sea necesario o apropiado, un niño que solo necesite protección y acogimiento alternativo pueda ser alojado separadamente de los niños que estén sujetos al sistema de justicia penal”.

515. En relación al contenido de los expedientes, la Comisión considera que es fundamental que incluyan información sobre el ingreso y el egreso del niño del centro o la institución, incluidas las fechas de las mismas, y sobre la forma y circunstancias de la entrada en acogimiento de cada niño; adicionalmente debe incluir una copia de la decisión dictada por la autoridad competente que ordene el ingreso en la institución por motivos de protección, además de los correspondientes documentos de identidad y otras señas personales. Los expedientes de los niños y niñas en acogimiento, deben ser completos, actualizados, confidenciales y seguros. En el expediente del niño debería hacerse constar la información sobre su familia, así como incluir las evaluaciones y los informes completos que fueron practicados al inicio de la medida de protección. Además deben constar las evaluaciones periódicas de seguimiento realizadas por un equipo multidisciplinario para determinar la idoneidad de la medida, su modificación o cese, y toda la información relativa al proceso de revinculación con su familia y comunidad, siendo un componente destacado del expediente el plan individual de cuidado del niño. Los informes médicos, psicológicos, así como la existencia de cualquier tipo de tratamiento y su evolución deben también constar en el expediente, y así mismo toda la información relativa a la educación del niño y su formación. Este expediente debería acompañar al niño durante todo el período de acogimiento alternativo y ser consultado por los profesionales debidamente habilitados encargados en cada momento de su cuidado⁶³⁵.

516. Los mencionados expedientes han de estar a disposición del niño, así como de sus padres o tutores, dentro de los límites del derecho a la intimidad y confidencialidad del niño, según proceda. Antes, durante y después de la consulta del expediente se debería proporcionar el asesoramiento pertinente al niño y a sus familiares⁶³⁶. Los referidos registros y expedientes deben además estar disponibles en todo momento en la sede del centro o la institución para ser consultados por las autoridades competentes y por los mecanismos independientes de inspección y control.

517. De modo complementario, la Comisión destaca la importancia de que las normas relativas al funcionamiento de los servicios de acogimiento alternativo incluyan las previsiones necesarias para garantizar el respeto a la confidencialidad de la información sobre cada niño y el adecuado manejo de la misma por parte de todos los profesionales que trabajan con los niños. Estos aspectos deberían ser incluidos en el código de conducta a los efectos de asegurar el adecuado conocimiento y cumplimiento por parte de todo el personal de las instituciones⁶³⁷.

518. La información relevada en referencia a este aspecto por parte de la Comisión, da cuenta de una situación diversa en los Estados del continente. Mientras en algunos Estados como en Chile, El Salvador o Nicaragua, según la respuesta al cuestionario, todas las instituciones tanto públicas como privadas deben incorporar la información referida a los niños, niñas y adolescentes que son atendidos a una base de datos que administra el Estado; en otros Estados, como es el caso de Paraguay o Perú, los registros

⁶³⁵ Directriz 110. Ver también Reglas de La Habana, de la 21 a la 23.

⁶³⁶ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 111.

⁶³⁷ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 112.

que se encuentran en las instituciones son incompletos y no todos los niños poseen un historial clínico o familiar.

519. La Comisión considera que a los efectos de cumplir con el objetivo de restitución y protección de derechos, y atender a las necesidades de protección y cuidado que cada niño de modo individual tenga, se hace imprescindible que las instituciones lleven un expediente completo de cada uno de los niños que facilite una intervención oportuna, adecuada y esmerada de los profesionales que le atienden. El análisis del expediente del niño se constituye además en un instrumento para el monitoreo y la vigilancia que diversos órganos realizan sobre las instituciones de acogida, puesto que en el mismo se reflejan las intervenciones realizadas, las características de la atención hacia el niño en función de sus necesidades, y la diligencia en practicar todas aquellas acciones para la revinculación familiar del niño.

520. Adicionalmente, y también en lo tocante al tipo de información que como mínimo debe ser consignada en los registros de las instituciones, las instituciones residenciales deberán registrar el personal empleado en cada momento y sus respectivas funciones y responsabilidades⁶³⁸. Asimismo, a los efectos de los controles, vigilancia e inspecciones de las autoridades competentes, las instituciones deberán llevar los registros de las transacciones financieras, los correspondientes libros de contabilidad, y un registro de las quejas y denuncias y la correspondiente tramitación.

9. Mecanismos de participación

521. La Comisión entiende que los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a manifestar sus opiniones y a que las mismas sean debidamente tomadas en consideración en lo relativo a la organización y al funcionamiento de los servicios que el centro o la institución les presta. Considerando la vinculación directa que guarda la organización y prestación del servicio con la efectiva vigencia y pleno ejercicio de los derechos de los niños, el derecho del niño a ser oído cobra una especial importancia, tal y como lo reconoce el artículo 12 de Convención sobre los derechos del niño⁶³⁹. La adecuada garantía de este derecho supone que el Estado, al momento de proceder a la regulación del acogimiento alternativo de carácter residencial, establezca la necesidad de que los centros y las instituciones creen mecanismos y procedimientos adaptados y efectivos para asegurar la participación de los niños en la organización y en la forma de prestación de los servicios en los centros de acogimiento y en las instituciones⁶⁴⁰.

⁶³⁸ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 109.

⁶³⁹ Ver también Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, que precisa el contenido y los alcances del artículo 12 y ayuda a su mejor comprensión y aplicación.

⁶⁴⁰ En un sentido similar se pronuncian las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños al reconocer el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean debidamente tomadas en consideración en todos los aspectos relativos al cuidado alternativo. La directriz 6 establece que: “[t]odas las decisiones, iniciativas y soluciones comprendidas en el ámbito de aplicación de las presentes Directrices deberían adoptarse [...] respetá[ndose] plenamente el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta de forma adecuada a su desarrollo evolutivo y sobre la base de su acceso a toda la

Continúa...

522. En ese sentido, la Comisión recomienda que los centros y las instituciones cuenten con estructuras y mecanismos participativos en los cuales los niños y las niñas puedan manifestar sus opiniones y visiones sobre el funcionamiento, las actividades y el trato que reciben en los mismos, así como para realizar propuestas. La participación y la opinión de los propios niños y niñas ayuda a mejorar el ambiente en las instituciones y es un factor relevante para disminuir la discriminación y la violencia, al existir canales formales y permanentes para que los niños se expresen y compartan inquietudes sobre el funcionamiento del centro.

523. De modo similar a la opinión sostenida por la Comisión, el Comité de los Derechos del Niño ha manifestado lo siguiente:

Deben introducirse mecanismos para garantizar que los niños que se encuentren en todas las modalidades alternativas de acogimiento, en particular en instituciones, puedan expresar sus opiniones y que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta en los asuntos relativos a su acogimiento, a las normas relativas al cuidado que reciban en familias u hogares de guarda y a su vida diaria⁶⁴¹.

524. Adicionalmente, la Comisión estima relevante aplicar al contexto de los centros de acogimiento y de las instituciones residenciales las recomendaciones efectuadas por el Comité de los Derechos del Niño a los Estados en lo referente a la participación de niños y niñas en las escuelas, realizando para el caso los ajustes y adaptaciones pertinentes. Al respecto el Comité ha manifestado que:

La participación del niño es indispensable para que se cree en las aulas un clima social que estimule la cooperación y el apoyo mutuo necesarios para el aprendizaje interactivo centrado en el niño. El hecho de que se tengan en cuenta las opiniones del niño es especialmente importante en la eliminación de la discriminación, la prevención del acoso escolar y las medidas disciplinarias. El Comité observa con satisfacción la generalización de la enseñanza mutua y el asesoramiento entre pares⁶⁴².

La participación permanente de los niños en los procesos de adopción de decisiones debe lograrse mediante, entre otras cosas, los consejos de aula, los consejos de alumnos y la representación del alumnado en los consejos y comités escolares, en que los alumnos puedan expresar libremente sus opiniones sobre la formulación y aplicación de las políticas y los códigos de conducta de la escuela. Es necesario consagrar esos

...continuación

información necesaria. Debería ponerse el máximo empeño en que la audiencia y el suministro de información se efectuaran en el idioma de preferencia del niño”.

⁶⁴¹ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 97.

⁶⁴² Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 109.

derechos en la legislación en lugar de depender de la buena voluntad de las autoridades escolares, la escuela o el director para hacerlos respetar⁶⁴³.

525. Asimismo, la Comisión opina que el estímulo y la facilitación que provean los cuidadores para la participación de los niños en todas aquellas decisiones que les afecten, prepara a los niños para tomar sus propias decisiones de modo autónomo y responsable conforme van adquiriendo madurez. Por tanto, ello forma parte del proceso de desarrollo y maduración personal que los centros de acogimiento deben promover en los niños y niñas como parte de su formación humana.

526. La Comisión, por tanto, recomienda que los Estados partes adopten medidas para fomentar las oportunidades de que los niños y las niñas participen y expresen sus opiniones, y de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta en el funcionamiento diario del centro o la institución.

10. La regulación de los sistemas disciplinarios y el uso de la fuerza

527. La Comisión parte de la comprensión de que las normas de comportamiento, convivencia y disciplina aplicadas en las instituciones de acogida deben tener un carácter positivo y constructivo, de tal modo que se fomente en todo momento el sentido de responsabilidad en los niños, el respeto por las otras personas, y la conciencia sobre la existencia de normas de conducta que deben ser respetadas para permitir el adecuado ejercicio de los derechos propios a la vez que los de los demás. La Comisión, como lo ha hecho también el Comité de los Derechos del Niño, otorga una gran importancia al concepto de educación integral de los niños, como parte de la formación humana, cívica y social⁶⁴⁴; derivado de ello, entiende que la transmisión a los niños de los valores de convivencia y de las normas de conducta respetuosas con los otros, son elementos formativos y educativos que la institución debe proporcionar a los niños de forma positiva, constructiva, participativa, no discriminatoria y de conformidad con los derechos humanos. Las normas de disciplina aplicables a los niños frente a actuaciones contrarias a las normas de conducta y convivencia en la institución deben tomar en consideración estos objetivos y principios referidos; la Comisión, tal y como lo señalara en su informe sobre “Castigo Corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes”, entiende que la disciplina debe ser siempre administrada de forma

⁶⁴³ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 110.

⁶⁴⁴ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 1, Párrafo 1 del artículo 29; Propósitos de la Educación, CRC/GC/2001/1, 17 de abril de 2001; El Comentario General No. 8 del Comité de los Derechos del Niño acepta las formas de disciplina positiva acordes con los derechos humanos de los niños y su dignidad. En un sentido similar se expresan las Reglas de La Habana, en particular la Regla 66: “Todas las medidas y procedimientos disciplinarios deberán contribuir a la seguridad y a una vida comunitaria ordenada y ser compatibles con el respeto de la dignidad inherente del menor y con el objetivo fundamental del tratamiento institucional, a saber, infundir un sentimiento de justicia y de respeto por uno mismo y por los derechos fundamentales de toda persona”.

respetuosa y consistente con los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, su dignidad e integridad personal⁶⁴⁵.

528. Sin embargo, de la información que ha sido relevada en múltiples investigaciones evidencia que la violencia y el uso de la fuerza a la que están expuestos los niños, niñas y adolescentes en las instituciones residenciales de acogida es también resultado de la aplicación de determinadas medidas disciplinarias o de formas de control de los niños en esos centros⁶⁴⁶.

529. La Comisión estima importante subrayar que si bien puede ser admisible la aplicación de ciertas medidas disciplinarias o medidas de control del comportamiento a los niños, éstas medidas deben aplicarse bajo ciertas circunstancias, en particular a los efectos de prevenir consecuencias mayores --por ejemplo para proteger la seguridad y la integridad de niño o bien la de los otros niños, y el mantenimiento del orden y la seguridad--, observando límites específicos, estrictamente respetuosos de los derechos humanos. La Corte y la Comisión han desarrollado ampliamente las obligaciones del Estado de protección contra los malos tratos a las personas, en particular se han pronunciado en lo referido a aquellas personas privadas de libertad. De modo específico, la Corte se ha referido, a la luz de la Convención Americana, sobre la prohibición de utilizar malos tratos como método para imponer disciplina a niños privados de libertad⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ CIDH, *Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes*, en particular párr. 97.

⁶⁴⁶ En el Informe que el Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños presentó ante la Asamblea General de Naciones Unidas, describía que: “La violencia ejercida por el personal de las instituciones con el objetivo de inculcar “disciplina” a los niños consiste, entre otros, en golpearlos con las manos, varas y mangueras, golpearles la cabeza contra la pared, inmovilizar a los niños en sacos de tela, amarrarlos a los muebles, encerrarlos en cámaras frigoríficas durante días y dejarles yacer en sus propios excrementos”, Informe del Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños, Doc. A/61/299 de 29 de agosto de 2006, párr. 56. El Estudio sobre la Violencia contra los Niños, que contiene información más detallada referente a los hallazgos encontrados a nivel mundial, señala que “[l]a violencia contra los niños y niñas en los sistemas de protección y justicia es legitimada por actitudes y comportamientos arraigados y por los fallos tanto en la legislación como en su aplicación. En la época en que la política social preferida era la creación de instituciones para niños y niñas de grupos desfavorecidos y marginales, el castigo físico era casi universalmente aprobado para disciplinar y controlar a los revoltosos. Esto en la práctica significaba que los niños institucionalizados estaban expuestos a un régimen brutal y a la violencia frecuente. En todas las regiones, por acción u omisión, esta situación sigue prevaleciendo”, (página 180); se observa que “[l]os niños y niñas son víctimas de violencia por parte del personal, como forma de control o castigo y a menudo, por cometer infracciones menores”, (página 197), y enfatiza la preocupación por el hecho de que [l]as formas violentas de disciplina siguen siendo legales y socialmente aceptadas en muchos Estados, a pesar de que la CDN y otros instrumentos de derechos humanos hayan sido interpretados consistentemente exigiendo su prohibición y eliminación. Recientemente, esto ha sido subrayado por el Comentario General No. 8 (2006) del Comité, relativa a “El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros)”, RC/C/GC/8, 21 de agosto de 2006”.

⁶⁴⁷ En lo relativo a las decisiones de la Corte pueden consultarse, entre otras, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de enero de 2009, *Solicitud de Opinión Consultiva* presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, punto resolutivo 14. *Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 150; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, párr. 164; y *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr.87. En lo que se refiere a la posición de la Comisión pueden verse en

Continúa...

530. La Comisión considera necesario que los Estados, a través de la legislación, establezcan límites claros a los sistemas disciplinarios en las instituciones y que reconozcan que se encuentran expresamente prohibidas todas las medidas que impliquen tratos crueles, inhumanos o degradantes, o cualquier forma de perjuicio o abuso físico o mental, como los castigos corporales o humillantes, la reclusión en una celda oscura, la pena de aislamiento solitario, la coerción e inmovilización como forma de sanción, la reducción de alimentos, la restricción o denegación del contacto del niño con sus familiares, o cualquier otra medida que ponga en riesgo la integridad personal o la salud física o mental del niño, su derecho a la educación, o el derecho a mantener contactos con su familia⁶⁴⁸. También deben estar expresamente prohibidas las medidas disciplinarias colectivas y las sanciones múltiples por la misma infracción⁶⁴⁹.

531. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño se ha referido a los procedimientos disciplinarios, estableciendo que:

Toda medida disciplinaria debe ser compatible con el respeto de la dignidad inherente del menor y con el objetivo fundamental del tratamiento institucional; deben prohibirse terminantemente las medidas disciplinarias que infrinjan el artículo 37 de la Convención [sobre los derechos del niño], en particular los castigos corporales, la reclusión en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria, así como

...continuación

particular los informes temáticos, CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párrs. 547 a 570; e *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, párrs. 371 a 418.

⁶⁴⁸ Véanse las Reglas de La Habana, Regla 67; Directrices de Riad, directriz 54; CIDH. *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, principio XXII; CIDH, *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 547 a 570; CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, párrafos 371 a 418; Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 8, El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), RC/C/GC/8, 21 de agosto de 2006; Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 44º período de sesiones, 25 de abril de 2007. Informe Relator Especial sobre la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/66/268, de 5 de agosto de 2011, sexagésimo sexto período de sesiones.

Véase la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular el ya referido artículo 19, y el artículo 37:

Artículo 19.1. “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.”

Artículo 37.a): “Los Estados Partes velarán por que: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad.”

⁶⁴⁹ Reglas de La Habana, Regla 67. Respecto de la prohibición de las sanciones colectivas véase CIDH. *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, principio XXII.4.

cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental o el bienestar del menor⁶⁵⁰.

532. Al respecto, la directriz 96 de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, dispone que:

Todas las medidas disciplinarias y de control del comportamiento que constituyan tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, incluidas las medidas de aislamiento e incomunicación o cualesquiera otras formas de violencia física o psicológica que puedan poner en peligro la salud física o mental del niño, deben quedar prohibidas estrictamente de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. Los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para impedir tales prácticas y garantizar su punibilidad conforme al derecho. Nunca debería imponerse como sanción restringir el contacto del niño con los miembros de su familia y con otras personas de importancia especial para él.

533. La Comisión entiende que la legislación estatal en materia de regulación del funcionamiento de los centros de acogimiento y las instituciones residenciales, debe exigir a éstos que adopten sus normas disciplinarias con estricta concordancia y respeto a la ley y a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. En particular, la ley debe exigir que las normas disciplinarias adoptadas por las instituciones incluyan los siguientes elementos: a) la conducta que constituye una infracción a la disciplina b) el carácter y duración de las sanciones disciplinarias que se pueden aplicar; c) la autoridad competente para imponer esas sanciones; d) la autoridad competente frente a quien puede apelarse la sanción⁶⁵¹ o para interponer una queja o denuncia; adicionalmente, esta regulación debe constar por escrito, encontrarse desplegada en lugares visibles del centro, y estar disponibles en un lenguaje adecuado a los niños para garantizar que todos la conocen y comprenden. Una copia de la regulación disciplinaria debería ser entregada a cada niño a su llegada al centro; en el documento debe constar de forma clara que está prohibida la violencia como forma de disciplina. Los niños acusados de cometer infracciones disciplinarias deben ser informados sin demora y de forma comprensible sobre qué infracción a la disciplina se les acusa de haber cometido y la sanción aplicable⁶⁵². En general, para la Comisión, las medidas disciplinarias y sus procedimientos de aplicación estarán justificadas mientras estén previstas en la regulación, persigan un fin legítimo conforme al interés superior del niño y a los objetivos de las medidas especiales de protección, además de ser idóneas, necesarias y proporcionales, y respetar estrictamente

⁶⁵⁰ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, 44º período de sesiones, párrafo 89.

⁶⁵¹ Regla de La Habana número 68: “Las leyes o reglamentos aprobados por la autoridad administrativa competente deberán establecer normas relativas a los siguientes puntos, teniendo plenamente en cuenta las características, necesidades y derechos fundamentales del menor: a) la conducta que constituye una infracción a la disciplina b) el carácter y duración de las sanciones disciplinarias que se pueden aplicar; c) la autoridad competente para imponer esas sanciones; d) la autoridad competente en grado de apelación”.

⁶⁵² Reglas de La Habana, Regla 70.

los derechos humanos⁶⁵³. En lo relativo a los fines legítimos de las medidas disciplinarias, la Comisión entiende que se fundan en la protección de los niños y en el mantenimiento del orden y la seguridad en los centros. Adicionalmente, su aplicación debe tener en cuenta la educación del niño en los valores de respeto, convivencia y civismo.

534. Tal y como lo expresara en su *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, la Comisión considera que:

Las autoridades de los centros de privación de libertad deben procurar que el uso de los procedimientos disciplinarios sea excepcional, recurriendo a ellos cuando otros medios resulten inadecuados para mantener el buen orden. Solamente deberán definirse como infracciones disciplinarias aquellos comportamientos que constituyan una amenaza al orden y la seguridad⁶⁵⁴.

En definitiva, los sistemas disciplinarios serán efectivos en la medida en que sean idóneos para cumplir sus objetivos manteniendo el balance entre dignidad humana y buen orden; y promoviendo un clima general de respeto en el que los reclusos desarrollen un sentido de responsabilidad hacia el cumplimiento de las normas⁶⁵⁵.

535. No obstante, la Comisión mira con preocupación que en las respuestas de varios Estados al cuestionario, se haya mencionado la inexistencia de procesos disciplinarios reglamentados o que se exprese que no existen medidas disciplinarias en la institución, pero que, a la vez, sí se mencionen una serie de medidas que van desde la pérdida de “beneficios” como ver televisión, a otras como la restricción de la libertad de los niños con la suspensión de las salidas a actividades recreativas, o la asignación de trabajos en el mismo centro; algunas informaciones dan cuenta además de castigos que consisten, por ejemplo, en arrodillarse de una hora o cuatro horas, o quedarse parado sin moverse, formas de castigo físico y humillante, supresión de alimentos, inasistencia a clases y la supresión de visitas familiares o de salidas al hogar familiar⁶⁵⁶. Asimismo, cuando la reglamentación del centro prevé una descripción de las conductas que constituyen una infracción a la disciplina, la Comisión nota que las categorías suelen ser abiertas, permitiendo una amplia discrecionalidad del personal de las instituciones para la

⁶⁵³ CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 570.

⁶⁵⁴ CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, párrafo 372.

⁶⁵⁵ CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, párrafo 374.

⁶⁵⁶ Defensoría del Pueblo del Estado de Perú, Informe Defensorial No. 150, El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia: la situación de los Centros de Atención Residencial estatales desde la mirada de la Defensoría del Pueblo, Lima, 2010, páginas 68 y 357. Véase al respecto: Informe del Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños, 29 de agosto de 2006, A/61/299, párrafos 56 y 62.

imposición de las sanciones⁶⁵⁷; ello, en opinión de la Comisión, es contrario a la posibilidad de los niños de conocer y comprender las conductas que se encuentran prohibidas y las posibles sanciones que de ello se pueden derivar para ellos, lo que facilita abusos y arbitrariedad, violaciones al derecho a la integridad personal del niño, el uso de la violencia, además de la vulneración de otros derechos como a la educación y el derecho al mantenimiento de los vínculos familiares, además de crear la percepción en el niño de que este tipo de sanciones están permitidas.

536. De la información obtenida por la Comisión para la elaboración de este informe, se desprende que persisten importantes desafíos en este tema, en Guyana por ejemplo, la información recabada por la Comisión da cuenta de que en sólo el 16% de las instituciones existen normas disciplinarias por escrito disponibles para que todos los niños las conozcan; asimismo, el 55% de las instituciones permiten los castigos físicos como una forma de castigo y en solo el 70% de las instituciones en Guyana se prohíbe expresamente el aislamiento de los niños como medida disciplinaria⁶⁵⁸.

537. Adicionalmente, la Comisión también se ha manifestado en diversas ocasiones sobre la importancia de que el personal esté adecuadamente formado y capacitado para atender a los niños, niñas y adolescentes que son cuidados y atendidos en estas instituciones, tengan conocimientos sobre derechos humanos y los límites de las medidas disciplinarias y del uso de la fuerza. Además, deberían poseer las habilidades necesarias para manejar las tensiones y los conflictos inter-personales que se puedan generar, sin necesidad de recurrir a las sanciones disciplinarias⁶⁵⁹. Si bien la Comisión no tuvo conocimiento durante la elaboración de este informe de situaciones concretas en las cuales el control de la disciplina, la realización de actividades de custodia y vigilancia y el ejercicio de las medidas disciplinarias se delegaran a los propios adolescentes en las instituciones, la Comisión estima oportuno recordar que esta práctica es contraria a la normativa internacional de los derechos humanos⁶⁶⁰.

⁶⁵⁷ México. DIF, Reglamento interno de los centros nacionales modelo de atención, investigación y capacitación casa hogar para niñas - casa hogar para varones.

⁶⁵⁸ Ministry of Labour, Human Services and Social Security, Assessment of procedural and physical standards in children's residential care institutions in Guyana. Summary and Recommendations, Agosto de 2006, página 14.

⁶⁵⁹ Así también se expresó la Comisión en el Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, párrafo 375. Véase en general, Reforma Penal Internacional (RPI), Manual de Buena Práctica Penitenciaria: Implementación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, 2002, páginas 37 y 38.

⁶⁶⁰ CIDH. *Principios y Buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, (Principio XXII.5): "No se permitirá que las personas privadas de libertad tengan bajo su responsabilidad la ejecución de medidas disciplinarias, o la realización de actividades de custodia y vigilancia, sin perjuicio de que puedan participar en actividades educativas, religiosas, deportivas u otras similares, con participación de la comunidad, de organizaciones no gubernamentales y de otras instituciones privadas". CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, párrafo 393. Reglas de La Habana, Regla 71.

538. Con respecto al castigo corporal, la Comisión ha establecido su prohibición como sanción disciplinaria por considerarlo contrario a la dignidad del niño y violatorio del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana⁶⁶¹. La Comisión opina que las medidas disciplinarias tampoco deben humillar o degradar a los niños sujetos a ellas⁶⁶², puesto que sus fines deben ser el mantenimiento del orden y la seguridad en la institución. En particular, la Comisión ya mostró su preocupación con la situación observada en la región respecto de la imposición de castigos físicos y humillantes en las instituciones de acogimiento, y recomendó con énfasis que todos los Estados que todavía no lo hubieran hecho introdujeran en su legislación una prohibición expresa, clara y que no dejara lugar a dudas, sobre la prohibición de esta forma de violencia contra los niños como medida disciplinaria⁶⁶³. No obstante, la Comisión observa con preocupación que no todos los Estados de la región han prohibido toda forma de castigo físico o trato humillante como forma de disciplina en el contexto de las instituciones de acogida, o bien persisten en la práctica, constituyéndose el castigo corporal y el trato humillante en una de las sanciones comúnmente impuestas. La Comisión coincide con la Corte en recordar a los Estados que la adopción de medidas legislativas y de otra índole se hace aún más necesaria cuando hay evidencia de prácticas contrarias a la Convención Americana en cualquier materia⁶⁶⁴. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño recomienda de modo persistente a los Estados que prohíban en la legislación el castigo corporal en instituciones, lo que ha ocurrido por ejemplo respecto de Bahamas⁶⁶⁵, Belice⁶⁶⁶, Chile⁶⁶⁷, Cuba⁶⁶⁸,

⁶⁶¹ CIDH. *Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes*. La CIDH toma la definición del Comité de los Derechos del Niño de castigo corporal, como todo castigo en el que se utilice la fuerza física y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, aunque sea leve; Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Comentario General No 8, El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), CRC/C/GC/8, de 21 de agosto de 2006, 42º período de sesiones, párrafo 11. La posición del Comité de los Derechos del Niño es coincidente en esta materia con la de la Comisión. En su informe la Comisión se manifestó en el sentido de que “[l]os Estados tienen la obligación de erradicar el uso del castigo corporal como método de disciplina de niños, niñas y adolescentes en todos los ámbitos donde ellos se encuentran”. párrafo 65.

⁶⁶² En el mismo sentido, European rules for juvenile offenders subject to sanctions of measures, Regla 7: “Las sanciones o medidas no deben humillar o degradar a los menores sujetos a ellas”.

⁶⁶³ CIDH. *Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes*, en particular párrs. 34, 35, 116, 119, y la sección VII.

⁶⁶⁴ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de enero de 2009, Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, punto resolutivo 12.

⁶⁶⁵ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Bahamas, CRC/C/15/Add.253, 31 de marzo de 2005, párrafo 36.

⁶⁶⁶ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Belice, CRC/C/15/Add.252, 31 de marzo de 2005, párrafo 41.

⁶⁶⁷ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Chile, CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párrafo 40.

⁶⁶⁸ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Cuba, CRC/C/CUB/CO/2, 20 de junio de 2011, párrafo 36.

Dominica⁶⁶⁹, Guatemala⁶⁷⁰, Santa Lucía⁶⁷¹ y Trinidad y Tobago⁶⁷², entre otros Estados de la región. En algunos casos, se ha identificado la prohibición de los castigos corporales en normas reglamentarias, como es el caso de Paraguay⁶⁷³.

539. La información recibida por la Comisión da cuenta de la persistencia en algunas instituciones de prácticas contrarias a la normativa antes referida sobre los castigos corporales y humillantes, como puede ser: la utilización de palos como forma de mantener el orden, permanecer debajo del sol sin comer cuando han desobedecido, o el aplicar sobre los cuerpos desnudos sustancias que lesionan la piel de los niños⁶⁷⁴. También se ha informado acerca de la existencia de calabozos para castigar a quienes realizan hechos violentos. Estas prácticas son aún más graves en los casos de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad mental o intelectual debido al impacto que tiene en los ellos⁶⁷⁵.

540. En cuanto al uso de la fuerza, la coerción u otras medidas de control sobre el niño, las mismas deberían estar absolutamente prohibidas, excepto que las mismas sean estrictamente necesarias para salvaguardar la integridad física o psicológica del niño o de otras personas y se apliquen cuando otras medidas no fueran posibles, de conformidad con la ley, de manera razonable, proporcionada y respetando los derechos

⁶⁶⁹ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Dominica, CRC/C/15/Add.238, 30 de junio de 2004, párrafo 29.

⁶⁷⁰ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Guatemala, CRC/C/GTM/CO/3-4, 25 de octubre de 2010, párrafo 54.

⁶⁷¹ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Santa Lucía, CRC/C/15/Add.258, 21 de septiembre de 2005, párrafo 35.

⁶⁷² Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Trinidad y Tobago, CRC/C/TTO/CO/2, 17 de marzo de 2006, párrafo 39.

⁶⁷³ Resolución 25/06 que aprobó el Reglamento para la Habilitación y Funcionamiento de Hogares de Abrigo para Niños, Niñas y Adolescentes en el Sistema de Protección Especial, en su artículo 26, establece: “[...] medidas no permitidas: ningún niño/a o adolescente podrá ser sometido a castigos o emocionales o ser amenazado [...]”.

⁶⁷⁴ Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar (RELAF), Niñez y adolescencia institucionalizada: visibilización de graves violaciones de DDHH. Serie: Publicaciones sobre niñez sin cuidados parentales en América Latina: Contextos, causas y respuestas, 2011.

⁶⁷⁵ Sobre el tema de los impactos que el uso de la fuerza o que la violencia tiene en las personas con discapacidad mental, derivado de su propia condición especial de vulnerabilidad, puede consultarse, Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 127. También, Disability Rights International, Respuesta al cuestionario. Disability Rights International y la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos Abandonados y Desaparecidos: Segregación y Abuso de Niños y Adultos con Discapacidad en México. Edición impresa actualizada a junio de 2011.

fundamentales del niño⁶⁷⁶. Lo expresado implica excluir sin excepciones el uso deliberado y punitivo de la fuerza para provocar dolor o humillación como forma de control. Al respecto, la Comisión concuerda con el Comité de los Derechos del Niño en sus precisiones sobre el uso de la fuerza, las circunstancias en las cuales se puede justificar su uso y las condiciones y límites para su aplicación, respecto a lo cual ha señalado que:

[...] hay circunstancias excepcionales en que los maestros y determinadas personas, como por ejemplo los que trabajan con niños en instituciones y con niños en conflicto con la ley, pueden encontrarse ante una conducta peligrosa que justifique el uso de algún tipo de restricción razonable para controlarla. En este caso también hay una clara distinción entre el uso de la fuerza determinado por la necesidad de proteger al niño o a otros y el uso de la fuerza para castigar. Debe aplicarse siempre el principio del uso mínimo necesario de la fuerza por el menor tiempo posible. También se requieren una orientación y capacitación detalladas, tanto para reducir al mínimo la necesidad de recurrir a medidas restrictivas como para asegurar que cualquier método que se utilice sea inocuo y proporcionado a la situación y no entrañe la intención deliberada de causar dolor como forma de control⁶⁷⁷.

Sólo podrá hacerse uso de coerción o de la fuerza cuando el menor represente una amenaza inminente para sí o para los demás, y únicamente cuando se hayan agotado todos los demás medios de control. El uso de coerción o de la fuerza, inclusive la coerción física, mecánica y médica, deberá ser objeto de la supervisión directa de un especialista en medicina o psicología. Nunca se hará uso de esos medios como castigo. Deberá informarse al personal del centro de las normas aplicables, y se sancionará adecuadamente a los que hagan uso de la coerción o la fuerza vulnerando esas normas⁶⁷⁸.

541. En muchos Estados de la región existe una fuerte tendencia hacia el suministro de medicamentos psiquiátricos a los niños que se encuentran en las instituciones de protección como forma de control y sumisión. De acuerdo a la información recibida por la Comisión, esta medicación, por lo general, es recetada por el cuerpo médico

⁶⁷⁶ Informe del Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños, 29 de agosto de 2006, A/61/299, párr. 54. Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 97:

“No se debería autorizar el uso de la fuerza ni de medidas de coerción de cualquier tipo a menos que tales medidas sean estrictamente necesarias para salvaguardar la integridad física o psicológica del niño o de otras personas y se apliquen de conformidad con la ley y de manera razonable y proporcionada y respetando los derechos fundamentales del niño. (...)”.

⁶⁷⁷ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 8, El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), CRC/C/GC/8, 21 de agosto de 2006, párrafo 15.

⁶⁷⁸ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 44º período de sesiones, 25 de abril de 2007, párrafo 89.

de dichas instituciones, aplicándose las dosis según las conductas de los sujetos concretos, sin haber diagnósticos de patologías psiquiátricas o padecimientos psíquicos complejos que justificaran un tratamiento médico con estos fármacos. El suministro de fármacos que no se derive de un tratamiento terapéutico, sino como forma de control del niño, es contrario al derecho a la integridad personal, la salud y la dignidad de los niños. Según se informó a la Comisión, en algunas instituciones los niños, niñas y adolescentes están siendo medicados con psicofármacos para que logren “tolerar” la institución⁶⁷⁹.

542. Según ha sido informado a la Comisión, en algunos Estados como Argentina, en el 68% de las instituciones, de todas las modalidades de atención, se entrega medicación psiquiátrica⁶⁸⁰. El problema del alto nivel de medicalización psiquiátrica no es privativo de alguna modalidad de atención específica, sino extendido y presente en todas las modalidades institucionales. En algunas modalidades, el porcentaje asciende hasta el 93% de las instituciones, como es el caso de las modalidades de atención especializada⁶⁸¹. La Comisión subraya que deben establecerse prohibiciones explícitas respecto de la utilización de drogas y medicamentos como forma de coerción o control⁶⁸², el uso de los mismos sólo puede fundarse en razones médicas o terapéuticas conforme a la prescripción de especialistas habilitados.

543. Respecto del confinamiento o aislamiento solitario, el derecho internacional de los derechos humanos⁶⁸³ considera estrictamente prohibida la medida de

⁶⁷⁹ Ponencia presentada en la Consulta subregional realizada en el marco de la preparación del presente informe en Perú.

⁶⁸⁰ Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires, La institucionalización de niños, niñas y adolescentes en la Ciudad de Buenos Aires, Documento de Trabajo No. 1, Marzo 2010, p. 45 y 46. En función de la modalidad de atención específica que se preste en la institución, los porcentajes varían de entre un 42% al 93% de los dispositivos que administran medicación psiquiátrica.

⁶⁸¹ Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires, La institucionalización de niños, niñas y adolescentes en la Ciudad de Buenos Aires, Documento de Trabajo No. 1, Marzo 2010, páginas 45 y 46.

⁶⁸² Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 97: “(...) La coerción mediante drogas y medicación debería basarse en las necesidades terapéuticas y no se debería emplear nunca sin la evaluación y prescripción de un especialista”.

⁶⁸³ El Comité de los Derechos del Niño, en su Comentario General 10, destacó que deben prohibirse terminantemente las penas de aislamiento o de celda solitaria, párrafo 89, además el Comité ha instado a los Estados Partes a prohibir y abolir el uso del régimen de aislamiento contra los niños (CRC/C/15/Add.151, párrafo 41; CRC/C/15/Add.220, párrafo 45 d); y CRC/C/15add.232, párrafo 36.a)). Véase también, Reglas de La Habana, regla 67. Relator sobre la Tortura A/66/268, párrafos 29, 33, 42, 66, 67, 77, 81, 86. El Comité contra la Tortura recomendó que las personas menores de 18 años no deben ser sometidas al régimen de aislamiento (CAT/C/MAC/CO/4, párrafo 8). El Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes recordó que el aislamiento prolongado puede constituir un acto de tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante y recomendó que el aislamiento no se utilice contra personas menores de 18 años ni contra personas con discapacidad mental (CAT/OP/PRY/1, párrafo 185. Declaración de Estambul sobre el Uso y los Efectos del Aislamiento Solitario, aprobada el 9 de diciembre de 2007 durante el Simposio Internacional sobre Trauma Sicológico.

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pueden consultarse: CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párrs. 14, 262, y 548. CIDH *Principios personas privadas de libertad*, XXII.3); CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, párrafos 397 a 418. En relación a la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el tema del aislamiento solitario puede consultarse, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafo 156,

Continúa...

aislamiento solitario practicada en niños, niñas y adolescentes, ya sea como sanción disciplinaria o como una denominada “forma de protección”⁶⁸⁴ para el niño. La Comisión distingue el uso excepcional y justificado de formas de control sobre el niño, bajo los parámetros ya referidos, del confinamiento o aislamiento solitario. La posición de la Comisión al respecto de este tema es concordante con la sostenida por el Comité de los Derechos del Niño y por el Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de las Naciones Unidas; este último ha sido enfático en sostener que:

(...) la imposición del régimen de aislamiento a menores, cualquiera sea su duración, es un trato cruel, inhumano o degradante y viola el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 16 de la Convención contra la Tortura”⁶⁸⁵. Y en sus recomendaciones establece que: “Los Estados deberían abolir la aplicación del régimen de aislamiento a los menores y las personas con discapacidad mental. En lo tocante a las medidas disciplinarias aplicables a los menores, el Relator Especial recomienda que los Estados adopten otras medidas distintas del régimen de aislamiento”⁶⁸⁶.

544. En las consultas subregionales realizadas en el marco de la elaboración del presente informe se ha informado a la Comisión sobre la imposición en varios de los Estados del continente, de medidas de aislamiento solitario. En algunos casos la constatación de este tipo de situaciones ha provocado la intervención de los órganos judiciales y el inicio del control de las instituciones por parte de las autoridades administrativas⁶⁸⁷. El Comité de los Derechos del Niño también ha expresado su preocupación por la utilización del régimen de aislamiento solitario como medida

...continuación

de 1988; *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párrafo 58, de 1997; *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69; *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35; y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

⁶⁸⁴ El Relator sobre tortura encontró que el régimen de aislamiento se utiliza también para separar a personas vulnerables, incluidos los niños, las personas con discapacidad y las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, para su propia protección. Pueden ser puestos en régimen de aislamiento a petición propia o por decisión de los funcionarios. A/66/268, párr. 42.

⁶⁸⁵ Informe Relator sobre la Tortura A/66/268, párrafo 77.

⁶⁸⁶ Informe Relator sobre la Tortura A/66/268, párrafo 86.

⁶⁸⁷ Ello ha ocurrido en Perú a causa de los episodios constatados en el Hogar Ermelinda Carrera para niñas y adolescentes. En el año 2006 una adolescente denunció la existencia de una celda de castigo en el hogar, en la que se encerraba a las internas por mala conducta. La celda era una “pequeñísima habitación, de 1.20 de altura por 1.50 de ancho, oscura, sucia y hedionda, con insectos y arañas [...] En el calabozo -se desconoce desde cuándo funcionaba- se encerraba, por días o semanas, a las adolescentes que cometían faltas, para que, “reflexionaran sobre su mala conducta”. Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar (RELAF), *Niñez y adolescencia institucionalizada: visibilización de graves violaciones de DDHH*. Serie: Publicaciones sobre niñez sin cuidados parentales en América Latina: Contextos, causas y respuestas, 2011.

disciplinaria en las instituciones⁶⁸⁸. La Comisión observa que las medidas disciplinarias de aislamiento no se han abolido en muchos de los Estados Miembros, e incluso en lugares donde se ha prohibido, suele seguir ocurriendo en la práctica. Adicionalmente se ha puesto en evidencia que es común que se utilicen eufemismos para referirse a la sanción de aislamiento, como “cuartos de reflexión”, “separación del grupo” entre otros términos. Sin importar el nombre bajo el cual se conozcan, la Comisión reafirma, como ya lo hiciera en su Informe sobre Justicia Juvenil, que este tipo de sanciones están absolutamente prohibidas cuando son aplicadas a niños, niñas y adolescentes de acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos⁶⁸⁹.

545. Por consiguiente, los Estados deben prohibir expresamente en la ley las medidas disciplinarias y las medidas de control del comportamiento que sean contrarias a la dignidad del niño, su integridad o que no sean acordes con el derecho internacional de los derechos humanos. Adicionalmente, la ley deberá regular el uso de la fuerza en las instituciones de acogimiento residenciales, de acuerdo a los principios de excepcionalidad y del uso mínimo necesario, y por el menor tiempo posible, cuando ello sea estrictamente necesario para la protección del niño u otras personas; asimismo debe ser objeto de la supervisión directa de un especialista en medicina o psicología.

546. Complementariamente, los Estados Partes deberán legislar las sanciones penales, disciplinarias o de otro tipo, según proceda, contra los funcionarios responsables del incumplimiento de las referidas limitaciones a los regímenes disciplinarios en los centros y en las instituciones residenciales; además, se deberán tomar en cuenta estos aspectos a los efectos de revisar la autorización y habilitación conferida a las instituciones en el marco de las obligaciones de supervisión continua que tienen los Estados. Es indispensable además, que la prohibición de todos los castigos crueles, inhumanos, humillantes y degradantes, así como las sanciones que puedan imponerse a los funcionarios en caso de violación, se difundan ampliamente entre los niños y entre todos los que trabajan con niños en la institución⁶⁹⁰.

547. Con el objetivo de prevenir que la aplicación de las sanciones en las instituciones en la práctica vulnere los principios y limitaciones referidos, las autoridades de las instituciones deben mantener registros de las medidas disciplinarias aplicadas, en los que conste la identidad del niño, la sanción adoptada, la duración de la misma y la autoridad/funcionario que la ordenó. Además, en cumplimiento de la obligación de supervisión, tanto las regulaciones relativas al régimen disciplinario en las instituciones, como la práctica de su aplicación, deben ser periódicamente revisadas por autoridades

⁶⁸⁸ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Trinidad y Tobago, CRC/C/TTO/CO/2, 17 de marzo de 2006, párrafo 43.

⁶⁸⁹ CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párrs. 559 y 563.

⁶⁹⁰ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 8, El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), CRC/C/GC/8, 21 de agosto de 2006, párrafo 43.

superiores que evalúen de forma objetiva su idoneidad, efectividad, e identifiquen posibles patrones de abusos o arbitrariedades en su aplicación⁶⁹¹.

548. Finalmente, la Comisión considera que es indispensable que las instituciones se doten de personal técnico con especialización y capacitación para trabajar con niños y que se elaboraren regulaciones internas de funcionamiento, protocolos de actuación y códigos profesionales, a fin de garantizar un adecuado funcionamiento de las instituciones, una buena convivencia, seguridad en las instalaciones, y no poner en peligro la vida o la integridad de los niños.

11. La revinculación familiar y reintegración social

549. El equipo de profesionales en las instituciones deben orientar su intervención, desde el inicio, a la revinculación familiar y la integración social del niño, de tal modo de facilitar el egreso del niño de la institución en el plazo más breve de tiempo⁶⁹²; el plan individualizado que se desarrolla para cada niño contiene la ruta para lograr el objetivo de la reintegración familiar, siempre que ello no fuera contrario al interés superior del niño. La reintegración familiar debería prepararse lo más pronto posible y, en cualquier caso, mucho antes de que el niño abandone el entorno de acogida⁶⁹³; el propio niño y su familia deben ser partícipes de la planificación de este proceso, lo cual contribuye a una mayor eficacia de las intervenciones⁶⁹⁴. En consecuencia, la labor del equipo de profesionales del centro implica una actuación que no se puede desarrollar de forma exclusiva con el niño sino que debe abarcar a la familia.

550. En la regulación que los Estados hagan sobre el funcionamiento de las instituciones de acogida, debe señalarse de forma clara e inequívoca el objetivo que cumplen los centros de acogimiento y las instituciones de promover la protección del niño y el restablecimiento de los vínculos familiares. Ello tiene como consecuencia que toda la organización y el programa institucional deban orientarse hacia este objetivo. Adicionalmente, el proceso de reintegración familiar implica la articulación del equipo de profesionales de la institución que atienden al niño y a su familia, con los servicios y programas sociales en la comunidad, de tal modo que la familia y el niño puedan disponer de los apoyos adecuados para posibilitar y hacer sostenible la revinculación familiar.

551. En el caso de los niños que transitan hacia la edad adulta encontrándose bajo la tutela de un centro o una institución, deben poder encontrar en el programa institucional propuestas de intervención que les preparen para la vida adulta independiente; entre ellas, programas de formación profesional y preparación para el trabajo que les permita la generación de ingresos y desarrollar una vida en condiciones de dignidad, así como la posibilidad de acceder a una vivienda adecuada y a los servicios de

⁶⁹¹ CIDH, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, párrafo 381.

⁶⁹² Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 131.

⁶⁹³ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 134.

⁶⁹⁴ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 132.

salud, entre otros programas sociales de apoyo a jóvenes que dejan los cuidados alternativos para pasar a vivir su vida fuera de la institución⁶⁹⁵. La Comisión alerta que si no existen esfuerzos suficientes en este sentido, se expone a los niños que transitan hacia el estadio de adultos a situaciones que pueden dar lugar a su explotación o a ubicarlos en condiciones de especial vulnerabilidad en sus derechos.

552. Los niños con requerimientos particulares, como los niños con discapacidad, deberían poder acogerse a un sistema o programas de asistencia social apropiados, que entre otras cosas, les permita eludir una institucionalización innecesaria⁶⁹⁶. Los niños con algún tipo de discapacidad son aquellos que pueden permanecer más tiempo institucionalizados debido a la falta de políticas y servicios sociales a nivel comunitario que apoyen las capacidades de sus familias para cuidarlos o sus posibilidades de vivir una vida autónoma sin necesidad de recurrir a su institucionalización.

553. La Comisión afirma que es obligación de los Estados, como parte de sus sistemas de protección, establecer servicios para facilitar que los niños que estuvieron en las instituciones residenciales puedan reintegrarse a la comunidad. En similar sentido se ha pronunciado el Comité de los Derechos del Niño respecto de varios Estados de la región al recomendar fortalecer las estrategias que permitan la revinculación familiar y su reintegración social, como es el caso de Belice⁶⁹⁷, Bolivia⁶⁹⁸, Guatemala⁶⁹⁹, Nicaragua⁷⁰⁰ y Uruguay⁷⁰¹. Esos programas y servicios deben, asimismo, recibir financiamiento adecuado por parte de los Estados para poder ser cumplidos de manera efectiva. La Comisión subraya además que cualquier programa o servicio dirigido a reintegrar a la comunidad a los niños que estuvieron en instituciones residenciales debe esforzarse por combatir la discriminación y estigmatización de la que suelen ser víctimas estos niños por haber estado en las instituciones de acogida.

⁶⁹⁵ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directrices 135 y 136.

⁶⁹⁶ Comité de Derechos del Niño, Comentario General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, 43º período de sesiones, párr. 49. Véase también: Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 132.

⁶⁹⁷ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Belice, CRC/C/15/Add.252, 31 de marzo de 2005, párrafo 43.

⁶⁹⁸ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Bolivia, CRC/C/BOL/CO/4, 16 de octubre de 2009, párrafo 46.

⁶⁹⁹ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Guatemala, CRC/C/GTM/CO/3-4, 25 de octubre de 2010, párrafo 12.

⁷⁰⁰ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Nicaragua, CRC/C/NIC/CO/4, 1 de octubre de 2010, párrafo 54.

⁷⁰¹ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Uruguay, CRC/C/URY/CO/2, 5 de julio de 2007, párrafo 41.

12. Sistemas para la compilación y análisis de datos e información

554. La Comisión estima indispensable que los Estados, a los efectos cumplir con sus obligaciones de protección de los derechos de los niños y niñas en acogimiento alternativo, procuren la elaboración de indicadores y la producción de información respecto de los sistemas nacionales de promoción y protección de derechos y, específicamente, en relación al funcionamiento de los centros e acogimiento y de las instituciones residenciales⁷⁰². Un sistema de recopilación de información y datos le permitirá a los Estados verificar el grado de cumplimiento de la normativa, mejorar su gestión y facilitar una supervisión adecuada. Asimismo, un aspecto preocupante que debe ser abordado en forma prioritaria por los Estados es el relativo a contar con información completa y actualizada en relación a la cantidad de niños que se encuentran en los centros y las instituciones, sus edades, el tiempo transcurrido desde su ingreso, el tipo de atención que reciben, y los requerimientos o necesidades especiales que pudieren tener.

555. Para la construcción de un sistema de recolección y análisis de información y la construcción de indicadores, la Comisión recomienda que los Estados tomen en consideración los estándares del derecho internacional de los derechos humanos en esta materia. Estos sistemas han de permitir a los Estados evaluar al menos los siguientes aspectos: i) la eficacia de las políticas de protección a la familia, ii) el análisis de las causas que motivan las decisiones de separación del niño de su familia, iii) la disponibilidad y utilización de diversas modalidades de acogimiento alternativo, iv) el nivel de utilización del acogimiento residencial como medida de protección, v) las características de los establecimientos de acogimiento residencial, vi) información referente al funcionamiento y la calidad de la atención ofrecida en los mismos, y vii) el éxito de las acciones de revinculación familiar u otras medidas que supongan una solución permanente para el niño⁷⁰³.

556. La información relevada en el marco del presente informe por la Comisión ha permitido identificar esfuerzos en algunos Estados orientados a la producción de información en referencia a los centros y las instituciones, como es el caso por ejemplo, de Argentina o República Dominicana, en donde se aprecian diferentes iniciativas en dicho sentido⁷⁰⁴. Sin perjuicio de estimar como positivas este tipo de experiencias desarrolladas

⁷⁰² En relación a la relevancia de contar con sistemas de reunión y análisis de datos para el diseño normativo y de políticas públicas, puede también verse la recomendación general 11 contenida en el Informe del Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños (ver párrafo 107). Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 5, párrafos 48 a 50.

⁷⁰³ Se recomienda consultar: UNICEF - Better Care Network, Manual for the Measurement of Indicators for Children in Formal Care, January 2009. Disponible en: [http://www.unicef.org/protection/Formal_Care20Guide20FINAL\(1\).pdf](http://www.unicef.org/protection/Formal_Care20Guide20FINAL(1).pdf) y el Manual para la aplicación de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, "Avanzando en la implementación de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños", Centre for Excellence for Looked After Children in Scotland (CELCIS) de la Universidad de Strathclyde; Servicio Social Internacional (SSI); Oak Foundation; Aldeas Infantiles SOS Internacional; y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) 2012.

⁷⁰⁴ Censo Nacional de Niños, Niñas y Adolescentes Institucionalizados en Organizaciones Gubernamentales y No Gubernamentales realizado en 2010. Gobierno de República Dominicana, Respuesta al cuestionario, 2011. Gobierno de República Dominicana, Informe Periódico del Estado sobre la Convención sobre los Derechos Del Niño, presentado ante el Comité de los Derechos del Niño, 2010.

en varios Estados de la región, la Comisión opina que las mismas no siempre dan cuenta de la consolidación de un sistema centralizado y permanente de compilación de la información para la formulación y revisión de políticas públicas a nivel nacional en los países. La existencia de Estados federativos o que tengan descentralizadas las competencias sobre los derechos de la niñez, no debería ser un obstáculo para la creación de sistemas de gestión de información que le permitan al Estado atender adecuadamente las necesidades de protección de los niños en su territorio. El carácter integral, holístico, complementario y multisectorial que deben tener las políticas públicas relacionadas con la protección de la niñez y de la familia justifican la colaboración entre las distintas administraciones y niveles territoriales.

557. Por ejemplo, en Argentina, según la respuesta al cuestionario del Estado, cada provincia posee sus propias formas de registro y sistematización de datos en relación a los niños sin cuidados parentales y al funcionamiento de los centros e instituciones. No obstante, no existe en el nivel nacional un organismo que desarrolle la tarea de producción del dato estadístico unificado que permita el diseño de políticas públicas integrales y complementarias. Recientemente, una iniciativa entre el Estado argentino y UNICEF, que busca el relevamiento de información, denominado “Situación de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina. Relevamiento nacional y propuestas para la promoción y el fortalecimiento del derecho a la convivencia familiar y comunitaria” ha servido como una instancia diagnóstica que permite sentar las bases hacia la construcción de un registro estadístico unificado. En ese marco, se ha constatado que son muy pocas las administraciones que desarrollan esta tarea de manera sistemática y continuada. Cabe destacar la existencia de los programas de registro y producción de estadística implementados por la provincia de Buenos Aires (R.E.U.N.A) y la base de datos informatizada de la Ciudad de Buenos Aires⁷⁰⁵.

558. En conclusión, de las respuestas a los cuestionarios remitidos para la elaboración de este informe, la Comisión ha tomado conocimiento de importantes dificultades en lo que refiere a la existencia de información sobre los centros de acogimiento y las instituciones residenciales en la región, lo que se verifica tanto en la ausencia de información en muchas de las respuestas de los Estados como en las dificultades que fueron expresadas por la sociedad civil por la dispersión, poca sistematización y desactualización de la información que existe al respecto.

559. La Comisión llama a los Estados a fortalecer sus sistemas de producción de información, previendo la participación adecuada de los propios niños, niñas y adolescentes⁷⁰⁶, con respecto a los sistemas de protección y específicamente en relación al funcionamiento de los centros y las instituciones, con miras a evaluar el grado de cumplimiento de la normativa, mejorar su gestión, permitir su adecuada supervisión y formular políticas públicas más eficaces en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. La participación de los niños, niñas y adolescentes en los mecanismos de

⁷⁰⁵ El Relevamiento referido fue finalizado en junio del 2012 por la Secretaría nacional de Niñez Adolescencia y Familia con el apoyo de la Oficina de UNICEF en Argentina.

⁷⁰⁶ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

recopilación de información y evaluación del funcionamiento de las instituciones residenciales deberá respetar el derecho a la privacidad de los niños.

M. La vigencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

1. Derecho a la vida y a la integridad personal

560. El derecho a la vida es el más fundamental de los derechos humanos establecidos en los instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos y en otros sistemas de derechos humanos, pues sin el pleno respeto de este derecho es imposible garantizar o gozar efectivamente de ninguno de los otros derechos humanos o libertades⁷⁰⁷. El goce de este derecho es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos, de no ser respetado aquellos carecen de sentido⁷⁰⁸ porque desaparece su titular⁷⁰⁹. El derecho a la integridad personal, al igual que el derecho a la vida, es un derecho humano fundamental y básico para el ejercicio de todos los otros derechos; así, ambos constituyen mínimos indispensables para el ejercicio de cualquier otro derecho⁷¹⁰.

561. La Convención Americana reconoce claramente el derecho a la vida, así como el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral y a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes⁷¹¹, son derechos que no pueden ser suspendidos durante estados de emergencia⁷¹². La Corte también ha señalado reiteradamente que el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal no sólo implican que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana⁷¹³. Para la Corte y la Comisión, en lo que se refiere a los niños

⁷⁰⁷ Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 128; *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 152; y *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 7 de junio de 2003 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 110. CIDH. *Informe personas privadas libertad en las Américas*, párrafo 266. CIDH. *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr. 22 octubre 2002, párr. 81.

⁷⁰⁸ Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144. CIDH. *Informe personas privadas libertad en las Américas*, párrafo 266.

⁷⁰⁹ Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 156. CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas libertad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64, 31 diciembre 201, párrafo 266. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 128; *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 152; y *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 110.

⁷¹⁰ CIDH. *Informe sobre personas privadas de libertad en las Américas*, párrafo 328. CIDH. *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, Cap. VI, párr. 667.

⁷¹¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 4.1, 5.1 y 5.2.

⁷¹² Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 5 y 27.

⁷¹³ Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 158. CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 455. Corte

privados de cuidados parentales y en acogimiento alternativo, no sólo comporta las prohibiciones que se establecen en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana, sino la obligación de proveer las medidas necesarias para que la vida revista condiciones dignas⁷¹⁴.

562. Es preciso también recordar que cuando el Estado se encuentra en presencia de un niño, además de las obligaciones señaladas para toda persona, existen obligaciones adicionales derivadas del artículo 19 de la Convención Americana y del artículo VII de la Declaración Americana. En tal virtud, el Estado, en primer lugar, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad por tratarse de un niño, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño⁷¹⁵. Pero adicionalmente, por tratarse de niños bajo la guarda de un centro o una institución por decisión de una autoridad pública, el Estado se encuentra en una posición reforzada de garante del derecho a la vida y la integridad personal de estos niños, en consideración precisamente a que los niños se encuentran bajo la tutela de Estado —en un régimen de sujeción o vinculación especial⁷¹⁶. Derivado de ello, el Estado tiene el deber reforzado de prevenir todas aquellas situaciones que pudieran conducir, tanto por acción, como por omisión, a la conculcación o violación de estos derechos. Ante la relación de sujeción o vinculación especial en la que se encuentra el niño por la adopción de una medida especial de protección, la Comisión opina que se requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará el niño mientras se mantenga sujeto a la medida especial de protección y bajo el acogimiento residencial, en una institución pública o privada, garantizando las condiciones compatibles con su dignidad humana⁷¹⁷. Complementariamente, cabe recordar que el objetivo mismo de las medidas especiales de protección exige que el Estado vele para que existan las condiciones necesarias, en el contexto de la institución, para el disfrute de los derechos del niño en condiciones de dignidad.

563. En cuanto al derecho a la vida, la protección de la vida del niño requiere que el Estado garantice, tal y como se ha referido, que el niño acceda a las condiciones

...continuación

IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 129; *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*, Sentencia de 5 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 153; y *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 153.

⁷¹⁴ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 80; y *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144.

⁷¹⁵ Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrs. 124, 163, 164, y 171; *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrs. 126 y 134; y *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 146 y 191. En el mismo sentido, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 56 y 60. CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 456.

⁷¹⁶ En relación a la posición especial de garante que asume el Estado frente a personas bajo un régimen de sujeción especial, ver *mutatis mutandi* Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrs. 152 y 153.

⁷¹⁷ *Mutastis mutandi*, Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrafos 159 y 160.

necesarias para el desarrollo de una vida digna, mientras se encuentre bajo el acogimiento alternativo. Al respecto la Corte se ha referido a los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño y a la interpretación de los mismos realizada el Comité de los Derechos del Niño; el artículo 6 de la CDN reconoce el derecho a la vida, el cual incluye la obligación del Estado de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. La interpretación que el Comité ha realizado del concepto “desarrollo” ha sido de una manera amplia, holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, psicológico y social, de tal forma que solo puede realizarse mediante el disfrute de todos los demás derechos, y en particular los derechos a la salud, a la nutrición adecuada, a un entorno saludable y seguro, a la educación y al esparcimiento y el juego⁷¹⁸. Por consiguiente la Corte, como también la Comisión, entienden que los Estados deben garantizar que los niños que se encuentran en acogimiento residencial tendrán acceso al ejercicio de todos sus derechos, para poder considerar que existen condiciones para una vida digna y un desarrollo integral y armonioso del niño. Estas condiciones adquieren fundamental importancia debido a que los niños se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo que impactará su bienestar y su proyecto de vida futuro⁷¹⁹. En caso que estas condiciones no fuera satisfechas, la Corte ha atribuido responsabilidad internacional al Estado por vulneración de los artículos 4.1, 5.1, y 5.2 de la Convención Americana, en relación al artículo 1.1 de la misma, leídos a la luz del artículo 19 también de la Convención Americana y del *corpus juris* del derecho internacional de los derechos del niño⁷²⁰.

564. A juicio de la Comisión, a los efectos de garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de los niños que se encuentran en las instituciones, es indispensable que los esfuerzos de los Estados se dirijan a prohibir la violencia y a prevenir situaciones que impliquen una violación de la integridad física de los niños en los entornos de las instituciones de acogimiento, cualquiera sea el autor de la misma, ya fuere el personal de la institución o consecuencia de violencia entre pares. Conforme ha señalado la Comisión, el deber de protección del Estado no se agota con la prevención de la violencia por parte de sus agentes, sino que también debe prevenir cualquier forma de violencia proveniente de terceras personas, como la violencia que se ejerce entre los propios niños⁷²¹.

⁷¹⁸ La interpretación realizada por el Comité de los Derechos del Niño que vincula el derecho a la vida con el concepto de “desarrollo integral” y “vida digna” puede encontrarse en Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 5 “Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”, CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, 34 periodo de sesiones, párr. 12 y Comentario General número 7, párrafo 10. En relación a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana en la cual se reciben estos conceptos referidos que han sido desarrollados por el Comité de los Derechos del Niño, pueden consultarse: Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144 y 191; *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 169; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 161, 172 y 176. Ver también Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 67, 80, 84 y 86.

⁷¹⁹ Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 172.

⁷²⁰ Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 176.

⁷²¹ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 113; *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de

565. En relación al personal de las instituciones, el Estado tiene la obligación de tomar todas aquellas medidas idóneas para prevenir que éstos ejerzan violencia contra los niños; al respecto, ya se ha referido con anterioridad a la necesidad que exista una prohibición expresa de utilizar cualquier forma de violencia física o psicológica, como los tratos humillantes, crueles, inhumanos y degradantes, o la tortura, como medida disciplinaria o de control a los niños; y respecto de la utilización de la fuerza por motivos de protección, deberá sujetarse estrictamente a los principios de último recurso, mínimo uso necesario y por el menor tiempo posible, con supervisión del personal médico apropiado. En particular, la Comisión reitera que el respeto de los derechos a la vida y a la integridad personal de los niños requiere la adopción de todas aquellas medidas que sean idóneas y necesarias, de carácter legislativo, educativo, social, económico, o de cualquier otra índole⁷²², para prevenir todas las formas de violencia en el marco de los centros de acogimiento y de las instituciones residenciales.

566. Adicionalmente, la garantía del derecho a la vida y a la integridad personal del niño, supone que los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para evitar el descuido, la desatención o el trato negligente en la atención de sus necesidades físicas y psicológicas⁷²³. Tal y como se señalara anteriormente, el descuido en la atención al niño para satisfacer sus necesidades físicas, psíquicas y emocionales, la falta de estímulos y la carencia de cuidados cercanos y humanos, tienen impactos muy negativos en la salud física y psíquica del niño y en su integridad personal, pudiendo causar graves daños de carácter irreversible, comprometiendo incluso su vida⁷²⁴. Los niños con alguna discapacidad, física, mental, sensorial o intelectual, y los niños muy pequeños, son los que más expuestos están a sufrir graves efectos negativos como consecuencia de la desatención y el trato negligente, y por tanto, existe la responsabilidad del Estado de extremar las medidas para evitar que se produzca el descuido o el trato negligente⁷²⁵.

...continuación

2005. Serie C No. 134, párr. 111; Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafo 74.

⁷²² De modo general, en cuanto a los diversos tipos de medidas y acciones específicas que pueden ser adoptadas a los efectos de prevenir la violencia en diversos ámbitos o contextos, incluido en instituciones residenciales, se puede consultar Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No.13, párrafos del 38 al 58.

⁷²³ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No.13 define el concepto de “descuido o trato negligente” que recoge el artículo 19 de la CDN como forma de violencia hacia la Niñez. Ver Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 13, párrafos 4 y 20 y artículo 19 de la CDN, Comité de Derechos del Niño, Comentario General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, 43º período de sesiones, párrafo 42.

⁷²⁴ Estudio sobre la Violencia contra los Niños, páginas 187, 188 y 189.

⁷²⁵ El Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños señaló que “[e]n centros de rehabilitación para niños y niñas con discapacidades mentales, han sido hallados niños postrados en la cama, enflaquecidos por la inanición y deshidratados. Se les suministraba el alimento en botellas, pero los que no podían coger las botellas debido a su discapacidad no recibían alimento alguno. En muchas instituciones para niños y niñas con discapacidades, los niños y niñas no tienen acceso a educación, recreación, rehabilitación u otros programas. A menudo se les deja en sus camas o cunas por largos períodos de tiempo sin estimulación y sin contacto humano. Tal privación provoca grave daño físico, mental y psicológico y en muchos casos la muerte”. Estudio sobre la Violencia contra los Niños, página 189.

567. La Comisión ya ha manifestado anteriormente que le preocupan las múltiples evidencias existentes que indican que los niños, niñas y adolescentes en instituciones de acogimiento se ven generalmente expuestos a una violencia estructural derivada de las condiciones mismas de cuidado en estas instituciones. Las obligaciones de regulación, vigilancia permanente, investigación y sanción que tienen los Estados, también han sido ya referidas como medidas necesarias para evitar que se reproduzcan situaciones que constituyen violencia estructural en las instituciones residenciales. Adicionalmente, la Comisión considera que los Estados tienen el deber de actuar con mayor diligencia puesto que se ha puesto en su conocimiento la existencia, considerablemente generalizada, de violencia en las instituciones de acogimiento; las situaciones objeto de preocupación han sido documentadas, y los Estados deben actuar sin demora para tomar todas aquellas acciones necesarias a los efectos de revertir aquellas situaciones que pudieran conculcar la vida y la integridad personal de los niños⁷²⁶.

568. Asimismo, por el hecho de encontrarnos ante personas en desarrollo, la Corte y la Comisión han entendido que esta circunstancia obliga a la aplicación de un estándar más riguroso, o más alto, para la calificación de las acciones que atenten contra los derechos a la vida y a la integridad física, psíquica y moral del niño. Específicamente, la Corte ha dicho que los Estados deben considerar la calidad de niños al momento de calificar como cruel, inhumano o degradante el trato recibido por un niño⁷²⁷. La Corte y la Comisión han tomado también en consideración las circunstancias personales del individuo cuando concurren acumulativamente en él varias condiciones de vulnerabilidad, como ser niño y tener una discapacidad⁷²⁸. La Comisión al respecto ha expresado que:

[...] en el caso de niños debe tenerse en cuenta un estándar más riguroso sobre el grado de sufrimiento que llega a implicar tortura, tomando en cuenta, por ejemplo, factores como la edad y el sexo, el efecto de la tensión y el miedo que se haya experimentado, el estado de salud de la víctima, y su madurez⁷²⁹.

⁷²⁶ La Corte ha recordado a los Estados que la adopción de medidas legislativas y de otra índole se hace aún más necesaria cuando hay evidencia de prácticas contrarias a la Convención Americana en cualquier materia, ver Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de enero de 2009, *Solicitud de Opinión Consultiva* presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, punto resolutive 12. En el mismo sentido de ha manifestado el Relator Especial sobre la Tortura al señalar que “[g]arantizar la protección especial de personas y grupos minoritarios y marginados es un componente esencial de la obligación de prevenir la tortura y los malos tratos. Tanto el Comité contra la Tortura como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han confirmado que los Estados tienen una mayor obligación de proteger a los vulnerables o marginados ante la tortura, ya que, por lo general, estas personas están más expuestas al riesgo de sufrir tortura y malos tratos”, A/HRC/22/53, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes, párrafo 26; ver también Comité contra la Tortura, Comentario General No. 2, párrafo 21; y Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 103.

⁷²⁷ Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 170.

⁷²⁸ Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

⁷²⁹ CIDH. Informe No. 33/04, Caso 11.634, Fondo, Jailton Neri Da Fonseca, Brasil, 11 de marzo de 2004, párr. 64.

En el mismo sentido la Corte ha considerado que:

[...] el hecho de que las presuntas víctimas fueran niños obliga a la aplicación de un estándar más alto para la calificación de acciones que atenten contra su integridad personal⁷³⁰.

569. En adición, la Corte ha sostenido que la amenaza del recurso a la violencia, ya sean castigos físicos y humillantes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuando es suficientemente real e inminente, crea un clima de permanente tensión que afecta el derecho a una vida digna de los niños internos. La Corte lo ha expresado indicando que:

la mera amenaza de una conducta prohibida por el artículo 5 de la Convención Americana, cuando sea suficientemente real e inminente, puede en sí misma estar en conflicto con la norma de que se trata. En otras palabras, crear una situación amenazadora o amenazar a un individuo con torturarlo puede constituir, al menos en algunas circunstancias, un tratamiento inhumano⁷³¹.

570. La Comisión considera conveniente que los Estados tengan en cuenta que los niños con discapacidad y los niños pequeños son más vulnerables a todos los tipos de abuso, sea mental, físico o sexual, así como al descuido y al trato negligente, en todos los entornos, incluidas las instituciones residenciales. El Comité de los Derechos del Niño ha expresado que con frecuencia se indica el dato de que los niños con discapacidad tienen cinco veces más probabilidades de ser víctimas de abusos⁷³². El niño con discapacidad y el niño pequeño enfrentan factores de riesgo adicionales por su propia condición y por su limitada capacidad para poder oponer resistencia a los actos contra ellos, y además confrontan mayores barreras para identificar una violación a sus derechos y para denunciarla o ponerla en conocimiento de una persona que pueda protegerles⁷³³. La

⁷³⁰ Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 170.

⁷³¹ Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 167. Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*, Sentencia de 5 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 149; y *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 165. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Europea. Ver Eur. Court. H. R, Campbell and Cosans judgment of 25 February 1982, Serie A, N. 48, párrafo 26.

⁷³² Comité de Derechos del Niño, Comentario General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, 43º período de sesiones, párrafo 42.

⁷³³ Al respecto el Comité de los Derechos del Niño considera que, [s]u vulnerabilidad particular se puede explicar, entre otras cosas, por las siguientes razones principales, en función de su discapacidad y/o corta edad: a) Los cuidados y apoyo para vestirse y para la higiene personal aumentan su vulnerabilidad a la atención personal invasiva y a los abusos. b) Vivir aislados de los padres, de los hermanos, de la familia ampliada y de los amigos aumenta la probabilidad de los abusos. c) Si tienen discapacidades de comunicación o intelectuales, pueden ser objeto de falta de atención, incredulidad y falta de comprensión si se quejan de los abusos. d) Los padres y otras personas que se ocupan del niño pueden encontrarse bajo considerable presión debido a los problemas físicos, financieros y emocionales que produce la atención al niño. Los estudios indican que las personas bajo presión son más proclives a los abusos. e) A veces se considera equivocadamente que los niños con

Continúa...

Comisión coincide con la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños, en considerar que la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un paso esencial para proteger a esos niños de la violencia⁷³⁴, como también lo es el funcionamiento efectivo de mecanismos de supervisión e inspección.

571. La Corte Interamericana entiende que “con relación a la salvaguarda de la vida y la integridad personal, es necesario considerar que las personas con discapacidad que viven o son sometidas a tratamientos en instituciones psiquiátricas, son particularmente vulnerables a la tortura u otras formas de trato cruel, inhumano o degradante. La vulnerabilidad intrínseca de las personas con discapacidades mentales es agravada por el alto grado de intimidad que caracteriza los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas, que torna a esas personas más susceptibles a tratos abusivos cuando son sometidos a internación”⁷³⁵. En los entornos institucionales, ya sea en hospitales públicos o privados, el personal médico encargado del cuidado de las personas ingresadas, ejerce un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia; este desequilibrio intrínseco de poder entre una persona internada y las personas que tienen la autoridad, se multiplica muchas veces en las instituciones psiquiátricas⁷³⁶. A juicio de la Comisión y la Corte, todas las anteriores circunstancias exigen que se ejerza una estricta vigilancia sobre dichos establecimientos. Los Estados tienen el deber de supervisar y garantizar que en toda institución psiquiátrica, pública o privada, sea preservado el derecho de las personas de recibir un tratamiento digno, humano y profesional, y de ser protegidos contra la explotación, el abuso y la degradación⁷³⁷.

572. A la Comisión le preocupa la información recibida respecto a que niños con discapacidad son en ocasiones mantenidos en régimen de encierro, inmovilización o incluso de aislamiento en algunas instituciones como sustituto de una atención médica o psiquiátrica adecuada, o debido a la falta de otras opciones de acogida institucional más adecuadas a su condición. Estos niños son a menudo considerados como una perturbación

...continuación

discapacidad son seres no sexuales y que no comprenden sus propios cuerpos y, por tanto, pueden ser objeto de personas tendientes al abuso, en particular los que basan los abusos en la sexualidad. Comité de Derechos del Niño, Comentario General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, 43º período de sesiones, párrafo 42.

En relación a los niños pequeños el Comité ha dicho que en relación a la violencia y los abusos son menos capaces de evitarlo o resistirlo, de comprender lo que está sucediendo y también de buscar la protección en los demás. Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006, 40º período de sesiones, párrafo 36.a), ver también 36.b).

⁷³⁴ Informe conjunto de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños, A/HRC/16/56, 7 de marzo de 2011, párrafo 90, ver también 112.

⁷³⁵ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 106.

⁷³⁶ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 107.

⁷³⁷ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 108.

para el funcionamiento del centro y para el personal⁷³⁸; la falta de personal en número suficiente para atender a los niños con requerimientos particulares de atención y cuidado, la ausencia de instalaciones y equipamiento adecuados, o de personal médico, son otros factores que a menudo se presentan como causas de estas situaciones referidas.

573. Las investigaciones han mostrado que, con respecto a las personas con discapacidad mental, el régimen de aislamiento a menudo produce un severo agravamiento de una condición o una enfermedad mental previamente existente. Las personas afectadas por una discapacidad mental o intelectual se deterioran notablemente en un régimen de aislamiento; algunos pueden llegar a cometer actos extremos, como infligirse lesiones a sí mismos o incluso el suicidio. En el caso de los niños, esta situación es todavía más acentuada, puesto que concurren dos circunstancias que lo exponen más a padecer sufrimientos graves o muy graves⁷³⁹. La Comisión recuerda que el derecho internacional de los derechos humanos prohíbe explícitamente el aislamiento solitario aplicado en niños, como a las personas con alguna discapacidad mental. El Relator Especial sobre la Tortura ha señalado que la separación física de las personas con discapacidad mental puede ser necesaria en algunos casos excepcionales, cuando obedezca a la necesidad inminente de proteger su propia seguridad⁷⁴⁰ o la de otros, y la misma deberá ser por el menor tiempo posible y bajo el seguimiento del personal médico idóneo. El aislamiento solitario, según lo ha manifestado el Relator Especial sobre la Tortura, representa, cuando es aplicado en las personas con discapacidad y en niños, una pena o trato cruel, inhumano o degradante, pudiendo llegar a constituir tortura⁷⁴¹.

574. De modo general, a pesar de la clara obligación de los Estados de garantizar el derecho a la vida y la integridad personal de todos los niños, niñas y adolescente en los centros de acogimiento y en las instituciones residenciales, públicos o privados, violaciones a estos derechos han sido denunciadas en múltiples oportunidades en los Estados de la región; las más comunes son las situaciones de negligencia y descuido grave, hacinamiento, además de distintas formas de violencia que implican maltrato y abuso físico y psicológico, ya sea de parte del personal o entre pares, así como situaciones que pueden constituir tratos crueles, inhumanos, degradantes, incluso tortura; asimismo, se ha informado a la Comisión de otras situaciones que serían contrarias a la salud e integridad personal del niño, como la aplicación de tratamientos inadecuados, o bien la ausencia de los tratamientos terapéuticos requeridos por su estado de salud o para su rehabilitación⁷⁴². Se han descrito también casos de violencia sexual perpetrada por parte

⁷³⁸ Informe Relator sobre Tortura A/66/268, párrafo 67.

⁷³⁹ Ver en este sentido Informe Relator sobre Tortura A/66/268. Ver también American Civil Liberties Union, "Abuse of the Human Rights of Prisoners in the United States: Solitary Confinement" (2011).

⁷⁴⁰ Informe Relator sobre Tortura A/66/268, párrafos 68 y 69.

⁷⁴¹ Informe Relator sobre Tortura A/66/268, párrafo 63.

⁷⁴² Mental Disability Rights International, *Vidas arrasadas, La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos*, 1a ed., Siglo XXI Eds., Buenos Aires, 2008, pag. 15 a 21, disponible en: http://www.cels.org.ar/common/documentos/vidas_sxxi.pdf; Disability Rights International y Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, *Abandonados y desaparecidos: Segregación y abuso de niños y adultos con discapacidad en México*, 2010, páginas 18 a 21.

del personal de las instituciones, o por parte de otros niños, además de documentarse algunos casos de explotación sexual, trata y venta de niños⁷⁴³.

575. Algunas situaciones que, aunque puntuales, fueron informadas a la Comisión, fueron el uso de lobotomías, psicocirugías⁷⁴⁴ y electrochoques. Asimismo, se informó del alto nivel de medicación al que se sujeta a los niños⁷⁴⁵, en ocasiones sin fines terapéuticos sino de control del comportamiento. Hallazgos similares a éstos encontró el Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños:

En las instituciones residenciales, los niños con discapacidades pueden ser objeto de violencia bajo la apariencia de tratamiento médico. En algunos casos, niños de hasta 9 años son sometidos al tratamiento con electrochoque sin hacer uso de relajantes musculares o anestesia. A veces los electrochoques se utilizan también a modo de “tratamiento por aversión” para controlar el comportamiento de los niños. También a veces se utilizan las drogas para controlar el comportamiento de los niños y hacerlos más “obedientes”, con lo que se reduce su capacidad de defenderse frente a la violencia⁷⁴⁶.

576. La Comisión observa que situaciones similares han sido identificadas respecto de niños pertenecientes a grupos vulnerables en relación al riesgo de ser víctimas de violencia y exclusión, como por ejemplo los niños con alguna drogodependencia. La situación de especial vulnerabilidad de estos niños agrava los efectos de las violaciones a su integridad física.

577. Esta información sobre las diversas vulneraciones al derecho a la vida y la integridad personal de los niños y niñas en instituciones de acogida, resulta para la Comisión muy grave. El Comité de los Derechos del Niño también ha expresado su

⁷⁴³ Disability Rights International y Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, *Abandonados y desaparecidos: Segregación y abuso de niños y adultos con discapacidad en México*, 2010, págs. 27 y 28. Disponible en: http://www.disabilityrightsintl.org/wordpress/wp-content/uploads/1_Informe_final_Abandonados_y_Desaparecidos_merged.pdf.

Se puede consultar la petición urgente realizada por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre venta de niños al Gobierno de México respecto de niños desaparecidos en una institución de acogida: Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children, Promotion and Protection of all Human rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development, Addendum, Communications to and from Governments, U.N. Doc. A/HRC/14/32/Add.1 (May 31, 2010) (by Joy Ngozi Ezeilo), párrafos 41 a 54.

⁷⁴⁴ Disability Rights International y Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, *Abandonados y desaparecidos: Segregación y abuso de niños y adultos con discapacidad en México*, 2010, págs. 19 y 20. Disponible en: http://www.disabilityrightsintl.org/wordpress/wp-content/uploads/1_Informe_final_Abandonados_y_Desaparecidos_merged.pdf.

⁷⁴⁵ “Puertas a Dentro. La Política de Institucionalización de niños, niñas y adolescentes en la Ciudad de Buenos Aires (2007-2011), Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, páginas 42 a 48.

⁷⁴⁶ Informe del Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños presentado ante la Asamblea General, párrafo 57.

preocupación sobre las situaciones de malos tratos y abusos en las instituciones en variadas oportunidades⁷⁴⁷.

578. La Comisión observa que en los casos en los que se han establecido medidas positivas de prevención de la violencia en la norma, en la práctica se constatan casos de incumplimiento de las mismas. Por ejemplo, en el caso de Perú el artículo 9 del reglamento de la Ley No. 29.174 estipula la obligatoriedad de que los niños que ingresan a las instituciones sean sometidos, en el término de 24 horas, a una evaluación médica con la finalidad de verificar sus condiciones físicas y mentales, determinar las necesidades de atención que deben ser cubiertas para cada niño en los servicios de salud, y servir para identificar futuras lesiones que puedan producirse mientras se encuentre en la institución. Sin embargo, en tan solo el 57,6% de los centros donde la Defensoría del Pueblo inspeccionó los expedientes se halló una ficha de control médico⁷⁴⁸.

579. La Comisión mira con inquietud la falta de datos estadísticos detallados sobre episodios de muertes o lesiones ocurridas en los centros de acogimiento y las instituciones residenciales, y la omisión de registrar algunos de estos hechos⁷⁴⁹. En ese sentido, por ejemplo, sólo algunos Estados informaron a la Comisión, en la respuesta al cuestionario, sobre la ocurrencia o no de muertes en las instituciones o sobre la existencia de situaciones que generaron lesiones a niños internos⁷⁵⁰.

580. En consecuencia, la Comisión exhorta a los Estados a promover la implementación, en el marco de los centros de acogimiento y de las instituciones residenciales, de planes para la prevención de la violencia que den cuenta de las diferentes vulnerabilidades, y que incluyan la formación sistemática y continua del personal que trabaja en las mismas. Entre otras medidas de prevención, la Comisión considera conveniente establecer en la normativa la obligación de la realización de un examen médico inicial cuando los niños llegan a las instituciones, así como de llevar un registro de las enfermedades, lesiones, y accidentes ocurridos a los niños durante todo el periodo de cuidado institucional. La Comisión recuerda el deber de poner en conocimiento de las autoridades públicas las violaciones al derecho a la vida y a la integridad personal de los

⁷⁴⁷ El Comité de los Derechos del Niño se ha pronunciado respecto de la situación detectada en diversos Estados a través del examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. En algunos casos ello ha servido para que el Estado tomara medidas y se mejorara la situación en algunas de las instituciones. Por ejemplo, Observaciones finales: El Salvador, CRC/C/SLV/CO/3-4, 17 de febrero de 2010, párr. 48. Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Brasil, CRC/C/15/Add.241, 3 de noviembre de 2004, párr. 44 y 45. Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Chile, CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párrafos 48 y 49.

⁷⁴⁸ Informe Defensorial No. 150, El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia: la situación de los Centros de Atención Residencial estatales desde la mirada de la Defensoría del Pueblo, Lima, 2010, página 331. Véase también: Reglas de La Habana, Regla 50.

⁷⁴⁹ En el Estudio sobre la Violencia contra los Niños también se refiere a la exigencia de que se lleve el registro de cualquier incidente de violencia ocurrido en una institución de protección y cuidado, página 204.

⁷⁵⁰ Jamaicans For Justice, Report on The Situation of Children in The Care of The Jamaican State, presentado ante la CIDH en noviembre de 2009, página 13.

niños que ocurran en el ámbito de los centros de acogimiento y de las instituciones residenciales, así como los deberes de investigar diligentemente, enjuiciar, y sancionar a los culpables.

2. Derecho a la libertad personal

581. La Convención Americana reconoce el derecho a la libertad personal a todas las personas y establece que “[n]adie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”⁷⁵¹. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del niño señala que “[n]ingún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente” y que, en todo caso, las restricciones a la libertad deberán llevarse a cabo “de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”⁷⁵². Complementariamente, en relación a los niños que se encuentran en una situación de vulneración de sus derechos, la Corte y la Comisión han reiterado que éstos requieren de medidas de protección adecuadas que tengan como fin la protección y el restablecimiento de los derechos, y no deben ser sujetos a un trato que suponga una nueva limitación o restricción injustificada a sus derechos.

582. Una de las principales preocupaciones de la Comisión con respecto a las medidas de protección que suponen el acogimiento del niño en una institución residencial, es que las mismas en muchos casos implican, en la práctica y en forma regular, la privación de libertad de los niños, niñas y adolescentes, o bien restricciones poco razonables o desproporcionadas a ese derecho. Según información recabada por la Comisión, si bien es usual que la legislación de los Estados explícitamente disponga que estas medidas de protección no pueden constituir privación de libertad, aún en muchos casos los niños, niñas y adolescentes de la región que se encuentran en las instituciones residenciales están sometidos a regímenes que se asemejan a la privación de libertad, o restringen innecesariamente su derecho a la libertad personal⁷⁵³. Es usual que muchas de estas

⁷⁵¹ Artículo 7 de la CADH.

⁷⁵² Artículo 37.b) de la CDN.

⁷⁵³ La Comisión ha establecido que entiende por privación de libertad: “[...] cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados, y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas.” CIDH, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, párr. 38.

En el mismo sentido, las Reglas de La Habana indican que: “Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.” Reglas de La Habana, Regla 11. b)

instituciones se caractericen por contar con elementos de seguridad similares a las de los centros de privación de libertad, así como que se trate de instituciones que tengan un régimen de funcionamiento cerrado que permite un contacto restringido del niño con su familia y su comunidad.

583. En lo relativo a las medidas especiales de protección que impliquen un acogimiento alternativo de carácter residencial, la Comisión señala que los Estados deben garantizar la ubicación del niño en el entorno menos restrictivo para cada niño o niña, teniendo en cuenta su situación individual. La Comisión considera que en algunas situaciones es posible determinar, dentro de parámetros razonables, que el acogimiento en instituciones residenciales tenga como consecuencia ciertas restricciones a la libertad de los niños, niñas y adolescentes. En términos generales, de conformidad con el artículo 7.1 de la Convención Americana, el respeto a la libertad y seguridad personal implica que las medidas de privación o restricción de la libertad, incluso las que se desarrollan en el marco de la acción de instituciones residenciales de acogimiento alternativo, terapéuticas, u hospitalarias, sólo pueden considerarse legítimas cuando las mismas se desarrollen de acuerdo con la legalidad, respeten los principios y garantías establecidos en el derecho internacional de los derechos, y no se trate de medidas arbitrarias⁷⁵⁴.

584. Específicamente, la aplicación de una medida especial de protección no debería conllevar limitaciones o restricciones a los derechos del niño, en particular a su libertad física y su autonomía personal para tomar decisiones que le afecten, que no fueran las estrictamente necesarias para garantizar la protección y la seguridad del niño además de estar justificadas en función de su interés superior, explicado claramente y de modo individualizado. A esos efectos, la Comisión ya se ha referido anteriormente a la necesidad que los Estados aseguren, a través de la regulación del régimen de funcionamiento de las instituciones residenciales, que los niños no verán restringido de forma injustificada el ejercicio de sus derechos, incluida su libertad personal, mientras permanezcan en estas instituciones. Más concretamente, la Comisión recomienda que, de modo general, se regule un régimen de funcionamiento abierto de los centros de acogimiento, que permita a los niños poder mantener el contacto con el exterior, participar de la vida social y mantener su vinculación con su comunidad y familia. El régimen de salidas del niño de la institución debe adaptarse a las circunstancias y condiciones personales de cada niño, después de una oportuna evaluación individualizada del niño y su entorno, respondiendo a su interés superior y bienestar, y a las particulares necesidades de protección y cuidados que pueda tener.

585. En esta temática, la Comisión observa con especial preocupación que en algunas instituciones sus normas de funcionamiento interno limiten de modo injustificado

⁷⁵⁴ Corte IDH. *Caso Gangaram Panday Vs. Surinam*. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 47; *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 131; *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 85; *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 139; *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 78; *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 125; y Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 224.

el acceso general de los niños que se encuentran en la misma a los servicios que se prestan en la comunidad, como son la educación, el acceso a los servicios de salud, los espacios de recreación y cultura, entre otros.

586. En adición, la Comisión estima relevante destacar que el contenido del derecho a la libertad personal no debe restringirse al concepto de la libertad física de la persona, sino que debe entenderse en un sentido amplio, como la libertad de toda persona a decidir sobre los aspectos que afecten su vida y el ejercicio de sus derechos. La posibilidad de cada individuo de conducir su vida conforme a su voluntad, y realizar sus propias elecciones en cuanto a sus actuaciones son, a juicio de la Comisión, aspectos inherentes a la libertad personal y a la dignidad inalienable que toda persona posee. Así, el deber de los Estados de garantizar la libertad personal implica, por un lado, que no pueda privarse a las personas de la libertad de modo ilegal e injustificado (deber negativo), y por otro, conlleva el deber de carácter positivo de los Estados de velar para que existan las condiciones para que las personas puedan conducirse de forma autónoma y puedan desarrollar su propio proyecto de vida. El concepto de dignidad humana, y la libertad de la persona para conformar su voluntad y crear su propio proyecto de vida, son inextricables uno de otro. En este sentido, según la Corte Interamericana el concepto de proyecto de vida “[...] se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Dificilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte”⁷⁵⁵.

587. Así, en relación a la situación de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en instituciones residenciales, los Estados tienen la obligación derivada del artículo 7.1 en relación con el 1.1 de la Convención Americana, de garantizar que las instituciones referidas cumplan con las condiciones necesarias para poder llevar adelante un proyecto de vida propio⁷⁵⁶. La participación del niño en un modelo institucional altamente regulado, en el cual el niño no dispone de ningún nivel de toma de decisiones propias, en particular en lo relacionado con el ejercicio de sus derechos o acciones que le afecten directamente, a juicio de la Comisión no daría satisfacción a la posibilidad de que el niño pudiera desarrollar su autonomía, personalidad y proyecto de vida.

588. La Comisión concuerda con el Comité de los Derechos del Niño en el reconocimiento de la autonomía personal progresiva del niño y la posibilidad de tomar decisiones que le afecten, conforme va desarrollando el grado de madurez necesario para

⁷⁵⁵ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párrafo 148.

⁷⁵⁶ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 172. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párrs. 80-81, 84, y 86-88, y *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 196.

comprender la realidad y las consecuencias de sus decisiones. Las personas e instituciones que tienen a su cargo el cuidado del niño deberán tomar en consideración el nivel de madurez y autonomía personal del niño en cada momento para modular el tipo e intensidad de apoyo que le prestan para el ejercicio de sus derechos. Esta consideración está recogida en diversos artículos de la Convención sobre los derechos del niño y supone el reconocimiento de la capacidad del niño para ejercer sus derechos de modo progresivo. En relación a ello, el Comité de los Derechos del Niño ha expresado que:

El artículo 5 [de la CDN] contiene el principio de que padres (y otros) tienen responsabilidad de ajustar continuamente los niveles de apoyo y orientación que ofrecen al niño. Estos ajustes tienen en cuenta los intereses y deseos del niño, así como la capacidad del niño para la toma de decisiones autónomas y la comprensión de lo que constituye su interés superior. Si bien un niño pequeño en general requiere más orientación que uno mayor, es importante tener en cuenta las diferencias individuales en las capacidades de niños de la misma edad y sus maneras de reaccionar en diversas situaciones. La evolución de las facultades debería considerarse un proceso positivo y habilitador y no una excusa para prácticas autoritarias que restrinjan la autonomía del niño y su expresión y que tradicionalmente se han justificado alegando la relativa inmadurez del niño y su necesidad de socialización. Los padres (y otros) deberían ser alentados a ofrecer una "dirección y orientación" centrada en el niño, mediante el diálogo y los ejemplos, por medios que mejoren la capacidad del niño pequeño para ejercer sus derechos, en particular su derecho a participar (art. 12) y su derecho a la libertad de pensamiento (art. 14) [...] ⁷⁵⁷.

589. La Comisión estima que el deber de respeto y garantía a la autonomía personal del niño en la toma de decisiones que le afecten, en consideración a su edad y grado de madurez, debe ser considerado en la legislación reguladora de los centros de acogimiento y de las instituciones residenciales y en las normas de funcionamiento interno que éstas adopten. Así, al mismo tiempo que habrá de garantizarse la protección y seguridad de los niños en modalidades alternativas de cuidado, también deberá respetarse que los niños tengan la posibilidad de tomar decisiones informadas, teniendo en cuenta los riesgos aceptables, la edad y madurez del niño, de un modo similar a lo que sucede con los niños que viven con sus familias. En el mismo sentido, las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, en la directriz 94, establecen que:

Todos los acogedores deberían fomentar y alentar en los niños y jóvenes la toma de decisiones con conocimiento de causa, teniendo en cuenta los riesgos aceptables y la edad del niño, y según su desarrollo evolutivo.

590. Adicionalmente, la Comisión coincide con el Comité de los Derechos del Niño en que, sin perjuicio de las consideraciones referidas al respeto de la evolución de las

⁷⁵⁷ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006, 40º período de sesiones, párrafo 17.

facultades del niño y su autonomía personal progresiva, el niño tiene derecho a tener un tutor legal:

[l]a definición de "cuidadores", que, según el artículo 19, párrafo 1 [de la CDN], son "los padres, [...] un representante legal o [...] cualquier otra persona que [...] tenga [al niño] a su cargo", comprende a las personas con una clara responsabilidad legal, ético profesional o cultural reconocida respecto de la seguridad, la salud, el desarrollo y el bienestar del niño [como es el caso del] personal de las instituciones (públicas y privadas) encargado de la atención de niños, como los adultos responsables en los centros de atención de la salud, los centros correccionales de menores y los centros de día y los hogares y residencias(...) ⁷⁵⁸.

591. En relación con los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en centros de acogimiento o en instituciones residenciales, en ningún caso éstos pueden quedar privados del apoyo y la protección de un tutor legal u otro adulto reconocido responsable o de una entidad pública competente ⁷⁵⁹. En consecuencia, en los casos en los que las autoridades competentes hayan ordenado o autorizado a que el niño sea ubicado en acogimiento alternativo, la entidad competente que haya sido designada debería ser investida con el derecho y la responsabilidad legal de adoptar determinadas decisiones en lugar de los padres o responsables legales, previa audiencia y toma en consideración de la opinión del niño ⁷⁶⁰. Esa responsabilidad legal debería ser atribuida por las autoridades competentes y supervisada directamente por ellas o por medio de entidades formalmente acreditadas ⁷⁶¹.

592. De modo particular, la Comisión señala que las garantías descritas también deben ser consideradas respecto de los niños con discapacidad y especialmente en las instituciones psiquiátricas y en aquellas que atienden a niños con discapacidad mental o intelectual. La Comisión ha observado que los niños con alguna discapacidad, en particular mental, son sujetos a mayores restricciones a su derecho a la libertad personal que otros niños bajo una medida de protección, sin que ello encuentre, de modo general, una justificación en cada caso particular basada en su interés superior ⁷⁶². La falta de

⁷⁵⁸ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011, párrafo 33.

⁷⁵⁹ Adicionalmente a la opinión autorizada del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas pueden verse las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 19: "Ningún niño debería quedar privado en ningún momento del apoyo y la protección de un tutor legal u otro adulto reconocido responsable o de una entidad pública competente".

⁷⁶⁰ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 101.

⁷⁶¹ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 102.

⁷⁶² También, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/HRC/22/53, párrafo 68 y 69: El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha sido muy explícito en su llamamiento a favor de prohibir la privación de libertad en razón de la discapacidad, es decir, el internamiento forzoso de carácter no penal, el ingreso forzoso en una institución o la privación de libertad por motivos de discapacidad. Establece que la vida en comunidad, con apoyo, ha dejado de ser un avance político favorable para convertirse en un derecho internacionalmente reconocido. (...) Deben abolirse las normas

personal suficiente para una atención personalizada que acompañe la reintegración social y familiar del niño, aunado la ausencia o limitada cobertura de programas y servicios de apoyo a las familias para el cuidado de los niños con alguna discapacidad, dan como resultado que estos niños sean los que tienen mayores posibilidades de permanecer en una institución residencial indefinidamente, y de hacerlo en unas condiciones de aislamiento social que no son respetuosas con su derecho a un desarrollo integral de su personalidad, su libertad personal y dignidad.

593. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño trata de manera específica los derechos de los niños y niñas con discapacidades, reconociendo que tienen derecho a “disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad”⁷⁶³. El Comité de los Derechos del Niño ha expresado que la segregación y la institucionalización no pueden ser justificadas nunca por razones de discapacidad, instado a los Estados a que “utilicen la colocación en instituciones únicamente como último recurso, cuando sea absolutamente necesario y responda al interés superior del niño”⁷⁶⁴, recomendando expresamente que los Estados “impidan la colocación en instituciones exclusivamente con el objetivo de limitar la libertad del niño o su libertad de movimiento [...]”⁷⁶⁵. En el mismo sentido se refieren la Convención Interamericana sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad⁷⁶⁶ y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁷⁶⁷.

...continuación

que autorizan el internamiento en una institución de las personas con discapacidad en razón de ésta y sin su consentimiento libre e informado. Ello debe incluir la derogación de las disposiciones que autorizan el internamiento de las personas con discapacidad para su atención y tratamiento sin su consentimiento libre e informado (...)” (párr. 68). La privación de libertad por motivos de enfermedad mental es injustificada si se basa en la discriminación o en los prejuicios contra las personas con discapacidad. El Relator Especial considera que la gravedad de la enfermedad mental no es en sí misma suficiente motivo para justificar la privación de libertad; el Estado también debe demostrar que es necesaria para proteger la seguridad de la persona o de terceros (párr. 69).

⁷⁶³ CDN artículo 23.

⁷⁶⁴ Comité de Derechos del Niño, Comentario General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, 43º período de sesiones, párrafo 47; Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 15, “The right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (article 24)”, CRC/C/GC/15, de 14 de mayo de 2013, solo disponible en inglés a la fecha de conclusión del informe, párrafo 15.

⁷⁶⁵ Comité de Derechos del Niño, Comentario General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, 43º período de sesiones, párrafo 47.

⁷⁶⁶ Convención Interamericana sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad Artículo IV. 2. b).

⁷⁶⁷ Especialmente lo dispuesto en el artículo 14 de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad referido a la libertad y seguridad de la persona que dispone que los Estados deben asegurar a las personas con discapacidad el que no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.

594. La Comisión estima que los Estados deben adoptar todas aquellas medidas necesarias para promover el cuidado y el apoyo de las personas con discapacidad en el contexto de su comunidad a través del acceso a servicios y programa de apoyo a la familia que le permitan a estos niños llevar una vida con dignidad y autonomía, en el ámbito de su familia y comunidad; el ingreso de un niño con discapacidad en una institución residencial de cuidado solo podrá realizarse cuando sea la mejor alternativa en función de su interés superior, adoptarse de conformidad con la ley y con todas las garantías, y ser por el menor tiempo posible, buscándose la reintegración familiar y social tan pronto sea posible, a través de los programas y servicios adecuados para ello.

3. Derecho a la salud física y mental

595. El acceso al derecho a la salud física y mental es indispensable para que el niño pueda mantenerse en un buen estado y preservar su integridad personal. La Corte y la Comisión se han referido al derecho del niño a la salud física y mental como un derecho estrechamente vinculado con el desarrollo personal del niño y con las condiciones necesarias para que el niño pueda llevar una vida digna⁷⁶⁸. Los Estados deberán garantizar que en los centros de acogimiento y en las instituciones residenciales se respete y promueva el derecho a la salud, entendido como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, teniendo especialmente en cuenta las necesidades y requerimientos específicos de los niños, niñas y adolescente, en función de la etapa vital de crecimiento y desarrollo en la que se encuentran⁷⁶⁹. Adicionalmente, la Corte ha considerado el carácter de indivisibilidad e interdependencia que el derecho a la salud guarda con otros derechos fundamentales de los niños, así la Corte se ha manifestado en estos términos:

Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural⁷⁷⁰.

⁷⁶⁸ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 167. En relación a la opinión de la Comisión puede consultarse el párr. 157.e).

⁷⁶⁹ El artículo 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que: “[l]os Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”. En la Constitución de la Organización Mundial de la Salud los Estados manifestaron que “[l]a salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Véase también, Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 4, “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”, CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003, 33 período de sesiones; Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 15, “The right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (article 24)”, CRC/C/GC/15, de 14 de mayo de 2013, solo disponible en inglés a la fecha de conclusión del informe.

⁷⁷⁰ Corte IDH. *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 167.

596. Tal y como se ha señalado con anterioridad, el Estado se encuentra en una posición reforzada de garante en relación a los niños y niñas bajo la tutela de un centro de acogimiento o de una institución residencial. Derivado de ello, el Estado tiene el deber de asegurar y garantizar el acceso efectivo a los servicios de salud física y mental que el niño requiera por su condición, en condiciones apropiadas.

597. A modo de consideración inicial, la Comisión estima pertinente recordar que los Estados deben garantizar, respecto de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en un centro o una institución, el derecho a la salud de conformidad con los principios básicos de carácter general que han establecido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷⁷¹, y el Comité de los Derechos del Niño⁷⁷², aplicables a todos los niños:

Disponibilidad. Los Estados deberán asegurar que existan centros, bienes, servicios y programas de salud y atención sanitaria destinados a los niños, niñas y adolescentes, que tomen en consideración sus particulares necesidades en función de su etapa vital, que sean operativos y en cantidad suficiente.

Accesibilidad. Este principio tiene cuatro dimensiones: i) la no-discriminación, y asegurar el acceso para todos los niños, niñas y adolescentes; ii) la accesibilidad física, lo cual implica la cercanía de los servicios así como la posibilidad del acceso a los mismos para aquellas personas con alguna discapacidad; iii) la accesibilidad económica (o asequibilidad), es decir que el goce del derecho no se vea impedido por la falta de recursos económicos; y, iv) la accesibilidad a la información en un formato y lenguaje que sea comprensible para los niños, niñas y adolescentes.

Aceptabilidad. Implica garantizar el respeto de la ética médica así como la sensibilidad a los factores culturales, la edad y el género.

Calidad. Los servicios y tratamientos de salud deberán ser científica y médicamente idóneos, así como de buena calidad. Asegurar la calidad requiere, como mínimo, que: i) los tratamientos, intervenciones y medicamentos estén basados en las mejores evidencias científicas disponibles, ii) personal médico calificado y capacitado en temas de salud infanto-juvenil y en derechos de la niñez, iii) equipamiento hospitalario aprobado científicamente y apropiado para los niños, iv) medicamentos científicamente aprobados, no caducados, y adaptados para los niños, y, v) evaluaciones de calidad periódica a los centros médicos.

⁷⁷¹ Comentario General número 14 del Comité DESC.

⁷⁷² Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 15, "The right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (article 24)", CRC/C/GC/15, de 14 de mayo de 2013, solo disponible en inglés a la fecha de conclusión del informe, párrafo 112 a 115.

598. Considerando que el niño se encuentra en un estadio de crecimiento y desarrollo continuado, requerirá de los controles médicos periódicos y los tratamientos normales y apropiados a su edad. El acceso a un servicio de salud de calidad supone que sea adaptado a las necesidades y requerimientos particulares de los niños, niñas y adolescentes en sus diversas edades. Así, los niños de corta edad, los niños con algún tipo de discapacidad, los y las adolescentes en la pubertad, los niños con algún tipo de enfermedad crónica, como todo otro grupo con requerimientos o necesidades especiales, requerirán de unos servicios de salud y atención médica adaptados a su condición⁷⁷³. En cuanto al alcance de dichas obligaciones, el Comité de los Derechos del Niño ha indicado que:

“Los niños tienen derecho a servicios de salud de calidad, incluyendo la prevención, promoción, tratamiento, rehabilitación y tratamientos paliativos”⁷⁷⁴.

La regla 49 de las Reglas de La Habana, dispone que:

[t]odo menor deberá recibir atención médica adecuada, tanto preventiva como correctiva, incluida atención odontológica, oftalmológica y de salud mental, así como los productos farmacéuticos y dietas especiales que hayan sido recetados por un médico.⁷⁷⁵

599. La Comisión considera que el acceso a los servicios de salud y la atención médica debe prestarse a los niños, niñas y adolescentes por intermedio de los servicios e instalaciones sanitarios apropiados dentro de la comunidad en que esté situada la institución, siempre que ello fuera posible y acorde con el interés del niño. El acceso a los servicios de salud prestados en el entorno de la comunidad promueve el acceso del niño a servicios de salud de calidad, además de contribuir a evitar que se estigmatice y segregue al niño, facilita el contacto y vinculación con su comunidad y por ende ayuda a su integración social a su egreso de la institución⁷⁷⁶.

600. Las instituciones deben asegurar, en particular por medio de su ubicación, el acceso inmediato a instalaciones y equipos médicos adecuados que guarden relación con el número y las necesidades de sus residentes, así como personal capacitado en atención sanitaria preventiva y en tratamiento de urgencias médicas. Cuando un niño se encuentre enfermo, se queje de enfermedad o presente síntomas físicos, mentales,

⁷⁷³ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directrices 84 y 87.

⁷⁷⁴ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 15, “The right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (article 24)”, CRC/C/GC/15, de 14 de mayo de 2013, solo disponible en inglés a la fecha de conclusión del informe, párrafo 25.

⁷⁷⁵ Reglas de La Habana, Regla 49; También en relación al alcance de las prestaciones de salud, véase: CIDH. *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, principio X.

⁷⁷⁶ Reglas de La Habana, Regla 49.

sensoriales o intelectuales, deberá ser examinado rápidamente por un profesional médico⁷⁷⁷.

601. No obstante lo que se acaba de referir, cuando el ingreso del niño a una institución residencial de cuidado se ha producido para responder a la necesidad de recibir un tratamiento y cuidados especializados por parte de personal médico capacitado, lo usual es que la atención y rehabilitación de la salud física y mental del niño se desarrolle en el contexto de la misma institución y por su personal. Sin embargo, la Comisión ha observado que en varios Estados de la región existe una escasez de instituciones que dispongan de programas especializados para responder al motivo o la causa concreta del ingreso del niño a la institución. A juicio de la Comisión, no obstante la necesidad de establecer una serie de servicios de salud de tipo general, las instituciones que acojan a niños con una medida especial de protección que requiere de una atención especializada, como por ejemplo la asistencia y rehabilitación física y psico-social de los niños que han sido víctimas de violencia, deben contar con el acceso a programas adecuados a los efectos de proporcionar este tipo de atención especializada requerida⁷⁷⁸.

602. En los casos en los que se ha informado a la Comisión acerca de la existencia de instituciones con carácter especializado, es usual encontrar instituciones específicas entre otros para: niños pequeños; niños con discapacidad; adolescentes madres; niños consumidores de sustancias psicoactivas; niños víctimas de violencia, violencia sexual, abuso, explotación y trata⁷⁷⁹. Al respecto de este tipo de instituciones, es fundamental fortalecer la calidad del programa institucional de atención especializada, que responda adecuadamente a las necesidades de protección que motivaron el ingreso del niño, niña o adolescente en la institución. La Comisión considera que la atención especializada, con actividades diagnósticas, terapéuticas e intervenciones específicas, es esencial para garantizar que la ejecución de la medida se encuentre orientada al restablecimiento de los derechos que la motivaron, asegurando la temporalidad de la misma y la reintegración de los niños, niñas y adolescentes a un medio familiar y comunitario en el periodo más breve posible.

603. La Comisión considera que el principio del interés superior del niño debe regir en todas las decisiones que se adopten en relación a la salud del niño, después de haber escuchado la opinión del propio niño y tomado en consideración la misma, en

⁷⁷⁷ Reglas de La Habana, Regla 51.

⁷⁷⁸ Véase por ejemplo: Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Guatemala, CRC/C/GTM/CO/3-4, 25 de octubre de 2010, párrafo 59, b).

⁷⁷⁹ Uno de los motivos que pueden dar lugar a una atención específica y especializada es que se trate de niños víctimas de violencia. De acuerdo a la información recabada por la Comisión, en la mayoría de los Estados del continente las situaciones de violencia, maltrato y abuso en el seno de su familia constituyen uno de los principales motivos de las institucionalizaciones. Esta circunstancia ha provocado que varios Estados hayan establecido instituciones específicas para los niños, niñas y adolescentes víctimas de estas situaciones. En Nicaragua por ejemplo, hay 10 refugios gestionados por organizaciones no gubernamentales para víctimas de abusos domésticos y violación, tres de ellos específicamente para niños, niñas y adolescentes. Amnistía Internacional, Escucha sus voces y actúa. No más violación y violencia sexual contra niñas en Nicaragua, 2010, página 22.

función de su edad y madurez. El Comité de los Derechos del Niño también ha subrayado la importancia de que el interés superior del niño sea la base para las decisiones sobre la provisión, el mantenimiento y la finalización de un determinado tratamiento, además de destacar el derecho del niño a participar de las decisiones que afecten a su salud, en función de su edad y madurez⁷⁸⁰. Sin perjuicio de las consideraciones referidas al respeto de la evolución de las facultades del niño y su autonomía personal progresiva, la Comisión ya se ha referido también al derecho del niño a tener un tutor legal que vele por sus derechos, con responsabilidades legales respecto de la seguridad, la salud, el desarrollo y el bienestar del niño.

604. La Comisión entiende que la prestación del servicio de salud deberá incluir: el derecho del niño a obtener información sobre los aspectos relativos a la salud de forma clara, accesible, adecuada y apropiada a su edad⁷⁸¹; el derecho al consentimiento informado para los tratamientos médicos⁷⁸²; y, la confidencialidad de la información médica⁷⁸³. Los Estados deben garantizar que los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en un centro de acogimiento o en una institución residencial no serán sometidos a experimentos médicos ni a tratamientos que no tengan el respaldo científico y médico necesario⁷⁸⁴.

605. En lo relativo al acceso a la información sobre salud, los Estados deben garantizar el derecho del niño, niña y adolescente a obtener información y asesoría adecuada y pertinente sobre los temas y aspectos relativos a la salud, además de ser apoyado en la comprensión de esta información. El niño, la niña y los adolescentes requieren información, asesoría y educación en materia de salud, comprensible y adaptada a su edad, a los efectos de poder realizar decisiones informadas en relación a un estilo de vida saludable y al acceso a los diversos servicios de salud. La información debe

⁷⁸⁰ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 15, “The right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (article 24)”, CRC/C/GC/15, de 14 de mayo de 2013, solo disponible en inglés a la fecha de conclusión del informe, párrafos 12, 14 y 19.

⁷⁸¹ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 15, “The right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (article 24)”, CRC/C/GC/15, de 14 de mayo de 2013, solo disponible en inglés a la fecha de conclusión del informe, párr. 58; Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 103.

⁷⁸² Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 15, “The right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (article 24)”, CRC/C/GC/15, de 14 de mayo de 2013, solo disponible en inglés a la fecha de conclusión del informe, párr. 59; CIDH. *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, principio X.

⁷⁸³ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 15, “The right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (article 24)”, CRC/C/GC/15, de 14 de mayo de 2013, solo disponible en inglés a la fecha de conclusión del informe, párrafos 21, 31 y 52.

⁷⁸⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párrafo 8.

comprender cómo y dónde el niño puede acceder a la información y a los servicios de salud⁷⁸⁵.

606. Asimismo, el derecho al consentimiento informado forma también parte integrante del derecho a la salud, consagrado en numerosos tratados internacionales de derechos humanos, y garantiza que las prácticas de salud respeten el principio de no discriminación, la autonomía y libre determinación personal, la integridad física y psíquica, y la dignidad de toda persona. A los efectos de poder emitir un consentimiento informado para un tratamiento médico, es requisito previo el acceso a la información relevante y la comprensión de la misma⁷⁸⁶. El Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental de las Naciones Unidas (en adelante, el Relator Especial sobre el derecho a la salud), señaló que el consentimiento informado no es la mera aceptación de una intervención médica, sino una decisión voluntaria y suficientemente informada. Garantizar el consentimiento informado es un aspecto fundamental del respeto a la autonomía, la libre determinación y la dignidad humana de la persona, en un proceso continuo y apropiado de servicios de la atención de salud solicitados de forma voluntaria⁷⁸⁷.

607. Tal como reconoció el Relator Especial sobre el derecho a la salud, si bien los ordenamientos jurídicos nacionales consagran el consentimiento informado, éste con frecuencia no es oportunamente garantizado en la práctica. Las desigualdades estructurales, como el desequilibrio en las relaciones de poder entre médicos y pacientes, agravadas por el estigma y la discriminación, hacen que personas de determinados grupos se vean, de forma desproporcionada, en la tesitura de no poder ejercer su derecho al consentimiento informado⁷⁸⁸.

608. En relación a los niños, niñas y adolescentes, el principal obstáculo que encuentran en el ejercicio de su derecho a la salud y al consentimiento informado radica en el mantenimiento, en la normativa y en la práctica, de la consideración sobre la falta general de capacidad de los niños, niñas y adolescentes que les habilite a tener acceso a la información y a participar en las decisiones que afecten a su salud. La Comisión estima que, tal y como lo ha manifestado el Comité de los Derechos del Niño, debe presumirse en

⁷⁸⁵ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 15, "The right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (article 24)", CRC/C/GC/15, de 14 de mayo de 2013, solo disponible en inglés a la fecha de conclusión del informe, párrafos 58 y 59.

⁷⁸⁶ En relación a los tratamientos médicos, la información que se proporcione a la persona para que pueda decidir aceptar o no un tratamiento debe abarcar: el diagnóstico y su evaluación; el propósito, el método, la duración probable y los beneficios que se espera obtener del tratamiento propuesto; las demás modalidades posibles de tratamiento, incluidas las menos alteradoras posibles; los dolores o incomodidades posibles y los riesgos y secuelas del tratamiento propuesto; no se le puede ocultar información a la persona, con el pretexto de evitar eventuales efectos negativos para los resultados del tratamiento. El proceso de consentimiento informado debe iniciarse siempre de modo previo al tratamiento ofrecido, y debe ser continuo a lo largo del mismo, con lo cual la persona puede retirar su conformidad al tratamiento en cualquier momento.

⁷⁸⁷ Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, A/64/272, de 10 de agosto de 2009, párrafo 18.

⁷⁸⁸ Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, A/64/272, de 10 de agosto de 2009, párrafo 92.

principio la capacidad del niño para expresar sus opiniones sobre los asuntos que les afecten y reconocer que tiene derecho a expresarlas; sus opiniones serán debidamente tomadas en consideración en función de su edad y madurez⁷⁸⁹. Al respecto el Comité de los Derechos del Niño ha indicado que;

El Comité reconoce que las capacidades evolutivas de los niños tienen relevancia en su proceso de toma de decisiones autónomas sobre los asuntos de salud que les son propios. El Comité también hace notar que a menudo existen serias discrepancias en relación a este proceso autónomo de toma de decisiones, siendo que los niños que son particularmente vulnerables a la discriminación son con frecuencia menos capaces de ejercitar su autonomía personal. Es por ello que es esencial que existan políticas de apoyo y que los niños, los padres y los profesionales de la salud dispongan de orientaciones basadas en los derechos de los niños en materia de consentimiento, asentimiento y confidencialidad⁷⁹⁰.

609. La Comisión considera que los niños, niñas y adolescentes, de acuerdo con la evolución de sus capacidades y su autonomía personal, tienen derecho al acceso a la información en materia de salud, incluso de modo confidencial y sin necesidad de la presencia o el consentimiento de los padres o adultos que tengan su guarda legal. Asimismo, los niños, niñas y adolescentes pueden y deben participar de las decisiones que afectan a su salud, salvo que sus condiciones de madurez o discernimiento no lo permitieran⁷⁹¹.

610. Precisamente uno de los aspectos problemáticos que fueron informados a la Comisión en el proceso de elaboración de este informe, se refiere a la deficiente solicitud y aplicación del consentimiento informado del niño para un tratamiento médico de carácter terapéutico que sea necesario para su salud, así como las dificultades en el acceso a información y servicios de salud por parte del niño. En ese sentido, la opinión de la Comisión concuerda con la expresada por el Comité de los Derechos del Niño, en el sentido que:

El Comité celebra que en algunos países se haya establecido una edad fija en que el derecho al consentimiento pasa al niño, y alienta a los Estados partes a que consideren la posibilidad de introducir ese tipo de

⁷⁸⁹ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 20 y 21. En el párrafo 20 el Comité señala que: “los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad”.

⁷⁹⁰ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 15, “The right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (article 24)”, CRC/C/GC/15, de 14 de mayo de 2013, solo disponible en inglés a la fecha de conclusión del informe, párrafo 21.

⁷⁹¹ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 15, “The right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (article 24)”, CRC/C/GC/15, de 14 de mayo de 2013, solo disponible en inglés a la fecha de conclusión del informe, párrafo 31, ver también párrafo 24.

legislación. Así, los niños mayores de esa edad tienen derecho a otorgar su consentimiento sin el requisito de que haya habido una evaluación profesional individual de su capacidad, después de haber consultado a un experto independiente y competente. Sin embargo, el Comité recomienda enérgicamente que los Estados partes garanticen que, cuando un niño menor de esa edad demuestre capacidad para expresar una opinión con conocimiento de causa sobre su tratamiento, se tome debidamente en cuenta esa opinión⁷⁹².

611. Adicionalmente, la Comisión, como el Comité, recomienda que los Estados elaboren procedimientos y criterios para proveer de lineamientos claros al personal médico y de la salud para una correcta práctica que sea respetuosa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes⁷⁹³.

612. Como ya se resaltó, el alto nivel de medicación psiquiátrica administrada a los niños en instituciones de acogida es un aspecto que ha sido puesto de manifiesto en diversas investigaciones en la región. La elevada utilización de fármacos, incluidos los psiquiátricos, no responden sólo a un fin terapéutico, sino que en ocasiones se administran como forma de control a los niños; generalmente motivado por la ausencia de recursos humanos suficientes, los niños reciben medicación psiquiátrica sin que ésta sea requerida por el niño como parte de un tratamiento médico diagnosticado y monitoreado⁷⁹⁴. Adicionalmente, algunas investigaciones exponen que el alto nivel de medicación psiquiátrica guarda consonancia con otra situación: la utilización de medicación como una forma prioritaria de abordaje para el trabajo psicoterapéutico con niños y adolescentes⁷⁹⁵. A la Comisión le preocupan también las deficiencias existentes en el control y supervisión por parte de las autoridades médicas competentes de los aspectos relacionados con los tratamientos y la medicación que se les son administrados a los niños en las instituciones, y que pueden exponer la salud e integridad personal del niño.

613. Los niños, niñas y adolescentes con alguna discapacidad, física, mental, sensorial o intelectual, tienen derecho a un acceso al derecho a la salud y a una atención médica adecuada a sus necesidades y requerimientos, que garanticen la consecución de su máximo nivel de desarrollo personal y autonomía, integridad personal y dignidad⁷⁹⁶. De modo particular, la Corte se ha pronunciado expresamente en relación al deber de los Estados de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con

⁷⁹² Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 102.

⁷⁹³ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 15, "The right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (article 24)", CRC/C/GC/15, de 14 de mayo de 2013, solo disponible en inglés a la fecha de conclusión del informe, párrafo 12.

⁷⁹⁴ "Puertas a Dentro. La Política de Institucionalización de niños, niñas y adolescentes en la Ciudad de Buenos Aires (2007-2011), Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, páginas 45 a 48.

⁷⁹⁵ "Puertas a Dentro. La Política de Institucionalización de niños, niñas y adolescentes en la Ciudad de Buenos Aires (2007-2011), Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Páginas 45 a 48.

⁷⁹⁶ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 109.

discapacidad mental, obligación que “se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios de salud básicos; la promoción de la salud mental; la prestación de servicios de esa naturaleza que sean lo menos restrictivos posible, y la prevención de las discapacidades mentales”⁷⁹⁷.

614. La Comisión al igual que el Comité de los Derechos del Niño expresa que en los casos en los que se trate de niños con discapacidad, “[h]ay que destacar la importancia de las estrategias de asistencia y rehabilitación basadas en la comunidad cuando se ofrezcan servicios de salud a los niños con discapacidad”⁷⁹⁸, en lugar de recurrir a la institucionalización de los niños, a menos que su ingreso en una institución de carácter residencial responda mejor al interés superior del niño. Los Estados partes deben garantizar que los profesionales de la salud que trabajen con niños con discapacidad tengan la mejor formación posible⁷⁹⁹.

615. En particular, cuando los niños con discapacidad se hallan en instituciones, éstas deben asegurar la existencia de programas de atención de la salud dirigidos a las necesidades y requerimientos específicos de los niños con algún tipo de discapacidad, ya sea física, mental, sensorial o intelectual. De modo general, las políticas sanitarias deben ser amplias y ocuparse de la detección precoz de la discapacidad, la intervención temprana, en particular el tratamiento psicológico y físico, la rehabilitación, incluidos aparatos físicos --por ejemplo, prótesis de miembros, artículos para la movilidad, y aparatos para oír y ver⁸⁰⁰, entre otros-- a los efectos de prestar a los niños con discapacidad un servicio de salud que les permita su autonomía personal, y así contribuir a evitar su institucionalización o facilitar su egreso. En cuanto al acceso a servicios de atención en salud mental, la evidencia indica que acciones sanitarias eficientes y efectivas implementadas en forma oportuna evitan o retardan la cronicidad del trastorno mental⁸⁰¹.

616. La Corte considera que “todo tratamiento de salud dirigido a personas con discapacidad mental debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas”⁸⁰², si bien la Corte reconoce que “este último principio no es

⁷⁹⁷ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 128. Véase también: Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, artículo III.2.; Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en particular artículos 17 y 25.

⁷⁹⁸ Comité de Derechos del Niño, Comentario General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, 43º período de sesiones, párr. 52; ver también, Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 15, “The right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (article 24)”, CRC/C/GC/15, de 14 de mayo de 2013.

⁷⁹⁹ Comité de Derechos del Niño, Comentario General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, 43º período de sesiones, párrafo 52.

⁸⁰⁰ Comité de Derechos del Niño, Comentario General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, 43º período de sesiones, párrafo 51.

⁸⁰¹ OMS, Políticas de Salud Mental para la Infancia y Adolescencia, 2005.

⁸⁰² Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 130.

absoluto, ya que la necesidad misma del paciente puede requerir algunas veces la adopción de medidas sin contar con su consentimiento. No obstante, la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades”⁸⁰³. Cuando sea comprobada la imposibilidad del enfermo para consentir, corresponderá a sus familiares, representantes legales o a la autoridad competente, emitir el consentimiento en relación con el tratamiento a ser empleado⁸⁰⁴. La Comisión entiende que estos principios señalados por la Corte deben ser aplicados a toda personas con alguna discapacidad, notando que las personas con discapacidad mental o con discapacidad intelectual son las más expuestas a ver vulnerados sus derechos en el sentido expresado por la Corte.

617. En lo relativo a los tratamientos e intervenciones médicas, el Relator especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de las Naciones Unidas (en adelante, el Relator sobre la Tortura) ha alertado que “los tratamientos médicos de carácter invasivo e irreversible, en caso de que carezcan de finalidad terapéutica, pueden constituir tortura y malos tratos si se aplican o administran sin el consentimiento libre e informado del paciente”⁸⁰⁵. Al respecto, el Relator puso el ejemplo de “la esterilización involuntaria [que] a menudo se defiende afirmando que son tratamientos necesarios que redundan en beneficio del denominado interés superior de la persona afectada”⁸⁰⁶. En los Estados Unidos, por ejemplo, 15 Estados tienen

⁸⁰³ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 130. Uno de los principios básicos de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad es “[e]l respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas” (art. 3). El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha interpretado que el requisito básico del artículo 12 es reemplazar los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Sexto período de sesiones, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención, Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad CRPD/C/ESP/CO/1, párrafo 34. Véase también en un sentido similar la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, artículo III.2.

⁸⁰⁴ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 130. También, Relator Especial Tortura sobre centros médicos, A/HRC/22/53, de 1 de febrero de 2013, párr. 66: “los criterios que determinan los motivos para administrar un tratamiento sin que haya consentimiento libre e informado deben aclararse en la ley, y no deben hacerse distingos entre las personas con discapacidad o sin ella. Solo en una situación de emergencia que ponga en riesgo la vida de una persona y en la que no haya desacuerdo con respecto a la falta de capacidad jurídica podrá un profesional sanitario realizar un procedimiento para salvar la vida sin obtener el consentimiento informado”.

⁸⁰⁵ Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/HRC/22/53, de 1 de febrero de 2013. En el párrafo 80 indica que: “[e]n el caso de los niños en entornos de atención de la salud, una discapacidad real o atribuida puede mermar la consideración otorgada a las opiniones del niño a la hora de determinar su interés superior, o puede tomarse como base para reemplazar la discrecionalidad y la adopción de decisiones que corresponde a los padres, los tutores, los cuidadores o las autoridades públicas”.

⁸⁰⁶ Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/HRC/22/53, de 1 de febrero de 2013, párrafos 32 y 64. En esos casos, indica el Relator que generalmente se esgrimen dudosas razones de necesidad médica para justificar procedimientos invasivos e irreversibles realizados a pacientes sin su pleno consentimiento libre e informado, y subraya que “[l]a doctrina de

leyes que no protegen a las mujeres con discapacidad de las esterilizaciones no voluntarias⁸⁰⁷. El Relator ha observado con suma preocupación los casos en que “se somete a tratamientos invasivos, irreversibles y no consentidos a pacientes que pertenecen a grupos marginados, como las personas con discapacidad, independientemente de las alegaciones de buenas intenciones o de necesidad médica que se puedan realizar”⁸⁰⁸. Lo referido es aplicable a los niños, niñas y adolescentes en instituciones residenciales y centros de acogimiento.

618. Los Estados también deben adoptar las medidas necesarias para facilitar el acceso de los niños indígenas, que se encuentran en instituciones, a unos servicios de salud respetuosos con la identidad cultural del niño y, en la medida de lo posible, planearse y organizarse a nivel comunitario y administrarse en cooperación con los pueblos interesados⁸⁰⁹. En relación a este aspecto, el Comité de los Derechos del Niño, ha considerado que:

[s]e debería tener especial cuidado de que los servicios de salud tengan en cuenta el contexto cultural y de que la información correspondiente esté disponible en los idiomas indígenas. (...) Los Estados partes deberían, además, prestar especial atención a las necesidades de los niños indígenas con discapacidades y velar por que los programas y políticas pertinentes tengan en cuenta el contexto cultural⁸¹⁰.

619. En relación al derecho al acceso a la información sobre la salud de los y las adolescentes, la Comisión ha precisado en su Informe sobre el “Acceso a la Información en Materia Reproductiva desde una Perspectiva de Derechos Humanos”⁸¹¹ la relevancia del respeto del acceso a la información en materia de salud sexual y reproductiva para los y las adolescentes, el cual comprende el deber de garantizarles información oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa en materia de salud sexual y reproductiva⁸¹². El

...continuación

la necesidad médica sigue obstaculizando la protección contra los maltratos arbitrarios en entornos de atención de la salud”, contrarios a las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, párrafos 34 y 35.

⁸⁰⁷ Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/HRC/22/53, de 1 de febrero de 2013, párrafo 80.

⁸⁰⁸ Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/HRC/22/53, de 1 de febrero de 2013, párrafos 32 y 64.

⁸⁰⁹ Convenio No. 169 de la OIT, artículo 25, párrafos 1 y 2.

⁸¹⁰ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 11, Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009, párrafo 51.

⁸¹¹ CIDH. *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 61, 22 noviembre 2011. En particular se pueden consultar los párrs. 32, 38, 48, 59, 60, 90, y 91; Asimismo puede consultarse, CIDH, Informe No. 21/07, Petición 161/02, Solución Amistosa, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto (México), 9 de marzo de 2007.

⁸¹² Esta temática también ha sido objeto de particular atención por parte del Comité de los Derechos del Niño a través de Comentarios Generales como de las Observaciones Finales a los Estados. En lo relativo a los Comentarios Generales puede consultarse, Comité de Derechos del Niño, Comentario General No. 4, La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/4, 21

Comité de los Derechos del Niño ha señalado también el derecho al acceso a la información y a servicios de salud sexual y reproductiva a los y las adolescentes en dos comentarios generales que interpretan los alcances del derecho a la salud reconocido en la Convención sobre los Derechos del niño⁸¹³. La Comisión y el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas encontraron que un problema estrechamente vinculado a este asunto son los altos índices de embarazos adolescentes en la región, y los riesgos que ello plantea para su salud e integridad personal. En este sentido, han destacado que el embarazo precoz presenta un conjunto de problemas para las adolescentes afectadas, entre ellos un mayor riesgo de abortos, en condiciones inseguras, la deserción escolar y el contagio de enfermedades de transmisión sexual que pueden ser evitadas⁸¹⁴. La Comisión ha destacado que el derecho al acceso a la información adquiere particular relevancia en el ámbito sexual y reproductivo al contribuir a que todas las personas estén en condiciones de tomar decisiones libres, fundamentadas y responsables pertinentes a su salud⁸¹⁵. En adición, la posible afectación a otros derechos, como la vida y la integridad personal, refuerza la importancia de que los Estados velen por el respeto y garantía de estos derechos. En esta línea, la Comisión estima que los y las adolescentes en instituciones residenciales no deben ver restringido su derecho al acceso a la información, en comparación con los y las

...continuación

de julio de 2003, párrs. 16, 20, 26, 28, 30, 31 y 35; Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 15, "The right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (article 24)", CRC/C/GC/15, de 14 de mayo de 2013, solo disponible en inglés a la fecha de conclusión del informe, en particular los párrs. 24, 31, 56, 59, 60 y 70. En relación a las Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño, en sus observaciones finales al Estado Peruano, correspondientes a los años 2000 y 2006, el Comité manifestó su preocupación por "la elevada tasa de embarazos precoces y por el número de adolescentes que fallecen por someterse a un aborto. Además, al Comité le preocupa la falta de servicios de salud sexual y reproductiva adecuados" y recomienda al Estado peruano que "garantice el acceso a los servicios de salud reproductiva a todos los adolescentes y lleve a cabo campañas de sensibilización para informar plenamente a los adolescentes sobre sus derechos en materia de salud sexual y reproductiva, y en particular sobre la prevención de las enfermedades de transmisión sexual y los embarazos precoces". Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre Perú, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención, CRC/C/PER/CO/3 14 de Marzo de 2006, 41º periodo de sesiones. Ver adicionalmente, Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General 24, La Mujer y la Salud, párrafo 28.

⁸¹³ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 15, "The right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (Article 24)", CRC/C/GC/15, de 14 de mayo de 2013, solo disponible en inglés a la fecha de conclusión del informe, párrs. 24, 31, 56, 59, 60 y 70.; y Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 4, "La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño", CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003, 33 periodo de sesiones, párrafos 26 y 28.

⁸¹⁴ Al respecto, la Comisión ha señalado anteriormente que el embarazo precoz plantea varios riesgos: además de los problemas de salud, un mayor riesgo de abortos, en condiciones inseguras, y de interrupción de la educación. La Comisión ha destacado que los Estados deben asegurarse de que los y las adolescentes tengan las condiciones para recibir información, entre otras cosas, acerca de los peligros de un embarazo precoz, de la planificación familiar y los contraceptivos, la prevención de infecciones venéreas, como el VIH/SIDA, y servicios adecuados para la salud sexual y reproductiva. CIDH. *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 61, 22 noviembre 2011, párrs. 32 y 38.

⁸¹⁵ CIDH. *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 61, 22 noviembre 2011.

adolescentes no institucionalizados, en particular aquellos que se hallan en instituciones de acogimiento religiosas que por su orientación pudieran restringir este derecho⁸¹⁶.

620. La Comisión coincide con el Comité de los Derechos del Niño⁸¹⁷ y con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en que los niños, niñas y adolescentes deben tener oportunidad de participar activamente en la planificación y programación de su propia salud:

[...] los Estados Partes deben proporcionar a los adolescentes un entorno seguro y propicio que les permita participar en la adopción de decisiones que afectan a su salud, adquirir experiencia, tener acceso a la información adecuada, recibir consejos y negociar sobre las cuestiones que afectan a su salud. El ejercicio del derecho a la salud de los adolescentes depende de una atención respetuosa de la salud de los jóvenes que tiene en cuenta la confidencialidad y la vida privada y prevé el establecimiento de servicios adecuados de salud sexual y reproductiva⁸¹⁸.

621. La Comisión toma nota de que en sus respuestas al cuestionario, los Estados mencionaron distintos mecanismos para garantizar el acceso a los servicios de salud de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en instituciones residenciales. En la mayoría de los casos se hace referencia a los servicios del sistema público de salud. En Costa Rica por ejemplo, según la respuesta al cuestionario, toda organización de modalidad residencial debe proporcionar un carnet de asegurado por la Caja Costarricense del Seguro Social, para que tenga acceso a cualquier servicio de salud que necesite, incluyendo servicios en especialidades médicas. En Perú, la normativa exige que los niños que ingresan en una institución de acogida sean registrados en el sistema de seguro médico; en un relevamiento reciente, la Defensoría del Pueblo constató un elevado grado de cumplimiento de esta obligación⁸¹⁹. En otros casos, como por ejemplo, en El Salvador o en Honduras, se ha informado a la Comisión que en las instituciones se encuentran disponibles médicos del Ministerio de Salud quienes proporcionan la atención a la población que se encuentra bajo una medida de acogimiento residencial; en el caso de que

⁸¹⁶ El carácter y perfil de las instituciones de acogimiento privadas varía por países, por ejemplo, en Brasil el 67,2% de las organizaciones privadas que tienen a su cargo instituciones de acogida son de orientación religiosa. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), Levantamento nacional de abrigos para crianças e adolescentes da rede SAC, 2003, página 2. El documento puede ser consultado en portugués en <http://www.mp.sp.gov.br/portal/pls/portal/docs/1/1665238.PDF>.

⁸¹⁷ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 99 y 100; Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 15, "The right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (article 24)", CRC/C/GC/15, de 14 de mayo de 2013, solo disponible en inglés a la fecha de conclusión del informe.

⁸¹⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párrafo 23.

⁸¹⁹ Defensoría del Pueblo del Estado de Perú, Informe Defensorial No. 150, El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia: la situación de los Centros de Atención Residencial estatales desde la mirada de la Defensoría del Pueblo, Lima, 2010, páginas 335 a 338.

se requiera una intervención con mayor especialidad, los niños son referidos a Centros de Salud externos. La Comisión observa con preocupación que en algunos Estados, como es el caso de Brasil, apenas un tercio (34,1%) de las instituciones residenciales que fueran relevadas en un estudio utilizaban los servicios de salud externos disponibles en las comunidades⁸²⁰.

622. La Comisión también ha sido informada de la existencia de dificultades de los sistemas de salud tales como en el acceso a turnos hospitalarios en tiempo y forma, la demora en la atención médica y en la provisión de medicamentos, la falta de especialistas en los centros de salud locales, y las limitaciones en la cobertura del seguro médico del sistema de salud frente a ciertas enfermedades, entre otras⁸²¹. En definitiva, las situaciones informadas son diversas no sólo entre los diferentes Estados sino también entre los centros de acogimiento y las instituciones residenciales en un mismo Estado.

623. En lo concerniente al consentimiento informado de los niños, niñas y adolescentes en los tratamientos de salud, pese a que la información disponible es muy escasa, la Comisión ha accedido a investigaciones que dan cuenta de incumplimientos de los estándares referidos. Por ejemplo, información recibida respecto de Argentina muestra que en la Ciudad de Buenos Aires en las instituciones relevadas por el Ministerio Público Tutelar, alrededor de un 40% de instituciones señalan que no cumplen con el principio del consentimiento informado⁸²².

624. Para garantizar el derecho a la salud de los niños que se encuentran en instituciones residenciales, los centros que los alojen deben asegurar el acceso a instalaciones médicas y sanitarias debidamente equipadas, con personal médico capacitado, y dando cuenta de los diferentes servicios especializados y especificidades en la atención que la población de la institución requiera. Es preciso asegurar la posibilidad de que los niños puedan acceder a los servicios disponibles en la comunidad, participar activamente de la planificación de su propia salud, dándose cumplimiento a las garantías establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente en lo relativo al consentimiento informado. Las instituciones deben llevar un registro de todo tratamiento médico y de los medicamentos que sean administrados a los niños. Asimismo,

⁸²⁰ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), Levantamento nacional de abrigos para crianças e adolescentes da rede SAC, 2003, página 13.

⁸²¹ Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires, La institucionalización de niños, niñas y adolescentes en la Ciudad de Buenos Aires, Documento de Trabajo No. 1, Abril 2010, p. 14. El documento puede ser consultado en http://asesoria.jusbaires.gob.ar/sites/default/files/DT%20N%C2%BA1_0.pdf; y ver Defensoría del Pueblo del Estado de Perú, Informe Defensorial No. 150, El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia: la situación de los Centros de Atención Residencial estatales desde la mirada de la Defensoría del Pueblo, Lima, 2010, página 338.

⁸²² "Puertas a Dentro. La Política de Institucionalización de niños, niñas y adolescentes en la Ciudad de Buenos Aires (2007-2011)", Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, páginas 48 a 50; en el mismo sentido ver Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires, La institucionalización de niños, niñas y adolescentes en la Ciudad de Buenos Aires, Informe del estado de situación, 2011.

debe asegurarse el acceso a servicios de salud mental que permitan atender adecuadamente las necesidades y requerimientos de los niños, niñas y adolescentes⁸²³.

4. Derecho a la alimentación

625. La Comisión ha expresado que en atención a que los niños son todavía sujetos en desarrollo, el derecho a la alimentación adecuada y suficiente adquiere una relevancia fundamental y los Estados tienen la obligación de garantizar este derecho a través de una regulación y supervisión adecuada del mismo en el contexto de los centros de acogimiento y de las instituciones residenciales⁸²⁴. En el caso de los niños muy pequeños, la importancia de una alimentación adaptada a su edad es crucial para asegurar su salud y desarrollo; una alimentación inadecuada o insuficiente puede comprometer incluso la vida del niño o acarrear graves daños irreversibles en su salud y su condición física y mental⁸²⁵.

626. En este sentido, la Comisión considera pertinente mencionar la existencia de normativa que confiere especial relevancia a la alimentación en los primeros años de vida, como es el caso de los artículos VII y XI de la Declaración Americana, y el artículo 15.3 del Protocolo de San Salvador, que en su literal b, dispone que los Estados se comprometen en especial a “garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar”, entre otras normas relevantes. En el ámbito de Naciones Unidas se registran resoluciones de la Organización Mundial de la Salud, referidas a criterios para mejorar la alimentación del lactante y del niño pequeño⁸²⁶.

627. Asimismo, la temática del derecho a la alimentación ha sido abordado por la Comisión tanto en términos generales, como en relación a determinados Estados o determinados grupos en forma específica, como es el caso de los niños pertenecientes a pueblos indígenas. También la Corte se ha pronunciado en relación a la importancia del derecho a la alimentación refiriéndose a la cantidad, variedad y calidad de los alimentos

⁸²³ Véase sobre la obligación de acceder a servicios de salud mental: CIDH, Informe No. 63/99, Caso 11.427. Víctor Rosario Congo. Ecuador, 13 de abril de 1999, párrafos 63-69.

⁸²⁴ Ver por ejemplo lo referido por la CIDH en relación a los niños privados de libertad, CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 469.

⁸²⁵ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006, 40º período de sesiones, párr. 27; Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 15, “The right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (article 24)”, CRC/C/GC/15, de 14 de mayo de 2013, solo disponible en inglés a la fecha de conclusión del informe, párrafo 45.

⁸²⁶ Organización Mundial de la Salud, Resolución 54.2 de la Asamblea Mundial de la Salud del año 2001. Disponible en http://www.who.int/nutrition/topics/WHA54.2_ivcn_sp.pdf ; Véase también: 55ª Asamblea Mundial de la Salud, WHA55.25, Punto 13.10 del orden del día 18 de mayo de 2002, Nutrición del lactante y del niño pequeño disponible en http://www.who.int/nutrition/topics/WHA55.25_ivcn_sp.pdf.

La Comisión específicamente ha tomado en cuenta el indicador de lactancia materna exclusiva hasta el cuarto mes y hasta el sexto mes, a la hora de proponer lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en las Américas (OEA/Ser.L/V/II.132, Doc. 14 rev. 1, 19 julio 2008).

como condición para asegurar que los niños y las niñas tengan las condiciones mínimas para una vida digna⁸²⁷.

628. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 24 establece que los Estados Partes deberán garantizar que todos los niños tengan acceso al más alto nivel posible de salud por medio, entre otros, de una nutrición adecuada. Por su parte el Comité de los Derechos del Niño ha expresado que “[l]a malnutrición y la enfermedad tienen repercusiones a largo plazo en la salud y el desarrollo físicos del niño. Afectan al estado mental del niño, inhiben el aprendizaje y la participación social y reducen sus perspectivas de realizar todo su potencial. Lo mismo puede decirse de la obesidad y los estilos de vida poco saludables”⁸²⁸.

629. De acuerdo a la directriz 83 de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños dispone que:

[l]os acogedores deberían velar por que los niños que tienen a su cargo reciban una alimentación sana y nutritiva en cantidad suficiente según los hábitos alimentarios locales y las normas alimentarias correspondientes y de acuerdo con las creencias religiosas del niño. Cuando sea necesario se aportarán también los suplementos nutricionales apropiados⁸²⁹.

630. Según la información recabada en el marco de la elaboración del presente informe, los Estados enfrentan dificultades para garantizar este derecho en el marco del funcionamiento de las instituciones residenciales de acogida. Una primera dificultad se relaciona con la ausencia de información de las autoridades en relación a las condiciones en las cuales se presta el cuidado en las instituciones, incluido el cuidado nutricional, especialmente en el caso de las instituciones privadas. Es así, que el Comité de los Derechos del Niño, ha expresado su preocupación por la ausencia de información sobre el funcionamiento en general de las instituciones, respecto de varios de los Estados de la región. Otra de las dificultades detectadas tiene que ver con la ausencia de estándares técnicos en relación al derecho a la alimentación, por ejemplo, en relación a la existencia de nutricionistas en las instituciones.

631. La Comisión considera importante reafirmar que los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en las instituciones tienen derecho a recibir con la regularidad adecuada a su edad alimentos nutritivos suficientes, adecuadamente preparados, servidos en forma higiénica, teniendo en cuenta sus requerimientos

⁸²⁷ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

⁸²⁸ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006, 40º período de sesiones, párr. 27.a).

⁸²⁹ Véase también la directriz 87 de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, que refiere a las necesidades específicas de nutrición y demás necesidades de los lactantes, los niños de corta edad y aquellos con necesidades especiales. En el mismo sentido las Reglas de La Habana, Regla 37.

alimentarios, religión y cultura, así como sus necesidades y deseos; además de recibir agua potable salubre idónea para ser consumida, en cantidad suficiente⁸³⁰.

5. Derecho a la educación y a la recreación

632. El acceso a una educación de calidad habilita al niño para el disfrute de otros derechos al facilitarle los conocimientos y las aptitudes y capacidades necesarias para ello, a la vez que le prepara para llevar una vida plena, satisfactoria y responsable en una sociedad libre⁸³¹. La Corte se ha referido al derecho a la educación de los niños en los siguientes términos:

[...] dentro de las medidas especiales de protección de los niños y entre los derechos reconocidos a éstos en el artículo 19 de la Convención Americana, figura de manera destacada el derecho a la educación, que favorece la posibilidad de gozar de una vida digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el menor y la propia sociedad⁸³².

633. Los niños, niñas y adolescentes sujetos a una medida especial de protección que implique su acogimiento en un centro de acogimiento o una institución residencial tienen reconocido su derecho a una educación de calidad como todo niño, debiéndose priorizar que la misma sea recibida en el marco de los servicios educativos de la comunidad, es decir en el sistema educativo formal, de tal modo que le permita al niño participar en las actividades educativas y recreativas junto con niños que no se encuentren en situación de institucionalización⁸³³. Según el Comité de los Derechos del Niño, la educación a que tiene derecho todo niño no se limita a transmitirle conocimientos técnicos sino que, además, le prepara para la vida cotidiana, fortalece sus habilidades sociales, y

⁸³⁰ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 15, "The right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (article 24)", CRC/C/GC/15, de 14 de mayo de 2013, solo disponible en inglés a la fecha de conclusión del informe, párr. 43; ver también Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General No. 12, on the right of adequate food, E/C.12/1999/5 de 12 de mayo de 1999.

⁸³¹ La Convención sobre los Derechos del Niño destina el artículo 28 a reconocer el derecho de los niños y niñas a la educación y el siguiente, el artículo 29, a indicar cuáles deben ser los objetivos y fines de la educación. En relación a los objetivos y fines de la educación ver también Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 1, Párrafo 1 del artículo 29; Propósitos de la Educación, CRC/GC/2001/1, 17 de abril de 2001.

⁸³² Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 84.

⁸³³ En un sentido similar se pronuncian las Reglas de La Habana en lo que se refiere al derecho a la educación de los niños internos en el contexto del sistema de justicia juvenil, así la regla 38 establece que: Todo menor en edad de escolaridad obligatoria tendrá derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades y destinada a prepararlo para su reinserción en la sociedad. Siempre que sea posible, esta enseñanza deberá impartirse fuera del establecimiento, en escuelas de la comunidad, y en todo caso, a cargo de maestros competentes, mediante programas integrados en el sistema de instrucción pública, a fin de que, cuando sean puestos en libertad, los menores puedan continuar sus estudios sin dificultad. La administración de los establecimientos deberá prestar especial atención a la enseñanza de los menores de origen extranjero o con necesidades culturales o étnicas particulares. Los menores analfabetos o que presenten problemas cognitivos o de aprendizaje tendrán derecho a enseñanza especial.

fomenta en el niño los valores de derechos humanos, del respeto y la convivencia⁸³⁴. Las actividades educativas y recreativas ayudan a que el niño interactúe con otros niños y cree lazos interpersonales indispensables para su vida. Por ello, en la medida de lo posible, y de que la ubicación de la institución lo permita, la educación del niño en su entorno habitual no debe interrumpirse, y así permitirle mantener su círculo de amigos y sus relaciones con personas externas a la institución. El mantenimiento y estabilidad de estas relaciones es básico para el proceso de revinculación familiar y reintegración social, una vez el niño egrese de la institución de acogida.

634. Los niños, niñas y adolescentes en centros o instituciones tienen además derecho al acceso a actividades recreativas, culturales y de ocio que contribuyan a su formación integral, en igualdad de condiciones que aquellos niños que no se encuentren en acogimiento residencial⁸³⁵. Las instalaciones de las instituciones residenciales deben estar habilitadas y tener espacios suficientes para permitir la recreación, el ocio, la cultura y el juego de los niños, niñas y adolescentes, además de adaptar estos espacios y las actividades a las diferentes edades de los niños y adolescentes⁸³⁶. Tal y como se señalara respecto de la educación, la Comisión entiende que la posibilidad de participar en actividades lúdicas y culturales en el seno de la comunidad es de vital importancia para mantener los vínculos del niño con su círculo cercano y su comunidad y promover su socialización con personas del exterior de la institución, entorno al cual el niño regresará en el futuro. En adición, para los niños provenientes de un determinado grupo con tradiciones, cultura o lengua propia, el acceso a la educación y a las actividades recreativas y culturales en el seno de su comunidad son cruciales para el mantenimiento de la cultura y la identidad.

635. Al respecto, las Directrices de las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, establecen que:

Los niños deberían tener acceso a la enseñanza escolar y extraescolar y a la formación profesional, en ejercicio de sus derechos y, hasta donde sea posible, en centros educativos de la comunidad local⁸³⁷.

⁸³⁴ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 1, Párrafo 1 del artículo 29; Propósitos de la Educación, CRC/GC/2001/1, 17 de abril de 2001, párrafo 2.

⁸³⁵ La Convención sobre los Derechos del niño reconoce los derechos del niño a la recreación, la cultura, el juego y el ocio en el artículo 31: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes. 2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento”. Adicionalmente, el Comité de los Derechos del Niño ha adoptado el Comentario General No. 17, “General comment No. 17 (2013) on the right of the child to rest, leisure, play, recreational activities, cultural life and the arts (art. 31)”, Adopted by the Committee at its sixty-second session (14 January – 1 February 2013). CRC/C/GC/17.

⁸³⁶ Por ejemplo, ver Reglas de la Habana, Regla 41.

⁸³⁷ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños. Adicionalmente, directriz 85.

[l]os acogedores deberían velar por el respeto del derecho de los niños, incluidos los niños con discapacidades, que viven con el VIH/SIDA o afectados por este o que tengan otras necesidades especiales, a desarrollarse mediante el juego y las actividades de esparcimiento y por que se creen oportunidades para tales actividades en el entorno de acogimiento y fuera de él. Deberían fomentarse y facilitarse los contactos con los niños y otras personas de la comunidad local⁸³⁸.

636. En adición a la escolarización formal obligatoria, la Comisión considera la importancia de garantizar a los niños, niñas y adolescentes programas de formación profesional y para el trabajo, en función de su edad, en particular cuando están próximos a la edad adulta y de abandonar la institución⁸³⁹. La formación profesional y preparación para el empleo integran las acciones que son propias de los planes individualizados que preparan al niño para su vida independiente a su egreso de la institución. La Comisión ya se ha referido a la preocupación de que los niños que egresan de las instituciones al cumplir la mayoría de edad tienen mayores posibilidades de verse en condiciones de especial vulnerabilidad en sus derechos y expuestos a formas de explotación si no pueden acceder a los medios mínimos de vida⁸⁴⁰.

637. Asimismo, los programas educativos y de formación deben respetar el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, así como las especificidades culturales y lingüísticas del niño. Por ejemplo, en el caso de niños pertenecientes a pueblos indígenas, entre otras características, los programas deben ser respetuosos de la lengua de estos niños, para lo cual deben contar con personal y material escrito adecuado⁸⁴¹.

⁸³⁸ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños. Adicionalmente, directriz 86.

⁸³⁹ Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, aprobadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990 (Reglas de La Habana), Reglas 38 a 48. Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, 44º período de sesiones, párrafo 89, "Todo menor en edad de escolaridad obligatoria tiene derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades y destinada a prepararlo para su reinserción en la sociedad. Además, siempre que sea posible, tiene derecho a recibir formación para ejercer una profesión que lo prepare para un futuro empleo".

⁸⁴⁰ Reglas de La Habana realizan recomendaciones similares respecto a los adolescentes en un centro de justicia juvenil, indicando lo siguiente: Regla 39. Deberá autorizarse y alentarse a los menores que hayan superado la edad de escolaridad obligatoria y que deseen continuar sus estudios a que lo hagan, y deberá hacerse todo lo posible por que tengan acceso a programas de enseñanza adecuados. Regla 42. Todo menor tendrá derecho a recibir formación para ejercer una profesión que lo prepare para un futuro empleo. Regla 45. Siempre que sea posible, deberá darse a los menores la oportunidad de realizar un trabajo remunerado, de ser posible en el ámbito de la comunidad local, que complemente la formación profesional impartida a fin de aumentar la posibilidad de que encuentren un empleo conveniente cuando se reintegren a sus comunidades. El tipo de trabajo deberá ser tal que proporcione una formación adecuada y útil para los menores después de su liberación. La organización y los métodos de trabajo que haya en los centros de detención deberán asemejarse lo más posible a los de trabajos similares en la comunidad, a fin de preparar a los menores para las condiciones laborales normales.

⁸⁴¹ Por ejemplo, en Perú, según los relevamientos realizados por la Defensoría del Pueblo en instituciones de protección, el 9,5% del total de los residentes se expresaban en una lengua materna distinta del castellano. Informe Defensorial No. 150, El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia: la situación de los Centros de Atención Residencial estatales desde la mirada de la Defensoría del Pueblo, Lima, 2010, página 238.

638. Los niños con discapacidad tienen derecho a que se les garantice el acceso a una educación adaptada que les permita la realización de su derecho, así como al acceso a la cultura, la recreación y a programas de formación profesional que sean accesibles y adaptados. El Comité de los Derechos del Niño se ha mostrado en diversas oportunidades preocupado por el hecho que los efectos de la discriminación basada en la discapacidad han sido particularmente graves en las esferas de la educación y formación profesional⁸⁴²; en adición, el Comité ha manifestado su preocupación por el ciclo de discriminación, marginación y segregación al que se ven expuestos los niños con alguna discapacidad:

“[I]a discriminación en la prestación de servicios los excluye de la educación (...). La falta de una educación y formación profesional apropiadas los discrimina negándoles oportunidades de trabajo en el futuro. El estigma social, los temores, la sobreprotección, las actitudes negativas, las ideas equivocadas y los prejuicios imperantes contra los niños con discapacidad siguen siendo fuertes en muchas comunidades y conducen a la marginación y alienación de los niños con discapacidad”⁸⁴³. Los niños, niñas y adolescentes con discapacidad que se encuentran en una institución residencial, si no se les garantiza su derecho a la educación adaptada y a una formación para una vida autónoma dentro de su comunidad, difícilmente podrán realizar su proyecto de vida y abandonar la institución.

639. Para ejercer plenamente su derecho a la educación, muchos niños con discapacidad frecuentemente necesitan de servicios especiales de educación o bien requieren de asistencia personal, en particular, maestros formados en las metodologías y los lenguajes apropiados para enseñar a los niños a través de estrategias docentes centradas en el niño y sus capacidades, con materiales docentes idóneos⁸⁴⁴. El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que la educación inclusiva debe ser, de modo general, el objetivo de la educación de los niños con discapacidad, y que la forma y los procedimientos de inclusión se verán determinados por las necesidades y requerimientos educacionales individuales del niño, ya que la educación de algunos niños con discapacidad requiere un tipo de apoyo del que no se dispone fácilmente en el sistema docente general⁸⁴⁵. Los niños con discapacidad tienen derecho a no quedar excluidos del sistema de educación general por motivos de discapacidad, así como a recibir el apoyo necesario dentro del sistema general de educación para facilitar su formación efectiva. Sin embargo, el grado de

⁸⁴² Comité de Derechos del Niño, Comentario General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, 43º período de sesiones, párrafo. 2.

⁸⁴³ Comité de Derechos del Niño, Comentario General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, 43º período de sesiones, párrafo 8.

⁸⁴⁴ Comité de Derechos del Niño, Comentario General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, 43º período de sesiones, párrafo 65.

⁸⁴⁵ Comité de Derechos del Niño, Comentario General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, 43º período de sesiones, párrafo 66.

inclusión dentro del sistema de educación general puede variar. En circunstancias en que no sea factible una educación plenamente inclusiva, deben mantenerse opciones que permitan al niño el acceso a una educación adaptada a sus necesidades de aprendizaje⁸⁴⁶. Las instituciones de acogimiento con niños con alguna discapacidad deberán garantizar el derecho de estos niños a una educación adecuada, intentando en la medida de lo posible que el niño pueda participar en el sistema educativo en la comunidad, así como en actividades recreativas, de ocio y culturales.

640. Según se informó a la Comisión en las respuestas al cuestionario sometido en el marco de este informe, un número importante de los niños que se encuentran en instituciones, acceden a programas educativos que funcionan dentro de las mismas instituciones. Además, la Comisión observa con suma preocupación el muy limitado acceso a la educación y al sistema educativo en la comunidad de los niños con discapacidad. En Brasil, algunos estudios dan cuenta de que más del 40% de los niños con discapacidad mental no concurren regularmente al sistema educativo formal⁸⁴⁷; este tipo de situaciones también han sido identificadas en Perú⁸⁴⁸. En lo referente al acceso al derecho a la educación para los niños en acogimiento, sin discapacidad, Estados como El Salvador informaron que en las instituciones se desarrollan programas educativos formales con modalidades flexibles a cargo del Ministerio de Educación y que, en las instituciones que no cuentan con estos programas los niños asisten a Centros Escolares de la comunidad o localidad donde reciben la educación formal. En Honduras, según se ha informado a la Comisión, los hogares de protección administrados por organizaciones no gubernamentales brindan educación en dos modalidades: externa, en los centros educativos más cercanos, e interna, a través del funcionamiento de una escuela dentro del propio centro. Situaciones similares han sido informadas respecto de las instituciones en Argentina, Nicaragua y Paraguay.

641. En otros casos, como en Costa Rica o Uruguay, se garantiza que todo niño ingresado en un centro de acogimiento o una institución residencial tenga el derecho de acudir a los establecimientos educativos cercanos al lugar de su residencia.

642. Entre las principales dificultades que han sido señaladas a la Comisión en relación al cumplimiento del derecho a la educación en el sistema general educativo, están las relativas a la imposibilidad de cumplir con algunos requisitos documentales que condicionan la inscripción de los niños a los centros educativos o su continuidad en los mismos, como: i) la falta de plazas vacantes, ii) que al momento de ingreso al centro haya comenzado ya el año lectivo y no se prevean mecanismos específicos para su integración, y iii) algunas situaciones en las cuales los niños han sido víctima de discriminación en el

⁸⁴⁶ Comité de Derechos del Niño, Comentario General No. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, 43º período de sesiones, párrafo 66.

⁸⁴⁷ Rizzini, Irene; Diniz de Menezes, Cristiane, *Crianças e adolescentes com deficiência mental no Brasil: um panorama da literatura e dos dados demográficos*, CIESPI: PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2010, página 67.

⁸⁴⁸ Mental Disability Rights International/Asociación Pro Derechos Humanos, *Derechos Humanos & Salud Mental en el Perú*, Lima, 2004. En el mismo sentido: Defensoría del Pueblo del Estado de Perú, Informe Defensorial No. 150, *El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia: la situación de los Centros de Atención Residencial estatales desde la mirada de la Defensoría del Pueblo*, Lima, 2010, página 345.

marco de los programas educativos que se desarrollan en la comunidad por provenir de instituciones de acogida⁸⁴⁹. La Comisión observa con mucha preocupación que, según algunos relevamientos realizados en Argentina⁸⁵⁰ y Perú⁸⁵¹, existan niños y niñas sin acceso a la educación formal.

643. En algunas respuestas se ha informado a la Comisión que en algunas instituciones se implementan programas de motivación a la familia de los niños para que se involucren en el proceso educativo, programas de refuerzo escolar, y preparación de exámenes para la posterior reincorporación a establecimientos educacionales. También se ha informado en algunos casos la existencia de programas de talleres vocacionales, programas de capacitación laboral y educación no formal. La Comisión considera que el desarrollo de muchos de estos programas y especialmente los programas de capacitación laboral son fundamentales a los efectos de que la intervención cumpla con el objetivo de preparar especialmente a los adolescentes para hacer frente de una manera positiva a los desafíos de la vida cotidiana y a su egreso de la institución.

644. La Comisión considera que los Estados deben asegurar que, salvo en casos excepcionales, los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en instituciones residenciales de acogida accedan a los centros educativos de la comunidad. En los casos en los que los niños accedan a programas educativos en la institución, la educación y la formación profesional impartidas deben ser reconocidas por el sistema general de educación y funcionar en estrecha coordinación con aquel.

⁸⁴⁹ Pueden consultarse algunas dificultades detectadas en el goce del derecho a la educación en, Defensoría del Pueblo del Estado de Perú, Informe Defensorial No. 150, El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia: la situación de los Centros de Atención Residencial estatales desde la mirada de la Defensoría del Pueblo, Lima, 2010, páginas 344 a 346; y, Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires, La institucionalización de niños, niñas y adolescentes en la Ciudad de Buenos Aires, Documento de Trabajo No. 1, Abril 2010, página 15.

⁸⁵⁰ "Puertas a Dentro. La Política de Institucionalización de niños, niñas y adolescentes en la Ciudad de Buenos Aires (2007-2011), Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, páginas 50 a 52.

⁸⁵¹ Defensoría del Pueblo del Estado de Perú, Informe Defensorial No. 150, El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia: la situación de los Centros de Atención Residencial estatales desde la mirada de la Defensoría del Pueblo, Lima, 2010, páginas 344 a 346.

VII CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A. **Fortalecimiento a las familias en sus funciones parentales. Los Estados tienen la obligación de apoyar a las familias. En este sentido, la CIDH recomienda a los Estados:**

1. Desarrollar el marco jurídico adecuado y crear la institucionalidad necesaria para fortalecer las capacidades de la familia como ámbito primario de protección y cuidado para el niño y la niña. En ese sentido, la Comisión subraya la importancia que los Estados tomen en consideración sus obligaciones relativas al deber de protección especial a los niños y las niñas.
2. Diseñar e implementar políticas públicas, programas y servicios de carácter universal y de carácter focalizado, orientados a favorecer de la manera más amplia posible el desarrollo y el fortalecimiento de las capacidades de las familias para cumplir adecuadamente con sus responsabilidades parentales, y garantizar así el derecho del niño a vivir y a ser cuidado y criado por su familia de origen.
3. Diseñar e implementar políticas, programas y servicios que permitan evaluar los resultados obtenidos en relación a los objetivos fijados por las políticas públicas. Lo anterior implica: disponer de datos e información completa y confiable para el diagnóstico y la planificación; fijar objetivos, resultados e indicadores claros que permitan un monitoreo medible; realizar una asignación adecuada y suficiente de recursos; establecer un marco temporal realista; realizar evaluaciones periódicas de tal modo que puedan introducirse las correcciones que fueran necesarias en la política, programas y servicios; llevar a cabo rendiciones públicas de cuentas; prever la participación ciudadana en el diseño, monitoreo y evaluación de las políticas públicas, programas y servicios; y, promover la transparencia activa y el acceso a la información de forma comprensible, entre otros.
4. Asegurar la coherencia, complementariedad e integralidad de las políticas, programas y servicios relacionados con niños y niñas, y garantizar las características de disponibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y calidad de los servicios.
5. Identificar y considerar adecuadamente los factores sociales, culturales y económicos que subyacen a las limitaciones de las capacidades de las familias para la crianza y el cuidado de los hijos. En particular, los Estados deben abordar, a través de políticas públicas adecuadas, las principales causas que motivan la adopción de una medida especial de protección que implica la separación del niño de su familia, entre ellas: i) las condiciones materiales de las familias para proveer al niño los cuidados y

atenciones básicas, ii) la violencia en el seno familiar, y iii) la renuncia a la guarda del niño y el abandono.

6. Adoptar aquellas medidas adecuadas que permitan a las familias conciliar las responsabilidades parentales y el cuidado de los hijos con la vida laboral. Entre estas medidas, considerar la existencia de servicios, como guarderías y escuelas de jornada completa, y garantizar el acceso de las familias a estos servicios en igualdad de condiciones.
7. Diseñar políticas, programas y servicios orientados a asegurar que todo niño tendrá acceso, en igualdad de oportunidades, a un nivel de vida adecuado para su desarrollo integral, así como para garantizar su derecho a vivir y ser criado en su familia de origen y a no ser separado de la misma por motivos exclusivamente materiales. La Comisión recomienda, entre otras medidas, introducir prestaciones o asistencia material directa a las familias expuestas a la pobreza, con el fin de asegurar un nivel de vida adecuado y digno para la familia y el niño.
8. Adoptar todas aquellas medidas necesarias para promover el cuidado y el apoyo de las personas con discapacidad en el contexto de su familia y comunidad, a través del acceso a servicios y programas de apoyo a la familia que permitan a estos niños llevar una vida con dignidad y autonomía, y evitar la institucionalización innecesaria.
9. Aprobar una disposición legal expresa que prohíba toda forma de violencia contra los niños, niñas y adolescentes. Adaptar el marco normativo, políticas, programas y servicios para proteger a los niños y las niñas frente a cualquier forma de violencia en el ámbito del hogar. A estos efectos, la Comisión recomienda a los Estados que redoblen sus esfuerzos para prohibir el castigo corporal y toda forma de violencia contra los niños, además de crear programas de orientación y formación a las familias en derechos de la niñez y en crianza positiva y sin violencia.
10. Crear programas y servicios de asesoría y apoyo a los futuros padres y madres, especialmente los y las adolescentes, con el fin de ofrecer la posibilidad a los progenitores de ejercer las funciones parentales en condiciones de dignidad y evitar que se vean inducidos a entregar en guarda o en adopción a su hijo a causa de su situación personal, presiones familiares, o debido a condiciones de vulnerabilidad o de discriminación que puedan enfrentar.
11. Desarrollar acciones para asegurar que las adolescentes embarazadas y las madres adolescentes cuenten con el apoyo necesario para continuar con sus estudios, y no se afecte negativamente su derecho a la educación.

12. Diseñar e implementar programas y servicios que informen y preparen a los y las adolescentes para que puedan adoptar decisiones fundamentadas con respecto a su salud sexual y reproductiva, y a asumir sus responsabilidades a este respecto.
13. Poner a disposición servicios de asesoría legal gratuita para los casos en que los progenitores manifiesten su voluntad de renunciar a sus derechos parentales, que informen sobre las consecuencias jurídicas de la decisión de renunciar a la guarda y cuidado del niño, además de información sobre programas y servicios de apoyo a las familias.
14. Garantizar que, ante situaciones en las cuales uno de los progenitores renuncie a sus derechos parentales, se realicen todos los esfuerzos que fueran razonables para intentar ubicar al otro progenitor, o a la familia extendida, a los efectos de constatar si existe de su parte la voluntad de mantener el vínculo filial, antes de proceder a decisiones temporales o permanentes en relación al cuidado del niño.

B. Regulación del acogimiento alternativo: familiar y residencial

1. Regular las diversas modalidades de acogimiento alternativo en base a los principios de necesidad, excepcionalidad y temporalidad, priorizando el acogimiento en la familia extendida del niño y, cuando ello no fuera posible o no estuviera en el interés del niño, en una familia de acogida. El acogimiento alternativo de carácter residencial debería tener carácter excepcional.
2. Identificar qué modalidad es la más adecuada para mantener a los hermanos unidos y evitar así una mayor ruptura de la vinculación familiar.
3. Adoptar las medidas necesarias, incluyendo las medidas presupuestales, para asegurar el funcionamiento adecuado de los distintos programas de acogimiento alternativo, que no impliquen institucionalización del niño, en todo el territorio nacional.
4. Identificar claramente en la regulación el objetivo de las medidas especiales de protección que impliquen la separación temporal de niño de su familia. Evitar que en la práctica se utilice el acogimiento alternativo familiar como una forma de eludir la normativa aplicable a las adopciones, como por ejemplo utilizándolos como acogimiento pre-adoptivo.
5. Diseñar estrategias para la identificación de los niños que se encuentran en acogimiento informal, a los efectos de garantizar que el niño reciba el cuidado y la atención necesarios para su desarrollo y bienestar, y no se encuentre expuesto a ninguna forma de abuso o explotación.

6. Asegurar el carácter excepcional de las medidas que impliquen el acogimiento de un niño en una modalidad de acogimiento alternativo de tipo residencial. Dicha medida debe ser aplicada exclusivamente cuando se acredite que sea la medida más idónea para el interés superior del niño, después de haber considerado otras alternativas, además de limitarse por el tiempo que fuera estrictamente necesario. A estos efectos, debe exigirse que se justifiquen de modo objetivo y razonado los motivos y circunstancias por las cuales se considera que es la mejor opción para el caso concreto.
7. Regular bajo la modalidad de acogimiento alternativo de carácter residencial el funcionamiento de centros de acogimiento que permitan una atención personalizada y de calidad a los niños. Los centros deberían tener preferiblemente un tamaño reducido y operar en una dinámica semejante a un ambiente familiar, promoviendo el contacto del niño con su entorno social.

C. Medidas tendientes a la desinstitucionalización: las grandes dimensiones de las instituciones y la alta concentración de niños en las mismas constituyen, generalmente, factores de riesgo para la protección de los niños y los expone a una violencia de carácter estructural, derivada de las condiciones mismas de cuidado en estas instituciones. Por tanto, la Comisión recomienda que los Estados:

1. Diseñen estrategias de desinstitucionalización de los niños que se encuentran acogidos en instituciones residenciales. Las estrategias de desinstitucionalización deben basarse en una adecuada planificación e ir acompañadas de un fortalecimiento de los programas y servicios de apoyo a las familias para propiciar la reintegración familiar en aquellos casos en que fuera posible, además del incremento de la oferta de modalidades alternativas de cuidado de carácter familiar para aquellos niños que requieran de cuidados alternativos. Como parte de esta estrategia, la Comisión recomienda promover un plan de sustitución progresiva de las instituciones residenciales de grandes dimensiones por los centros de acogimiento de menores dimensiones que permitan una atención individualizada y más acorde a los derechos del niño.
2. Actúen con especial diligencia frente a este contexto de violencia de carácter estructural en las instituciones de acogimiento. Las situaciones objeto de preocupación han sido documentadas, y los Estados deben actuar sin demora para tomar todas aquellas acciones necesarias a los efectos de revertir aquellas situaciones que generan un grave riesgo de serias violaciones a los derechos de los niños.
3. Eviten la institucionalización de niños muy pequeños, especialmente aquellos menores de tres años, con la excepción de algunas circunstancias como: cuando se lleva a cabo un acogimiento a corto plazo

para responder a una situación de emergencia; cuando esté prevista la reintegración familiar u otro acogimiento en un ámbito familiar en un período corto; o cuando existan grupos de hermanos a los efectos de mantenerlos juntos si no existiera una modalidad de acogimiento familiar disponible para ellos que les permitiera mantenerse unidos.

D. La toma de decisiones sobre cuidado alternativo: principios aplicables y garantías judiciales

1. La Comisión insta a que los Estados revisen la regulación y la aplicación de las causales que justifiquen la separación del niño de su familia, y recuerda que éstas deben estar contenidas en una norma de rango legal, tener un fin legítimo, ser objetivas, razonables y predecibles.
2. Los procedimientos para la determinación de una medida de cuidado alternativo deben ser llevados a cabo por la autoridad competente de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, con estricto respeto del debido proceso y las garantías procesales, y quedar sujeta a la revisión judicial. Los procedimientos que se sigan respecto del cuidado y la guarda del niño deben regirse por el principio de diligencia excepcional.
3. La ley debe prever expresamente la obligatoriedad de revisar periódicamente la medida de acogimiento alternativo, fijando un plazo breve para ello. La revisión de la medida de acogimiento debe ser llevada a cabo por la autoridad competente establecida por la ley, ser motivada de modo objetivo, y quedar sujeta a la revisión judicial.
4. El Estado debe implementar programas de formación para que autoridades administrativas y jueces, así como otras personas involucradas en la valoración y toma de decisión sobre el acogimiento alternativo de un niño, comprendan los efectos negativos que puede comportar la institucionalización para los niños, y los beneficios del mantenimiento de un niño en un ambiente familiar o similar al familiar.
5. La Comisión recomienda a los Estados que establezcan la intervención de los equipos técnicos multidisciplinarios en el proceso de evaluación de una situación de desprotección, así como en la determinación de la medida más idónea para el niño en cada caso concreto. El equipo multidisciplinario debe estar integrado por profesionales entrenados en la identificación de situaciones de desprotección para el niño y en la determinación de las medidas más idóneas para su cuidado. La evaluación del equipo multidisciplinario debe también exigirse en la revisión periódica de la medida de protección.
6. Las evaluaciones del equipo multidisciplinario deben realizarse por medio de la aplicación de criterios técnicos objetivos, para evitar

interpretaciones subjetivas o arbitrarias sobre la situación de desprotección del niño; el informe resultante de la evaluación debe contribuir a que la autoridad competente pueda tomar una decisión justificada y motivada.

7. El Estado debe garantizar la efectiva participación del niño en el procedimiento que se siga para la aplicación de una medida especial de protección que implique la separación de su familia, así como en su revisión, en un ambiente seguro, amigable, accesible y apropiado. La norma no debería fijar una edad mínima para considerar la participación de los niños en los procedimientos en los cuales se decida sobre sus derechos que limite sus posibilidades de participar y ser escuchado; adicionalmente, se debe proporcionar el apoyo necesario al niño para la adecuada comprensión del objeto del procedimiento y los posibles resultados del mismo. La norma debe prever que la opinión del niño se tomará oportunamente en consideración, en función de su edad y madurez, y que, en caso de que la autoridad en su decisión se aleje de la voluntad del niño, quede oportunamente acreditado cuál es el interés superior del niño que lo justifica.
8. El niño debe contar con representación y asistencia legal de calidad, gratuita y adaptada, en los procedimientos en los cuales se decida sobre la posible separación de sus progenitores por motivos de protección.
9. Los progenitores, representantes del niño y su familia, así como otras personas relevantes para el niño, deben participar en los procedimientos de protección que puedan dar lugar a la separación del niño de su familia.
10. Los principios de excepcionalidad, necesidad y temporalidad que deben regir la aplicación de las medidas especiales de protección que impliquen la separación del niño de su familia. El objetivo de la medida especial de protección es la preservación y la restitución de los derechos del niño, primordialmente el restablecimiento de la vida familiar en su familia de origen, en caso que ello no fuera contrario a los intereses del niño.

E. Recomendaciones específicas en relación al acogimiento residencial

1. Deber de regulación: Los Estados tienen la obligación de regular y supervisar, el funcionamiento de los centros de acogimiento alternativo de carácter residencial, públicos y privados. En ese sentido la Comisión recomienda:

- a. Garantizar que los principios generales de protección integral y de interés superior del niño inspiren toda legislación y toda política, programa o práctica respecto de los niños en el marco de una medida especial de protección que implique el acogimiento alternativo residencial.

- b. Asegurar que la regulación de los centros de acogimiento esté primordialmente orientada a garantizar la plena vigencia de los derechos de los niños y a responder al objetivo de las medidas especiales de protección, es decir, la restitución de derechos y la revinculación familiar, siempre que responda al interés superior del niño. La organización y el programa de intervención del centro deberán orientarse hacia este objetivo.

2. Habilitación, autorización de funcionamiento y registro administrativo: Los Estados tienen el deber de:

- a. Regular el procedimiento y los requisitos para la habilitación y autorización de establecimiento y funcionamiento de los centros de acogimiento de carácter residencial, tanto públicos como privados, así como su inscripción en el registro administrativo correspondiente. Los centros de acogimiento alternativo solo pueden operar con la autorización previa del Estado, cuando cumplan con los requisitos contenidos en la norma.
- b. Identificar a la autoridad encargada de conceder la habilitación y la autorización de funcionamiento. En base al principio de especialidad y profesionalización, la autoridad competente debe estar especializada en materia de derechos de la niñez y contar con el personal adecuado para llevar a cabo las evaluaciones, así como para realizar el control y la supervisión posteriores. Las evaluaciones deberán incluir una inspección directa “in situ” de las instalaciones, además de la revisión de la documentación requerida.
- c. Crear, cuando no exista, un registro específico para los centros de cuidado alternativo, en el cual deberán inscribirse todos los centros de cuidado alternativo de carácter residencial que operen en el territorio, y que cumplan con la normativa relativa a las condiciones para la habilitación y autorización de funcionamiento.
- d. Establecerse en la norma reguladora el plazo concreto de vigencia de la autorización de funcionamiento, el procedimiento de revisión de la autorización y los requisitos para la extensión de la misma. La norma debe establecer los supuestos por los cuales puede producirse la extinción de la autorización de funcionamiento. Cualquier cambio o modificación en las características del centro o en su funcionamiento deben ponerse inmediatamente en conocimiento de la autoridad competente.
- e. Revisar los sistemas de gestión y financiamiento de los centros de acogimiento y de las instituciones residenciales con el

objetivo de superar aquellos modelos que incentivan la retención innecesaria de niños en las instituciones.

3. Requisitos y procedimientos para el ingreso y el egreso en un centro de acogimiento

Los procedimientos para el ingreso y el egreso de los niños y niñas en estos centros deben estar establecidos por ley, con el objetivo que ningún niño sea ingresado en un centro de acogimiento sin que sea estrictamente necesario e idóneo, ni permanezca en el mismo por tiempo innecesario. De modo general, el ingreso de un niño privado de cuidados parentales en un centro de acogimiento debe responder a la aplicación de una medida de protección especial dictada por la autoridad competente, a menos que sea en una situación de emergencia, situación que deberá ponerse inmediatamente en conocimiento de la autoridad competente para su revisión. Al respecto la Comisión recomienda:

- a. Regular los requisitos que deben concurrir para que un centro o institución permitan el ingreso y el egreso de los niños, niñas y adolescentes, y el procedimiento para ello.
- b. Contemplar el tratamiento de los casos en que los niños fueran ingresados en las instituciones por los mismos progenitores o familiares, por no poder o no querer hacerse cargo de ellos; éstos casos deberán ser oportunamente puestos en conocimiento de la autoridad pública competente en materia de niñez a los efectos de que se pueda prestar apoyo a los padres a través de los servicios sociales existentes, o bien para analizar si existieran otros familiares que pudieran hacerse cargo del niño o, en su defecto, considerar qué medida de cuidado alternativo temporal o definitiva sería la más idónea para el niño, considerando su situación personal particular y su interés superior.
- c. Garantizar que las labores de los profesionales de los centros de acogimiento alternativo se orienten desde un inicio a crear las condiciones adecuadas para que el niño pueda dejar en el plazo más breve posible el centro de acogida.
- d. Regular claramente que en el momento en que concurren las circunstancias necesarias para el egreso del niño del centro, esta situación deba ser comunicada oportunamente a la autoridad competente, a los efectos de que ésta pueda declarar en su caso el cese de la medida especial de protección y el egreso del niño del centro residencial.
- e. Establecer la obligación que los centros e instituciones residenciales de cuidados alternativos dispongan de un registro

completo y actualizado de todos los niños y niñas que se encuentran en los mismos. El registro debe estar vinculado a expedientes detallados de cada uno de los niños y las niñas. Los Estados deben contar con la información totalmente actualizada de todos los niños y niñas que se encuentren bajo la tutela de un centro o institución residencial, público o privado.

4. Deber de supervisión, control y fiscalización

En lo relativo al deber de los Estados de supervisión, control y fiscalización de los centros de acogimiento residencial, públicos y privados, la Comisión recomienda específicamente lo siguiente:

- a. Establecer en la norma los mecanismos periódicos de supervisión y la autoridad competente especializada para realizar la supervisión y control de los centros de acogimiento.
- b. Establecer protocolos de visita que incluyan la forma en la cual las visitas de inspección se deben desarrollar, la periodicidad mínima de las inspecciones --las cuales deberían ser frecuentes, y preverse tanto visitas programadas como no anunciadas--, los elementos o aspectos objeto de inspección, además de establecerse que las mismas deberán llevarse a cabo respecto de la totalidad de los centros e instituciones en el territorio.
- c. Garantizar que la supervisión contemple, específicamente, las condiciones de funcionamiento de estos centros, la calidad de los servicios, y el cumplimiento de las medidas de protección hacia el niño, de acuerdo con los principios de derechos humanos aplicables.
- d. Asegurar que las inspecciones comprendan el encuentro con el personal del centro así como con los niños, niñas y adolescentes, y entrevistas con ellos en forma segura, reservada y confidencial. Deben incluirse también entrevistas con los progenitores de los niños acogidos.
- e. Regular la composición de los equipos de inspección asegurando que los mismos estén compuestos por profesionales de distintas disciplinas entrenados para ello y, específicamente, cuenten con un médico cualificado, capaz de evaluar el entorno físico, los servicios médicos y todos los demás aspectos que afectan a la salud física y mental de los niños, además de integrar a un psicólogo experto en psicología y comunicación infantil. Debería tomarse en consideración el componente de género en la composición del equipo de inspección, el aspecto lingüístico y

comunicacional, así como el elemento cultural cuando los niños acogidos pertenezcan a grupos étnicos.

- f. Dictar recomendaciones a los centros en caso de encontrarse irregularidades, con la fijación de un plazo determinado para su cumplimiento. Decretar el cierre del centro o la institución en caso de detectarse incumplimientos graves previstos en la normativa reguladora.

5. Mecanismos de supervisión independientes

En adición a los mecanismos de control y supervisión que realicen las autoridades administrativas, se establezca una supervisión periódica independiente. Los mecanismos de control independiente deben ser establecidos por ley y tener de forma clara facultades de inspección y control del modo más amplio posible. En ese sentido la Comisión recomienda:

- a. Conferir atribuciones de supervisión de las instituciones residenciales y los centros de acogimiento a las instituciones nacionales independientes de derechos humanos.
- b. Garantizar que los mecanismos de control independiente puedan en cualquier momento, y sin previo aviso, realizar una visita a los centros de acogimiento públicos y privados, sin restricciones de acceso a los mismos ni de contacto con los niños y con el personal, así como a los registros y expedientes. Además, otorgarles atribuciones adecuadas para realizar investigaciones sobre cualquier supuesta violación de los derechos de los niños en estos entornos, en virtud de denuncia o por iniciativa propia.
- c. Contemplar que las conclusiones de las acciones de supervisión y monitoreo realizadas por organismos independientes deben ser públicas y contar con un procedimiento para el seguimiento de sus recomendaciones.
- d. Exhortar a los Estados a ratificar el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas que crea el Sub-comité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes del Comité contra la Tortura, además de instar la creación del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura.

6. Mecanismos de queja, denuncia y peticiones

La legislación debe establecer mecanismos de queja, denuncia y peticiones que sean accesibles, seguros, confiables y efectivos para los niños que se encuentran en los centros de acogimiento e instituciones residenciales, públicos o privados. Al respecto la Comisión recomienda:

- a. Asegurar que todos los centros e instituciones cuenten con protocolos claros y bien divulgados sobre los mecanismos y procedimientos de queja y denuncia.
- b. Prever que estos mecanismos y procedimientos sean adaptados a las características de todos los niños, y que sean comprensible y accesibles para las diversas edades y grados de madurez, así como para los niños con discapacidad. Adicionalmente la información debe encontrarse en el idioma de los niños acogidos.
- c. Garantizar que en el ámbito de los centros y las instituciones se proporcione información y se eduque a los niños sobre sus derechos, en general, y se informe sobre los mecanismos de queja y denuncia existentes, en particular. De modo específico, al momento de ingresar al centro o a la institución, se le debe entregar al niño un documento que contenga sus derechos así como las normas de funcionamiento, los objetivos y la organización de la institución, las normas de conducta y convivencia, las normas disciplinarias y cualquier otro tipo de información relevante, en un lenguaje claro y comprensible.
- d. Asegurar que los niños conozcan y puedan dirigirse a una persona fácilmente accesible para ellos, con funciones para la tramitación de quejas, denuncias y peticiones, así como para prestarles asesoramiento sobre los derechos que les asisten y orientarles. Las personas responsables de conocer y tramitar las quejas, denuncias y peticiones de los niños deben estar especialmente entrenadas y capacitadas en materia de derechos de la niñez, así como para la tramitación de este tipo de procedimientos.
- e. Establecer la obligación de parte del personal de los centros e instituciones de notificar los casos y las circunstancias que lleguen a su conocimiento que puedan suponer una vulneración a los derechos de los niños en el marco de la atención que reciben en el centro o la institución; además, deben regularse las sanciones adecuadas, de carácter disciplinario o de otra índole, si se comprueba el incumplimiento de esta obligación de parte de los funcionarios.

- f. Prever la obligatoriedad de parte de la institución o el centro de acogimiento de registrar todas las comunicaciones, quejas o denuncias. El registro de las comunicaciones, quejas y denuncias debe ser accesibles a las autoridades públicas responsables de la supervisión del centro, así como poder ser revisado por los mecanismos de control independiente. El registro deberá incluir el curso de acción tomado para atender adecuadamente las quejas y comunicaciones, además de contener el resultado de las acciones emprendidas.
- g. Establecer que la resolución que se adopte frente a la queja deberá ser fundamentada además de prever la posibilidad de que pueda recurrirse dicha resolución ante una autoridad independiente e imparcial. Debe garantizarse el acceso efectivo del niño a la justicia. En cualquier caso, las denuncias, quejas o peticiones presentadas por los niños deben ser tomadas en cuenta de forma seria y rigurosa; el examen de cualquier denuncia o queja debe ser obligatorio.
- h. Introducir mecanismos de queja y denuncia de carácter externo e independientes, como las líneas telefónicas gratuitas de atención las 24 horas.
- i. Garantizar que la posibilidad de presentar quejas o denuncias sea amplia, y no quede restringida a determinadas personas o a determinadas temáticas. Por ejemplo, los miembros de la familia del niño, organizaciones de la sociedad civil, así como toda otra persona que tome conocimiento de una situación que lo amerite, deben poder presentar una queja o denuncia. Establecer la posibilidad de que se puedan presentar quejas y peticiones en forma anónima.
- j. Tomar oportunamente en consideración la privacidad del niño y el carácter confidencial de algunas de las comunicaciones. El niño debe ser informado sobre el alcance y los límites de la confidencialidad cada vez que exprese una queja.
- k. Asegurar que el niño no será sujeto a represalias, castigo o trato discriminatorio, con motivo de haber presentado una queja, denuncia o petición; del mismo modo, deberá velarse para no revictimizar al niño en el marco del procedimiento de investigación de la queja o denuncia. La seguridad del niño y la garantía de su interés superior deben primar, y de ser necesario, deberá procederse al traslado del niño para ubicarlo en un lugar distinto al centro o la institución.

- I. Contemplar la obligación de que la tramitación de las quejas o denuncias sea realizada de forma expedita y llevarse a cabo con la debida diligencia. Adicionalmente, deberán determinarse las responsabilidades penales, civiles o administrativas, según sea procedente. Deberá informarse al niño sin demora de la respuesta a su solicitud y la tramitación de su queja, denuncia o petición, así como de su resultado. Cuando se compruebe que se han violado los derechos, debe existir una reparación apropiada, incluyendo una indemnización, y, cuando sea necesario, la adopción de medidas para promover la recuperación física y psicológica, la rehabilitación y la reintegración.

7. Deber de prevención, investigación, sanción y reparación

Adoptar las medidas necesarias para asegurar la prevención, investigación, sanción y reparación frente a la violación de derechos en cualquier centro de acogimiento alternativo e instituciones residenciales. A estos efectos, la Comisión recomienda a los Estados:

- a. Establecer la obligación de las autoridades públicas de actuar de oficio para prevenir, investigar, procesar, sancionar y reparar cualquier violación a los derechos humanos de los niños que se encuentren en acogimiento alternativo. En ese sentido, establecer la obligación de las autoridades públicas de iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva cuando tenga conocimiento de que se haya producido una presunta vulneración a los derechos del niño en un centro o institución; esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y estar orientada a la determinación de la verdad y a la investigación, enjuiciamiento y castigo de los responsables.
- b. Prever en la normativa el deber de poner en conocimiento de las autoridades públicas las violaciones al derecho a la vida y a la integridad personal de los niños que ocurran en el ámbito de las instituciones residenciales, o cualquier otra violación a sus derechos.
- c. Considerar adecuadamente el interés superior del niño en los procedimientos de investigación, en particular la necesidad de no someter al niño a un procedimiento revictimizante o que exponga su seguridad; con este fin, debe recabarse la opinión del niño y tenerla debidamente en cuenta. Las diligencias vinculadas a las investigaciones deberán estar a cargo de profesionales cualificados que hayan recibido una formación amplia y específica para ello.

- d. Establecer en la legislación sanciones apropiadas, de carácter administrativo, civil y/o penal, tomando en consideración la gravedad del hecho. Adicionalmente, los Estados deberán orientar su accionar a evitar la repetición de los hechos denunciados lo cual puede implicar la adopción de medidas administrativas en relación al centro o la institución, además de llevar a cabo una supervisión posterior adecuada.
- e. Procurar el restablecimiento del derecho conculcado y la reparación por los daños producidos. La Comisión destaca la obligación de que se aseguren las medidas de recuperación y rehabilitación idóneas y necesarias para el niño que ha sido víctima de violencia o de cualquier otra vulneración a sus derechos.

8. Estándares mínimos de funcionamiento

La Comisión insta a los Estados de la región que aún no lo hubieran hecho a que, a la mayor brevedad, regulen los criterios, los requisitos y los estándares mínimos de funcionamiento de los centros de acogida de carácter residencial de conformidad con los estándares previstos en las normas del derecho internacional de los derechos humanos y en atención al objetivo de protección y restitución de derechos del niño. Los requisitos y estándares mínimos de funcionamiento deben ser aplicables tanto a los establecimientos públicos como privados. Al respecto la Comisión recomienda:

- a. Considerar en la regulación al menos los siguientes aspectos: i) el tipo y las características de las instalaciones y equipamientos, ii) los estándares del acogimiento, iii) la contratación del personal, iv) el programa de atención y los objetivos que rigen el funcionamiento del centro, v) en el caso de los centros especializados, incluir las características de los servicios adicionales que este tipo de centros deben disponer, como por ejemplo atención médico-psiquiátrica, u otra que requiera de una autorización especial, y, vi) los registros, expedientes, libros de contabilidad y otra documentación que debe llevar cada una de los centros habilitados.
- b. Tomar en consideración, de forma destacada, el objetivo de la protección y la restitución de derechos que tienen las medidas especiales de protección al momento de regular los criterios y estándares de funcionamiento y prestación del servicio de los centros de acogimiento.
- c. Requerir a todos los centros de acogimiento la elaboración de su programa de intervención, documento en el cual deberán quedar explicitados los criterios teóricos y prácticos de la

actuación del centro, y las propuestas y metodologías de intervención.

- d. Garantizar que los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en un centro de acogimiento no verán restringido de forma injustificada el ejercicio de sus derechos, con excepción de aquellas limitaciones o restricciones que sean las estrictamente necesarias para garantizar la protección y la seguridad del niño, niña o adolescente. La Comisión entiende que el funcionamiento de una institución en un régimen cerrado, que restrinja innecesariamente el contacto de los niños internados con el exterior, es una circunstancia que no es acorde con los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, incluidos, entre otros, el derecho a mantener vínculos con su familia, al desarrollo integral de su personalidad, el derecho a la identidad y el derecho a la libertad personal.
- e. El régimen de visitas y salidas del niño de la institución debe adaptarse a las circunstancias y condiciones personales de cada niño, después de una oportuna evaluación individualizada del niño y su entorno, respondiendo a su interés superior y bienestar, y a las particulares necesidades de protección y cuidados que pueda tener, además de considerar la opinión del niño.
- f. Asegurar que el espacio físico de las instituciones y su tamaño estén orientados a garantizar condiciones de protección, seguridad, salubridad y de privacidad compatibles con la protección de los derechos de los niños, además de permitir el ejercicio de sus derechos y la realización de actividades propias de su edad. Dotar a los centros de los equipamientos y de los recursos técnicos, financieros y humanos suficientes. El cumplimiento estricto de estos requisitos debe ser tenido en cuenta por los Estados al momento de conferirle a la institución su habilitación, y en el marco de las revisiones posteriores.
- g. Asegurar que las instituciones residenciales dispongan de espacios separados, como por ejemplo dormitorios, servicios higiénicos, entre otros, para los diversos grupos de niños, niñas y adolescentes, a la vez que de espacios colectivos para la socialización y la convivencia conjunta bajo la adecuada supervisión del personal de la institución. Los espacios para el personal de la institución deben estar claramente delimitados y separados de los de los niños.
- h. Contemplar que las instalaciones se encuentren perfectamente adaptadas a las características de la población atendida, y el

personal cuente con la formación y la experiencia adecuada, teniendo especialmente en consideración la situación de los niños más vulnerables, como los niños con discapacidad, con alguna condición médica o requerimiento especial, y los niños pequeños.

- i. La Comisión recomienda que los centros de acogimiento residencial sean de unas dimensiones tales que permitan una atención individualizada, y estar organizados en función de los derechos y las necesidades del niño, en un entorno lo más semejante posible al de una familia, en un grupo reducido. Su objetivo debería ser, en general, dar temporalmente acogida al niño y contribuir activamente a su reintegración familiar.
- j. Determinar el número máximo de niños y niñas que pueden ser atendidos en este tipo de centros, siendo recomendable que el número sea el menor posible. En todos los casos, los centros no deben superar su capacidad instalada y deben alojar un número razonable de niños de acuerdo con sus dimensiones, evitando alcanzar condiciones de hacinamiento, y observando condiciones que permitan el respeto de la privacidad de los niños.
- k. Garantizar que los centros de acogimiento alternativo se encuentren localizados de tal modo que se asegure la cercanía del niño al lugar de su residencia habitual, a su familia y a su comunidad. La cercanía es esencial a los efectos de asegurar de manera efectiva el mantenimiento de la vinculación familiar y evitar que se interrumpan los lazos y las conexiones del niño con su entorno y comunidad, además de contribuir a promover la reintegración del niño a su familia cuando se den las condiciones para ello. En el caso de los niños indígenas, o pertenecientes a otros grupos, debe garantizarse que podrán mantener su identidad cultural y el contacto con su comunidad.
- l. Asegurar que las instalaciones de los centros de acogimiento alternativo estén situadas en lugares que tengan en cuenta el fácil acceso a medios de transporte y a los servicios de educación, salud, ocio, recreación y cultura, así como al empleo, dependiendo de la edad del adolescente.
- m. Garantizar a los niños un entorno estable y satisfacer su necesidad básica de un vínculo continuo y seguro con su ámbito de acogimiento y con las personas directamente responsables de su cuidado, evitando los traslados innecesarios o motivados en razones meramente administrativas.

- n. Regular en la norma la obligatoriedad que se abra un expediente y se elabore un plan individualizado de atención para cada niño que ingresa al centro o a la institución. Los expedientes de los niños deben ser completos, actualizados, confidenciales y seguros. En el expediente del niño debe hacerse constar la información sobre su familia, así como incluir las evaluaciones y los informes completos que fueron practicados al inicio de la medida de protección, además de las evaluaciones periódicas de seguimiento, siendo un componente destacado del expediente el plan individual de cuidado del niño.
- o. Establecer que los informes médicos, psicológicos, así como la existencia de cualquier tipo de tratamiento y su evolución, deben constar en el expediente del niño, así como la información relativa a su educación y formación. Este expediente debe acompañar al niño durante todo el período de acogimiento alternativo y ser consultado por los profesionales debidamente habilitados encargados en cada momento de su cuidado.
- p. Contemplar en la norma el objetivo que debe tener el plan individualizado de atención, sus contenidos mínimos, y la necesidad de su actualización periódica. El plan individualizado debe recoger toda aquella información relevante que permita a los profesionales a cargo del niño tomar decisiones adecuadas e informadas para su cuidado, además de quedar oportunamente registradas todas las acciones que se realicen en relación al niño. El plan no se circunscribe al niño y a sus cuidados, sino que debe incluir todos aquellos aspectos relativos al proceso de revinculación con su familia, como por ejemplo, las evaluaciones que en ese sentido se realicen a la familia y al entorno del niño, las intervenciones llevadas a cabo con la familia y las recomendaciones para el curso de acción a tomar con la familia y el niño. El niño y su familia deben ser partícipes de la planificación de este proceso, a menos que fuera contrario al interés del niño.
- q. Establecer la obligatoriedad de que en las revisiones periódicas de la medida especial de protección, que debe llevar a cabo la autoridad competente, se tome en debida consideración el plan individualizado del niño como parte de la información relevante para la correspondiente evaluación de las circunstancias actuales del niño y la familia, a los efectos de tomar la decisión sobre el mantenimiento, la modificación o el cese de la medida especial de protección.

- r. Regular los criterios básicos relativos al personal y su contratación que deban ser exigidos a los centros e instituciones, públicos y privados. La regulación debería contener como mínimo: i) la ratio de profesionales por niño), ii) los perfiles profesionales, iii) las funciones básicas que deben desempeñar los diversos profesionales, y, iv) las calificaciones y conocimientos exigidos.
- s. Garantizar que en los procesos de selección y contratación se tomen en consideración las referencias y antecedentes profesionales de los candidatos, muy especialmente de quienes tengan contacto directo con los niños, niñas y adolescentes, a los efectos de descartar la existencia de antecedentes por casos de abuso, negligencia o cualquier otra forma de violencia o vulneración a los derechos de los niños.
- t. Velar por que las condiciones laborales y la remuneración del personal que trabaja en las instituciones y los centros de acogimiento guarden relación con sus responsabilidades y fomentar así al máximo la vinculación y el mantenimiento de personal idóneo y capacitado.
- u. Considerar la existencia y disponibilidad de planes de capacitación y cursos de formación profesional continuada para las personas que se desempeñan en los centros e instituciones. Instrumentar los medios adecuados para que, en la medida de lo posible, esta formación sea adecuadamente reconocida.
- v. Regularse códigos de conducta para el personal que trabaje en los centros de acogimiento y las instituciones residenciales. Esta normativa debe definir los estándares de conducta laboral y la forma en como todo el personal debe conformar su actuar y el trato hacia los niños. Incluir procedimientos claros para la presentación de denuncias e informes sobre la conducta impropia del personal. Es especialmente conveniente prever los procedimientos a seguir en los casos de violencia o abuso en los centros o las instituciones.
- w. Garantizar la separación de los niños y las niñas respecto de los adultos, así como una adecuada ubicación de los propios niños, niñas y adolescentes en el interior de las instalaciones del centro, que tenga debidamente en cuenta las edades, el sexo, las necesidades y requerimientos de tratamiento, y otras condiciones relevantes de los diversos niños, niñas y adolescentes. La Comisión también se ha referido a la inadmisibilidad de situaciones en las cuales se encuentren compartiendo instalaciones niños y adolescentes en conflicto

con la ley penal conjuntamente con niños y adolescentes con necesidades de protección y cuidado.

- x. Regularse mecanismos y procedimientos adaptados y efectivos para asegurar que la opinión de los niños sobre la organización y la forma de prestación de los servicios en el marco del centro o la institución sea escuchada y se tengan debidamente en cuenta.
- y. Diseñar e implementar en el marco de los centros y las instituciones, planes para la prevención de la violencia que den cuenta de las diferentes vulnerabilidades de los niños, y que incluyan la formación sistemática y continua del personal que trabaja en las mismas. Entre otras medidas de prevención, la Comisión recomienda establecer en la normativa la obligación realizar un examen médico inicial cuando los niños llegan a las instituciones, así como de llevar un registro de las enfermedades, lesiones, y accidentes ocurridos a los niños durante todo el periodo de cuidado institucional.

9. Sistemas disciplinarios y uso de la fuerza

En lo relativo a la regulación de los sistemas disciplinarios, la Comisión parte de la comprensión de que las normas de comportamiento, convivencia y disciplina aplicadas en los centros y las instituciones de acogida deben tener un carácter positivo y constructivo. La disciplina debe ser siempre administrada de forma respetuosa y consistente con los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, su dignidad e integridad personal. En adición, la Comisión recomienda:

- a. Prohibir todas las medidas disciplinarias que impliquen violencia, tratos crueles, inhumanos o degradantes, o cualquier forma de perjuicio o abuso físico o mental, como los castigos corporales o humillantes, la reclusión en una celda oscura, la pena de aislamiento solitario, la coerción e inmovilización como forma de sanción, la reducción de alimentos, la restricción o denegación del contacto del niño con sus familiares, o cualquier otra medida que ponga en riesgo la integridad personal o la salud física o mental del niño, su derecho a la educación o a mantener contactos con su familia. También deben estar expresamente prohibidas las medidas disciplinarias colectivas y las sanciones múltiples por la misma infracción.
- b. Exigir, a través de la legislación estatal en materia de regulación del funcionamiento de las instituciones y centros de acogimiento, que estos establecimientos adopten sus normas disciplinarias con estricta concordancia y respeto a la ley y a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. Esta

regulación debe constar por escrito, encontrarse desplegada en lugares visibles del centro, y estar disponibles en un lenguaje adecuado a los niños para garantizar que todos la conocen y comprenden. Una copia de la regulación disciplinaria debería ser entregada a cada niño a su llegada al centro. Los niños acusados de cometer infracciones disciplinarias deben ser informados sin demora y de forma comprensible sobre qué infracción a la disciplina se les acusa de haber cometido y la sanción aplicable.

- c. En general, para la Comisión, las medidas disciplinarias y sus procedimientos de aplicación estarán justificadas mientras estén previstas en la regulación, persigan un fin legítimo conforme al interés superior del niño y a los objetivos de las medidas especiales de protección, además de ser idóneas, necesarias y proporcionales, y respetar estrictamente los derechos humanos. En lo relativo a los fines legítimos de las medidas disciplinarias, la Comisión entiende que se fundan en el mantenimiento del orden y la seguridad en los centros, y que tienen un carácter excepcional.
- d. Considerar la formación y capacitación del personal en derechos humanos y los límites de las medidas disciplinarias y del uso de la fuerza, además de asegurar que posean las habilidades necesarias para manejar las tensiones y los conflictos interpersonales que se puedan generar, sin necesidad de recurrir a las sanciones disciplinarias.
- e. Prohibir el uso de la fuerza, la coerción u otras medidas de control sobre el niño, excepto que las mismas sean estrictamente necesarias para salvaguardar la integridad física o psicológica del niño, o de otras personas, y se apliquen cuando otras medidas no fueran posibles, de conformidad con la ley, de manera razonable, proporcionada y respetando los derechos fundamentales del niño. La ley deberá regular el uso de la fuerza en las instituciones y los centros de acogimiento, de acuerdo a los principios de excepcionalidad y del uso mínimo necesario, y por el menor tiempo posible, cuando ello sea estrictamente necesario para la protección del niño u otras personas. Excluir, sin excepciones, el uso deliberado y punitivo de la fuerza para provocar dolor o humillación como forma de control. El uso legítimo de la coerción o la fuerza, inclusive la coerción física, mecánica y médica, deberá ser objeto de la supervisión directa de un especialista en medicina o psicología. Nunca se hará uso de esos medios como castigo.
- f. Prohibir, de modo general, el uso de medicamentos psiquiátricos a los niños que se encuentran en las instituciones y los centros

cuando no exista un diagnóstico de patologías psiquiátricas o padecimientos psíquicos complejos que justifiquen un tratamiento médico con estos fármacos. El suministro de fármacos que no se derive de un tratamiento terapéutico, sino como forma de control y sumisión del niño, es contrario al derecho a la integridad personal, la salud y la dignidad de los niños.

- g. Prohibir el confinamiento o aislamiento solitario en niños, niñas y adolescentes, ya sea como sanción disciplinaria o como una denominada “forma de protección” para el niño. La Comisión distingue el uso excepcional y justificado de formas de control sobre el niño, bajo los parámetros ya referidos, del confinamiento o aislamiento solitario.
- h. Difundir ampliamente, entre los niños y entre las personas que trabajan con los niños, la prohibición de todos los castigos crueles, inhumanos, humillantes y degradantes, así como las sanciones que puedan imponerse a los funcionarios en caso de violación a estas prescripciones.
- i. Mantener registros de las medidas disciplinarias aplicadas, en los que conste la identidad del niño, la sanción adoptada, la duración de la misma y la autoridad/funcionario que la ordenó. Además, en cumplimiento de la obligación de supervisión, tanto las regulaciones relativas al régimen disciplinario en las instituciones, como la práctica de su aplicación, deben ser periódicamente revisadas por autoridades superiores que evalúen de forma objetiva su idoneidad, efectividad, e identifiquen posibles patrones de abusos o arbitrariedades en su aplicación.

10. Sistemas de producción y análisis de información

Los Estados deben fortalecer la producción de información sobre los sistemas de protección y específicamente en relación al funcionamiento de las instituciones residenciales y los centros de acogimiento, con miras a evaluar el grado de cumplimiento de la normativa, mejorar la prestación del servicio, y formular políticas públicas más eficaces en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Los sistemas de producción de información deben prever la participación de los niños, niñas y adolescentes, respetando el derecho a la privacidad de los niños. Estos sistemas también han de permitir a los Estados evaluar la eficacia de las políticas de protección a la familia, el análisis de las causas que motivan las decisiones de separación del niño de su familia, la disponibilidad y utilización de diversas modalidades de acogimiento, y el éxito de las acciones de revinculación familiar u otras medidas que supongan una solución permanente para el niño.

F. Deber de respeto y garantía de los derechos

Los Estados deben garantizar todos los derechos humanos de los niños que se encuentren en instituciones residenciales y centros de acogimiento, así como el trato digno, además de tomar en cuenta de forma específica la situación de determinados grupos de niños en atención a sus requerimientos especiales o a la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentren. A esos fines, la Comisión recomienda especialmente lo siguiente:

1. Adoptar las medidas necesarias para respetar la identidad cultural de los niños indígenas y de otros grupos étnicos, en particular posibilitar el acceso a servicios de salud y educación respetuosos con la identidad cultural del niño y, en la medida de lo posible, planearse y organizarse a nivel comunitario y administrarse en cooperación con los pueblos interesados.
2. Garantizar la posibilidad de que los niños que residen en centros o instituciones accedan a los servicios educativos, de salud, recreativos, culturales, de formación ocupacional, y de otra índole, en el ámbito de su comunidad, a menos que de modo justificado para cada caso se determine que no está en el interés del niño.
3. Introducir en la legislación reguladora de las instituciones residenciales el deber de respeto y garantía a la autonomía personal del niño en la toma de decisiones que le afecten y en ejercicio de sus derechos, en consideración a su edad y grado de madurez. Así, deberá respetarse que los niños tengan la posibilidad de tomar decisiones informadas, teniendo en cuenta los riesgos aceptables, la edad y madurez del niño, de un modo similar a lo que sucede con los niños que viven con sus familias.
4. Garantizar a los niños con discapacidad el pleno goce de todos sus derechos. En particular, prever las medidas necesarias para garantizar que los niños con alguna discapacidad, en particular mental e intelectual, no sean sujetos a mayores restricciones a su derecho a la libertad personal que otros niños bajo una medida de protección, a menos que ello encuentre una justificación basada en su protección e interés superior.
5. Los niños con discapacidad tienen derecho a que se les garantice el acceso a una educación adaptada e inclusiva que les permita la realización de su derecho, así como al acceso a la cultura, la recreación y a programas de formación profesional que sean accesibles y adaptados.
6. Garantizar el acceso a un servicio de salud de calidad, adaptado a las necesidades y requerimientos particulares de los niños, niñas y adolescentes, en función a su edad, discapacidad, enfermedad o

condición médica, u otro requerimiento especial. Cuando un niño se encuentre enfermo, se queje de enfermedad o presente síntomas físicos, mentales, sensoriales o intelectuales, deberá ser examinado rápidamente por un profesional médico.

7. Asegurar que las instituciones que acojan a niños con una medida especial de protección que requiera de una atención especializada, como por ejemplo la asistencia y rehabilitación física y psico-social de los niños que han sido víctimas de violencia, deben contar con el acceso a programas adecuados a los efectos de proporcionar este tipo de atención especializada requerida.
8. Prohibir que los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en instituciones residenciales o centros de acogimiento sean sometidos a tratamientos médicos de carácter invasivo e irreversible que carezcan de finalidad terapéutica, así como a experimentos médicos o a tratamientos que no tengan el respaldo científico y médico necesario. El principio del interés superior del niño debe regir en todas las decisiones que se adopten en relación a la salud del niño, después de haber escuchado la opinión del propio niño y tomado en consideración la misma, en función de su edad y madurez.
9. Respetar y garantizar adecuadamente el derecho del niño a participar en la planificación de su salud, en particular garantizar el acceso a la información y el derecho al consentimiento informado, de manera acorde a la edad y la madurez del niño. La Comisión recomienda que los Estados elaboren procedimientos y criterios para proveer de lineamientos claros al personal médico y de la salud para una correcta práctica que sea respetuosa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

ANEXO



INTER - AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS
 COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
 COMMISSION INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME



CUESTIONARIO

INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES QUE SE ENCUENTRAN EN INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN Y CUIDADO EN LAS AMÉRICAS

INTRODUCCIÓN

El presente cuestionario ha sido preparado como parte del Plan de Trabajo de la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión o la CIDH) en cooperación con la oficina regional del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y se enmarca dentro del procedimiento de realización de un informe sobre la situación de niños, niñas y adolescentes institucionalizados en las Américas (en adelante “el Informe”). Para la realización de esta tarea se contará con el apoyo de la Oficina Regional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para América Latina y la Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños.

La CIDH y su Relatoría sobre Derechos de la Niñez prestan atención específica a los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes con miras a prevenir diversas formas de violencia contra ellos. Desde su establecimiento en el año 1998, esta Relatoría ha desempeñado una función vital en la tarea de la CIDH de proteger los derechos de las niñas, niños y adolescentes mediante la publicación de estudios temáticos, la asistencia en la formulación de nueva jurisprudencia en esta materia dentro del sistema de casos individuales y el apoyo a la investigación de amplios temas que afectan a los derechos de esta población en países específicos de la región, mediante visitas a los países y la publicación de informes de países.

El Informe presentará un análisis de la situación de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en instituciones, sean públicas, privadas o mixtas bajo supervisión del Estado, identificando los avances y desafíos que existen en el cumplimiento e implementación de los estándares internacionales en materia de derechos humanos. El Informe abarcará algunas de las instituciones que tienen a su cargo niñas, niños y adolescentes por tiempo completo con la finalidad de protegerlos o cuidarlos, siempre y cuando dicho internamiento haya sido ordenado por alguna autoridad pública. Concretamente se tendrán en cuenta los siguientes tipos de instituciones de protección y de cuidado: i) instituciones psiquiátricas y hospitales; ii) orfanatos y “casas hogar”; iii) centros migratorios, y iv) centros de cuidado, donde los niños, niñas y adolescentes estén internados por tiempo completo, entre otras instituciones. Asimismo, cuando el cuestionario se refiera a la privación de la libertad de niños, niñas y adolescentes (en adelante “NNA”), éste entenderá por tal, “toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento

público o privado del que no se permita salir a [los NNA] por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”.⁸⁵²

El presente cuestionario releva información respecto del año 2011. En el caso de que no se disponga de la información específicamente respecto de dicho año, se solicita que se proporcione la última información disponible indicando a que año corresponde. Además de la información solicitada en el presente cuestionario, en caso de que el Estado cuente con información adicional que sea relevante para el desarrollo de este Informe, se agradecería se le hicieran llegar a la Comisión de forma adjunta a sus respuestas.

En todo momento, los datos personales de los niños, niñas y adolescentes referidos en la información que se provea deberá ser protegida, guardando la debida confidencialidad.

Las respuestas al presente cuestionario deben enviarse a más tardar el 30 de junio de 2011 a:

Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Organización de los Estados Americanos
1889 F Street, NW
Washington, DC 20006
cidhdenuncias@oas.org

⁸⁵² Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (“Reglas de La Habana”), adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

CUESTIONARIO

Fecha:

Estado:

I. INFORMACIÓN BÁSICA

1. Indique cuáles fueron las dependencias e instituciones del Estado involucradas en responder el cuestionario.

2. Indique el número y porcentaje de la población menor de 18 años en su país.

- Edad o tramo de edades (0-3, 4-7, 8-13, 14-18)

- Sexo

- Origen geográfico: urbano – rural

- Etnia

- Porcentaje de población infantil bajo la línea de la pobreza indicando el estándar utilizado para la identificación de la población bajo tal línea.

- Discapacidad

- NNA huérfanos

3. De no encontrarse disponible la información por tramos etáreos, indique únicamente el total de población con menos de 18 años y el total de población con 18 años cumplidos y aquellos mayores de 18 años.

II. INSTITUCIONES PENALES

4. ¿Cuántas instituciones penales o de justicia juvenil para NNA existen en su país?

- Establezca en cuántas permanecen exclusivamente NNA intervenidos por motivos penales y en cuántas se encuentran también NNA institucionalizados por protección o por otros motivos (por ejemplo, casos de NN que viven en este tipo de instituciones con sus madres)

III. INFORMACIÓN RELATIVA A LAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN Y DE CUIDADO⁸⁵³

A. DESCRIPCIÓN DEL MARCO NORMATIVO DE LAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN Y DE CUIDADO

5. Indique si su Estado ha adoptado medidas legislativas o de otro carácter dirigidas a adecuar las leyes y prácticas internas a los estándares internacionales y regionales en materia de protección de los derechos de la niñez. Adjunte la normativa al respecto.

6. ¿Cuáles son las causas de institucionalización por protección y de cuidado que contempla la legislación nacional? (Adjuntar legislación ya sea nacional o federal)

7. ¿Qué tipo de autoridades son las que ordenan la institucionalización de NNA en régimen de tiempo completo (judiciales, administrativas, otras) y conforme a qué fines de protección o justificaciones son internados (fines de protección o de cuidado que pueden incluir los terapéuticos, educativos; disciplina; entre otros)?

⁸⁵³ En caso de que dentro del cuestionario se solicite adjuntar legislación, deberá incluirse en la medida de lo posible toda la legislación aplicable sea nacional o perteneciente a los distintos niveles de gobierno si el Estado es federal.

8. ¿Cómo se asegura normativamente el respeto del derecho de los NNA a ser oídos y a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta dentro del procedimiento de institucionalización?

9. ¿La legislación prevé la asistencia letrada gratuita a los NNA en los procedimientos en los que se dispone su institucionalización por motivos de protección, terapéuticos, y otros? ¿Cómo se efectiviza esta asistencia y en qué consiste?

10. ¿Qué participación tienen los padres y/o responsables de los NNA en los procedimientos o procesos en los cuales se determina su separación de éstos y se decide institucionalizarlos por motivo de protección, o de cuidado, entre otros? ¿Cómo se asegura que los padres y/o responsables de los NNA efectivamente participen y estén asesorados dentro del marco de dichos procedimientos o procesos?

11. ¿Hasta qué edad los NNA pueden estar internados en instituciones de protección y de cuidado?

12. ¿La institucionalización por protección o cuidado puede dar lugar a privación de libertad? ¿Bajo qué condiciones y en cuáles hipótesis? ¿La legislación prevé un tiempo máximo para este tipo de medidas?

B. DESCRIPCION DE LAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN Y DE CUIDADO

13. ¿Cuántas instituciones de protección y cuidado de tiempo completo para NNA existen en su país? (terapéuticas, instituciones psiquiátricas y hospitales, orfanatos y “casas hogar”, centros migratorios, e internados de tipo completo, entre otras)

- Indique dónde se encuentran las instituciones y de qué ministerio/dependencia u organización dependen o cuál ministerio/dependencia u organización las supervisa.

- ¿Cuál es el nivel de cobertura de cada institución y cuántos NNA se encuentran en cada una?

- Describa el tipo de instituciones (por ejemplo: psiquiátricas; orfanatos o “casas hogar”; centros migratorios; y centros de cuidado de tipo completo; entre otros.).

14. ¿Existen distinto tipo de instituciones dependiendo del motivo de ingreso del NNA a la institución? (Niños en situación de calle, sin cuidado parental, entre otros).

15. Establezca cuántas se encuentran exclusivamente a cargo del Estado (públicas), cuántas se encuentran exclusivamente a cargo de instituciones privadas (sin perjuicio de los controles que se realicen por parte del Estado) y cuántas mixtas.

- Describa cuáles son en cada caso sus características y qué porcentaje de la población de NNA en instituciones atiende cada uno de estos tipos de instituciones.

- ¿Existen mecanismos específicos de monitoreo y supervisión de las instituciones privadas o mixtas? En caso afirmativo describa en detalle dichos mecanismos.

16. ¿En cuántas instituciones de protección y cuidado mantienen a los NNA en las mismas habitaciones que los adultos?

- ¿En cuántas los NNA están ubicados en habitaciones separados de los adultos, pero comparten algunos lugares con adultos como: los de ejercicio, lavado o áreas de comedor? ¿Cuántas son exclusivamente para NNA?

17. ¿Existen dependencias públicas responsables de llevar estadísticas respecto del funcionamiento de las instituciones? ¿Desde cuándo existen estadísticas al respecto?

18. ¿Existen dependencias públicas responsables del registro y habilitación de las instituciones? ¿Cuáles son los criterios que toman en cuenta estas dependencias para la habilitación de las instituciones? ¿Cuántas instituciones tienen habilitación por parte de las autoridades? Discriminar por tipo de instituciones.

19. ¿Cómo se registra e individualiza a los NNA al momento de ingresar a la institución? Indicar específicamente si dichos registros incluyen:

- el motivo de la institucionalización;
- ente u órgano que la ordenó y entregó a los NNA;
- nombre; edad; género; condición especial y tratamiento sugerido; historial clínico;
- tenga a bien incluir cualquier categorías adicional que se registre al momento de ingreso de los NNA.

- en caso de no contar con registros indicar cuál es el porcentaje de instituciones que no lleva un registro y las razones por las cuales hubiera podido hacerse.

20. ¿Cuál es la edad promedio de ingreso en estas instituciones y cuál es la edad promedio de salida o egreso de estas instituciones?

21. ¿Cuál es la duración promedio y máxima de permanencia en las instituciones?

22. ¿Cuántos NNA ingresaron a las instituciones de protección y cuidado en el año 2010?

23. ¿Cuántos salieron o egresaron de las instituciones de protección y cuidado en el 2010?

24. Indique si los NNA están en instituciones de protección, terapéuticas, entre otras, separadas en razón de su sexo.

25. ¿Cuál es el presupuesto que el Estado asigna para el funcionamiento de las instituciones de protección, terapéuticas, entre otras, para NNA? Discriminar por tipo de instituciones,

26. ¿Cuál es el tipo de formación que se exige a quienes trabajan permanentemente en las instituciones de protección, terapéuticas, entre otras, para NNA? ¿Cómo son seleccionados? Discriminar por tipo de profesionales

27. Adjunte en caso de que exista el código de conducta del personal o la normativa que regule sus competencias y responsabilidades.

28. ¿Cuál es el número de funcionarios que trabajan en las instituciones de protección, terapéuticas, entre otras, y cuál es la ratio de funcionarios por número de NNA? Desagregar por puesto laboral.

C. SITUACION DE LOS NNA EN LAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN Y CUIDADO

29. ¿Cómo se asegura el contacto de los NNA que se encuentran en instituciones con su familia y su comunidad?

- ¿Existe la posibilidad de salidas de los NNA para visitar a sus familias?
- ¿Con qué regularidad se permiten las visitas a los NNA y por cuánto tiempo?
- ¿Cuáles son las medidas para prevenir la separación de los hermanos?

30. ¿Existen programas de escolarización formal y/o capacitación laboral? ¿Cuál es la oferta de programas y nivel de cobertura?

31. ¿Existen otro tipo de programas educativos no formales y/o programas socioeducativos en las instituciones de protección, terapéuticas, entre otros? ¿Cuál es la oferta de programas y nivel de cobertura?

32. ¿Cómo se garantiza el acceso a servicios de salud en general a los NNA en las instituciones de protección, terapéuticas, entre otros? ¿Qué tipo de cobertura brindan dichos servicios y cuáles son sus características?

33. ¿Cómo se garantiza el servicio de salud mental y terapéutica en los distintos tipos de instituciones?

34. ¿Existen instituciones y/o asistencia especializada para grupos específicos de NNA? ¿Para qué grupos y en qué consiste la asistencia especializada?

35. ¿En qué situaciones se determina que un NNA debe ser remitido de una institución de protección a un psiquiátrico? ¿Quién lo determina?

36. ¿Los NNA institucionalizados con discapacidades mentales se encuentran en las mismas instituciones que el resto de los niños intervenidos por protección? Específicamente mencionar si los NNA con discapacidades mentales se encuentran en las mismas instituciones que los NNA que tienen discapacidades físicas y/o en las mismas instituciones que los adultos con discapacidades mentales.

37. ¿Existen programas especializados de atención tiempo completo para NNA con alguna discapacidad física? ¿En qué consiste ese tipo de programas?

38. ¿Existen programas especializados de atención tiempo completo para los NNA quienes consumen drogas?

39. ¿Existe asistencia especializada para niñas que se encuentran en instituciones (atención ginecológica, asistencia para con bebés, asesoría en prácticas de crianza, facilidades convivencia con el bebé, entre otras)? Expresar en que consiste esa asistencia especializada.

40. Precise en qué consisten las medidas disciplinarias que se aplican a los NNA en las instituciones de protección, terapéuticas, psiquiátricas, así como las situaciones que originan una medida disciplinaria. Describa el proceso disciplinario y adjunte los reglamentos y la normativa al respecto.

41. ¿Existe prohibición específica del castigo corporal? En caso afirmativo adjunte la normativa al respecto. En caso negativo informe en que circunstancias se permite y presente la normativa o reglamento correspondiente.

42. Precisar el número de NNA que han fallecido o han sufrido lesiones estando dentro de las instituciones durante el 2010. Precise cuáles fueron las causas y las circunstancias en las que se produjeron las muertes. Indique específicamente cuántos casos son de lesiones auto-infligidas, lesiones producidas por otros NNA institucionalizados y lesiones infringidas por funcionarios de las instituciones.

43. Informe sobre el número de NNA que sufrieron lesiones durante el 2010 estando en instituciones. Precise cuáles fueron las causas y las circunstancias en las que se produjeron las lesiones. Indique

específicamente cuántos casos son de lesiones auto-infligidas, lesiones producidas por otros NNA institucionalizados y lesiones infringidas por funcionarios de las instituciones.

44. Precisar el número de NNA que han escapado o desaparecido de las instituciones durante el 2010. Precise causas y circunstancias.

45. ¿Existen en las instituciones prácticas de esterilización voluntaria o involuntaria de los NNA? En caso afirmativo, indicar cuántos casos se registran en cada una de las instituciones discriminando edad y sexo de los NNA y tipo de institución en la cuál se han practicado estos procedimientos.

46. ¿Existen en las instituciones prácticas de realización de abortos consentidos o no de las niñas y/o adolescentes? En caso afirmativo, indicar cuántos casos se registran en cada una de las instituciones discriminando edad de los NNA y tipo de institución en la cual se han practicado estos procedimientos.

D. MECANISMOS DE SUPERVISIÓN Y CONTROL DE LAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN Y CUIDADO

47. Indique si existen mecanismos que garantizan una revisión periódica de la idoneidad de la modalidad de institucionalización adoptada. Describa el proceso de revisión y adjunte la normativa al respecto.

48. ¿Existen mecanismos que garantizan una supervisión regular e independiente de las instituciones de protección, terapéuticas, entre otras para NNA? Describa el proceso de supervisión y adjunte la normativa al respecto. Si estos mecanismos existen, precise:

- ¿Cuántas investigaciones se iniciaron por este mecanismo de control durante el pasado año?

- ¿Cuántas de estas las instituciones han recibido este tipo de inspección durante el pasado año?

Adjuntar los informes que den cuenta de los resultados de esas supervisiones.

49. Describa si existe un mecanismo de quejas o denuncias para los NNA que se encuentran en instituciones en caso de incidentes que vulneran sus derechos humanos. Describa el proceso de supervisión y adjunte la normativa al respecto.

50. ¿Cuántas quejas o denuncias se han presentado durante el año 2010?

- ¿Cuál ha sido la tendencia en los últimos años?

- ¿Cuántas quejas o denuncias han dado lugar a la responsabilización de funcionarios? ¿Por qué tipo de denuncias? ¿Qué tipo de sanción y quien la impuso?

E. POLITICAS PÚBLICAS REFERENTES A LAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN Y DE CUIDADO

51. ¿Existen políticas de apoyo a la institución familiar?

- ¿Cuáles son los servicios de apoyo a la familia destinados a asegurar que los NNA puedan ser atendidos dentro de sus familias (prevenir la separación familiar y apoyar la reintegración familiar)? ¿En qué consisten estas políticas? Expresar cuál es su nivel de cobertura y presupuesto.

52. ¿Existe algún programa alternativo a la institucionalización por protección, o cuidado. (Familia de acogida, familia ampliada, casas de medio camino, apoyo familiar, entre otros)?

53. ¿Existen planes y/o estrategias de desinstitucionalización de la población infantil y adolescente? ¿En qué consisten estos planes?

F. BUENAS PRÁCTICAS

54. Indique las buenas prácticas que existen en el país, respecto del tratamiento de niñas niños y adolescentes que se encuentran en diversos tipos de instituciones de cuidado y protección de tiempo completo. Si la práctica está documentada, adjunte los documentos respectivos.



INTER - AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS
COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
COMMISSION INTERAMÉICAINE DES DROITS DE L'HOMME



DOCUMENTO CONCEPTUAL

INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES QUE SE ENCUENTRAN EN INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN Y CUIDADO EN LAS AMÉRICAS

I. ANTECEDENTES E INTRODUCCIÓN

1. En las últimas décadas ha habido un cambio radical en las políticas públicas y en la forma de prestar servicios sociales a la infancia y la familia en los Estados Americanos. La incorporación de estándares de derechos humanos en las legislaciones y los programas del continente han dado inicio a un proceso de cambio que corre el riesgo de quedar en muchos casos en el papel, si no se aborda la implementación efectiva de estos estándares desde un enfoque de derechos humanos. Pese al avance señalado, aún en el continente existen Estados en los cuales no se ha aprobado una legislación adecuada a los principios y estándares exigidos por el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (en adelante “la CDN”), en relación con los derechos y obligaciones contenidos en el artículo 19 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana” o “la Convención”) y el artículo VII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (“en adelante “la Declaración Americana”).

2. La situación de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en instituciones de protección y cuidado de tiempo completo ha sido objeto de un creciente interés tanto en el sistema universal, especialmente por parte del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (en adelante “UNICEF”) y del Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños (en adelante “SRSG”, por sus siglas en inglés) como en el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (en adelante “Sistema Interamericano”).

3. El Informe Mundial sobre la Violencia contra Niños (en adelante “el Informe Mundial”),⁸⁵⁴ identificó la violencia contra los niños en instituciones como un área prioritaria para nuevas investigaciones, en particular habida cuenta de la escasez de datos e información sobre este fenómeno. Asimismo, a la profusa normativa referida al sistema de justicia juvenil recientemente se ha incorporado en el ámbito de las Naciones Unidas una serie de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños y Niñas.⁸⁵⁵

⁸⁵⁴ El Informe mundial sobre la Violencia contra Niños fue elaborado por el Comisionado de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “CIDH”), Paulo Sergio Pinheiro, también Relator sobre los Derechos de la Niñez de esa misma institución, en su mandato anterior como Experto Independiente del Secretario General de Naciones Unidas para el Estudio de la Violencia contra los Niños. Ver [http://www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1\(1\).pdf](http://www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1(1).pdf)

⁸⁵⁵ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, adoptadas en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre 2009. Existen múltiples instrumentos internacionales del sistema que refieren a las temáticas objeto del presente Estudio como los Informes del Relator Especial sobre el Derecho a la Salud (E/CN.4/2005/51) o la Observación General Nº 21 sobre el trato humano a las personas privadas de libertad, adoptado por el Comité de Derechos Humanos, entre otros.

4. La temática también ha sido prioritaria para el Sistema Interamericano. En éste último caso, la existencia de Opiniones Consultivas y de una jurisprudencia en torno a los derechos de la infancia por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana” o “la Corte IDH”) da cuenta de este fenómeno.

5. Recientemente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión”) ha abordado en audiencias temáticas, en su sistema de peticiones y a través de diversos informes, la problemática de la violencia en los distintos ámbitos. El *Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes*⁸⁵⁶, el *Informe sobre justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, de próxima publicación, así como el *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*⁸⁵⁷ son significativos de esta circunstancia.

6. Para complementar estos avances, contribuir a su efectiva implementación y cumplimiento, y a los efectos de continuar profundizando los estándares hasta ahora desarrollados, la Comisión ha decidido realizar un Informe sobre la situación de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en instituciones de protección y cuidado a tiempo completo en las Américas (en adelante “el Informe”). Este informe será elaborado conjuntamente con UNICEF, con el apoyo de la Oficina Regional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para América Latina y la Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños.

7. El Informe presentará un análisis de la situación de las niñas, niños y adolescentes que se encuentran en instituciones, sean públicas, privadas o mixtas bajo supervisión del Estado, identificando los avances y desafíos que existen en el cumplimiento e implementación de los estándares internacionales en materia de derechos humanos. El Informe abarcará algunas de las instituciones que tienen a su cargo niñas, niños y adolescentes por tiempo completo con la finalidad de protegerlos o cuidarlos y el rol estatal. Concretamente se tendrán en cuenta los siguientes tipos de instituciones de protección y cuidado: i) instituciones psiquiátricas y hospitales; ii) orfanatos y “casas hogar”; iii) centros migratorios, y iv) centros de cuidado, donde los niños, niñas y adolescentes estén internados por tipo completo, entre otras instituciones. El conocimiento del funcionamiento de instituciones de cuidado y protección permitirá develar el funcionamiento y las prácticas de establecimientos que carecen de visibilidad pública. En tal sentido, la producción de nuevo conocimiento sobre este campo permitirá debatir los modelos de protección y atención a los niños, niñas y sus familias, identificando modalidades de intervención que puedan ser contrastadas con el enfoque de derechos humanos. Ello repercutirá en la gestión institucional, reafirmando las responsabilidades del Estado, incluso mediante la prevención de actividades a cargo de la sociedad como garante de los derechos de niños y adolescentes.

8. El Informe expondrá información acerca de modelos de acción que se adecuan o contravienen los estándares internacionales establecidos en la Convención Americana, la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, la CDN, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, las Directrices de las Naciones Unidas para la

⁸⁵⁶ CIDH. *Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes*, OEA/Ser.L/V/II.135., doc. 14, 5 de agosto de 2009. Disponible en: <http://www.cidh.org/ninez/castigocorporal2009/castigocorporal.indice.htm>.

⁸⁵⁷ Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II., doc. 57, 31 diciembre 2009. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Seguridad/seguridadindice.sp.htm>.

Prevención de la Delincuencia Juvenil, las Directrices de Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños y Niñas, incluso las recomendaciones contenidas en el Enfoque Conjunto de las Agencias de Naciones Unidas sobre la Justicia a favor de la Infancia, y diversos instrumentos internacionales, además de las observaciones del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, los informes de la CIDH y de las decisiones de la Corte Interamericana, posibilitando modificaciones a favor de los derechos de la infancia, entre otros.

II. CONCEPTOS BÁSICOS

II.1. *Corpus juris* de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes

9. De acuerdo con el derecho internacional relativo a la interpretación de los tratados internacionales, la CDN forma parte de un conjunto de normas vinculadas o *corpus juris* de protección de los derechos de los niños que debe ser considerado al interpretar el significado del artículo 19 de la Convención Americana o del artículo VII de la Declaración Americana, los cuales garantizan el derecho de los niños a medidas de protección, cuidado y ayuda especiales que por su condición de sujeto en desarrollo requieren por parte del Estado e indirectamente por parte de la sociedad. El artículo 19 de la Convención Americana, que es la norma más importante del Sistema Interamericano referida a los derechos de la infancia, dispone que:

[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

10. La Corte IDH se ha referido a la forma de interpretar este artículo explicitando la idea de la existencia de un *corpus juris* de los derechos humanos de la infancia y la adolescencia.⁸⁵⁸ La Comisión Interamericana se ha referido a este concepto señalando que:

Para interpretar las obligaciones del Estado en relación con los menores, además de las disposiciones de la Convención Americana, la Comisión considera importante acudir, por referencia, a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas con respecto a la protección de la niñez, entre las cuales cabría citar la Convención sobre los Derechos del Niño, y las diversas Declaraciones de las Naciones Unidas sobre el tema. Esta integración del sistema regional con el sistema universal de los derechos humanos, a los efectos de interpretar la Convención, encuentra su fundamento en el artículo 29 de la Convención Americana y en la práctica reiterada de la Corte y de la Comisión en esta materia.⁸⁵⁹

11. Esto significa que existe una conexión sustantiva que obliga a la aplicación conjunta de la normativa referida.⁸⁶⁰ El reconocimiento de este *corpus juris* implica una reconceptualización del

⁸⁵⁸ Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 194.

⁸⁵⁹ CIDH, Informe No. 41/99, Caso 11.491, Admisibilidad y Fondo, *Menores detenidos*, Honduras, 10 de marzo de 1999, párr. 72.

⁸⁶⁰ Véase también: Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 148; y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 166. Explícitamente señala lo siguiente:

Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un amplio *corpus juris* internacional de protección de los niños que sirve a esta

Continúa...

deber de protección especial. Los niños por tanto, poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponde un correlativo deber de respeto y garantía por parte del Estado e indirectamente un deber de la sociedad a la que pertenecen. Es decir, medidas especiales de protección.⁸⁶¹ El artículo 19 citado de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial.⁸⁶²

12. Asimismo, para la Corte IDH todo caso que involucre los derechos de los niños deberá tomar en consideración el interés superior de éstos, el cual ha sido considerado como el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en la CDN, cuya observancia permitirá al niño el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades⁸⁶³. La Corte IDH ha sostenido que “la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores”⁸⁶⁴.

13. En definitiva, la Corte Interamericana ha considerado que los derechos de los niños deben ser salvaguardados tanto por su condición de seres humanos como en razón de la situación especial en que se encuentran, para lo cual es preciso adoptar medidas especiales de protección.⁸⁶⁵ Esta obligación adicional de protección⁸⁶⁶ y estos deberes especiales de protección determinables en

...continuación

Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.

⁸⁶¹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 62. Explícitamente señala lo siguiente:

La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece.

⁸⁶² Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 147 y *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 113.

⁸⁶³ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 59.

⁸⁶⁴ Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 134.

⁸⁶⁵ La Corte fundamenta la pertinencia jurídica de este tipo de medidas especiales a la luz del principio de igualdad y no discriminación en su Opinión Consultiva OC-17/2002. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 55.

⁸⁶⁶ Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 160; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrs. 124, 163-164 y 171; *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 126 y 134; y *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 146 y 191. *En el mismo sentido Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 56 y 60.

función de las necesidades de protección del sujeto de derecho⁸⁶⁷, tienen consecuencias específicas en relación a la situación de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en instituciones.

14. Así, la Corte ha concluido que “la protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos”⁸⁶⁸.

II.2. Niños, niñas y adolescentes que se encuentran en instituciones de protección y cuidado

15. A los efectos del Informe se considerarán niños, niñas y adolescentes institucionalizados a los que se encuentran en régimen de tiempo completo por motivos de protección y cuidado por orden administrativa o judicial u otro tipo de decisiones.

16. En el continente constituyen prácticas comunes las intervenciones fundadas en motivos asistenciales o de protección y cuidado que implican algún grado de intrusión vulneración del derecho del niño a vivir con su familia⁸⁶⁹, o que omiten preservar ese vínculo interviniendo temporalmente y orientando su accionar a la reincorporación del niño a su familia y su comunidad siempre que eso no sea contrario a su interés superior.⁸⁷⁰ El *corpus juris* de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes que incluye a las Directrices de Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños desarrollan una serie de estándares mínimos a ser tenidos en cuenta en referencia a este tipo de políticas públicas. Tales instrumentos privilegian el deber de los Estados de velar por la estabilidad del núcleo familiar, y de desarrollar políticas de apoyo y servicios que atiendan en mejor medida el interés superior del niño.⁸⁷¹

II.3. Prevención de todo tipo de violencia contra niños, niñas y adolescentes

17. El Informe se enmarca en la necesidad de profundizar el conocimiento de este tipo de instituciones desde una perspectiva de derechos humanos, que ha sido expuesta en el Informe Mundial y en los informes de la CIDH sobre castigo corporal y derechos humanos y justicia juvenil y derechos humanos –de próxima publicación –, entre otros.

18. El alto riesgo de que los niños, niñas y adolescentes en las instituciones sean víctimas de violencia tiene variadas fuentes y se acentúan en algunas circunstancias específicas como al tratarse de niñas o, por ejemplo, tener distinto tipo de capacidades, entre otras.

⁸⁶⁷ Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 154.

⁸⁶⁸ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 53.

⁸⁶⁹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 71.

El niño 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 [...]

⁸⁷⁰ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 75 y 77.

⁸⁷¹ Cf. *Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil*, Adoptadas por resolución 45/112 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 14 de diciembre de 1990, directriz 13.

19. Estas situaciones pueden ocurrir dentro del marco de la actividad de los propios funcionarios que desarrollan tareas de protección, cuidado o también al adoptarse medidas disciplinarias. En la mayoría de los Estados del continente aún no se ha prohibido expresamente el uso del castigo físico u otras formas de violencia en las instituciones.⁸⁷² También existe el riesgo de que los niños, niñas y adolescentes sean sometidos a diversas formas de violencia como consecuencia de su tratamiento, incluida la utilización de tratamientos médicos y de medicamentos como instrumento de control o como forma de coerción médica.

20. Las propias condiciones en las que se encuentran los niños, niñas y adolescentes en las instituciones podrían implicar por sí mismas una práctica de violencia. La negligencia, el encierro en condiciones de hacinamiento, el aislamiento, la ausencia de programas educativos o de recreación o la inexistencia de atención médica son sólo algunos ejemplos de estas formas de violencia institucional. A las diversas fuentes de violencia mencionadas se suman las situaciones graves que ocurren entre los propios niños, niñas y adolescentes, especialmente dentro del contexto de deficiente supervisión y control de las instituciones.

21. Las obligaciones de los Estados no se agotan con la prevención de la violencia por parte de sus agentes, sino que también en prevenir cualquier forma de violencia proveniente de terceras personas. Para determinar el grado de control que ejerce el Estado sobre las instituciones de carácter privado y mixto es preciso tener en cuenta la intensidad de la posición de garante que asumen los Estados cuando los niños se encuentran bajo la protección o el cuidado o la atención de estas instituciones conforme al derecho internacional de los derechos humanos.

III. OBJETIVOS

22. El objetivo general del Informe es contribuir a mejorar la situación de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran por tiempo completo en instituciones en las Américas, mediante la identificación y documentación de las prácticas institucionales⁸⁷³, así como mediante la elaboración de recomendaciones relativas a la legislación, políticas y prácticas que regulan estas instituciones de forma que mejoren las respuestas institucionales en lo que refiere al respeto los derechos humanos de la infancia y la adolescencia.

23. Específicamente el Informe producirá información sobre la situación de los niños, niñas y adolescentes en instituciones de protección y cuidado, e identificará las posibles violaciones de derechos de los niños, niñas y adolescentes que ocurren en las mismas, incluyendo, por ejemplo, la situación de los niños y niñas migrantes, víctimas de explotación sexual comercial, trata y otros tipos de violencia. En el informe también se espera promover la colaboración interdisciplinaria en profundidad y la investigación comparativa.

24. También será pertinente a efectos del Informe determinar el grado de control que ejerce el Estado sobre las instituciones referidas. En tal sentido, se entiende que el grado de supervisión y el deber de prevención del Estado estarían determinados por la intensidad del tipo de control que debiera tener, distinguiendo entre: 1) Instituciones a cargo del Estado –psiquiátricos u hospitales públicos o paraestatales, entre otros-; 2) Instituciones privadas o mixtas supervisadas directamente por el Estado –orfanatos, e internados con financiamiento estatal o concesionados, entre otros-; 3)

⁸⁷² Véase CIDH, *Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes*, OEA/Ser.L/V/II.135., doc. 14, 5 de agosto de 2009.

⁸⁷³ Entre otros aspectos a ser abordados se encuentran los referidos al marco legal, aplicación de la medida de institucionalización como último recurso, recursos humanos con los que cuentan las instituciones, mecanismos de consejería, denuncia y reporte de presuntas vulneraciones de derechos humanos de las personas menores de 18 años en instituciones, y datos confiables sobre las mismas.

Instituciones privadas supervisadas indirectamente por el Estado —a cargo, por ejemplo, de iglesias autorizadas; orfanatos, internados u hospitales privados, entre otros.

IV. ESTRATEGIA METODOLÓGICA

IV.1. Planteamiento

25. La estrategia metodológica propuesta incluye múltiples técnicas complementarias. Además de recurrir a la información secundaria disponible, realizar una solicitud de información a los Estados y diversas organizaciones de la sociedad civil a través de un cuestionario y la celebración de consultas regionales, el Informe proyectado incluirá la realización de encuestas a los niños, niñas y adolescentes, grupos de discusión y estudio de casos. Asimismo, se evaluará la creación de un grupo de expertos de referencia permanente durante todo el proceso de elaboración del Informe regional.

IV.2. Relevamiento de la información secundaria

26. El relevamiento de la información secundaria implicará una revisión de los conocimientos existentes, investigaciones, estudios e informes sobre la temática, incluida la producida por organismos internacionales, académicos, instituciones gubernamentales y organizaciones no gubernamentales. Al examinar los conocimientos existentes, será posible determinar las deficiencias e indicar las cuestiones que deberían incluirse en la agenda de investigación. En el Informe también se examinará el marco jurídico, las normas vigentes y los principios, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales de derechos humanos más relevantes para la temática. Las pautas para la interpretación del derecho internacional surgen de la Convención Americana (artículo 29), los principios de la CDN y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (artículos 31, 32 y 33).

IV. 3. Solicitud de información a los Estados y organizaciones de la sociedad civil a través de un cuestionario

27. El Informe también se basará en la información que resulte de las respuestas a cuestionarios que se elaborarán a tales efectos y que se solicitará sea respondido por los Estados, las Oficinas de UNICEF, las organizaciones de derechos humanos y de la sociedad civil que trabajan temáticas relacionadas con los derechos de la niñez. .

28. La información recibida a través de este cuestionario servirá como una de las fuentes para la elaboración de materiales de trabajo que serán puestos a consulta a través de reuniones regionales.

IV. 4. Reuniones de consulta regionales

29. La preparación del Informe incluirá la realización de reuniones de consulta regionales con expertos sobre la temática, representantes regionales de los grupos de derechos humanos, organizaciones que desarrollan acciones en el tema, autoridades estatales, entre otros actores clave, con el fin de recoger información adicional sobre las prácticas institucionales, los aspectos técnicos de estas cuestiones, así como para discutir el marco conceptual de éste.

30. Las consultas se celebrarán en coordinación con las oficinas de UNICEF y teniendo en cuenta la experiencia de las consultas realizadas en el marco de la elaboración del informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos de próxima publicación, se atenderán especialmente las labores previas a la realización de las consultas de forma de asegurar la calidad de los aportes.

IV. 5. Realización de encuestas a los niños, niñas y adolescentes y grupos de discusión

31. Este Informe no puede dejar fuera a los propios niños y adolescentes que participan de las diversas modalidades de intervención. Por lo que, la estrategia metodológica incluye la realización de encuestas a los niños, niñas y adolescentes. Así como la realización de grupos de discusión.

32. El Informe comprenderá un número a determinar de encuestas a niños, niñas y adolescentes en instituciones. El Informe también implicará la realización de un número a determinar de grupos de discusión de adolescentes privados de libertad. Los criterios de segmentación estarán orientados también a detectar grupos de niños discriminados o especialmente vulnerables dentro de las instituciones o conforme a la legislación del Estado de que se trate.

33. La estrategia metodológica consiste en la aplicación de un formulario de encuesta que busca captar las opiniones de los niños, niñas y adolescentes en instituciones con respecto a algunas dimensiones y variables consideradas relevantes. La metodología que se instrumentará tendrá especialmente en cuenta los criterios y requisitos desarrollados por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en su Observación general Nº 12 relativa al derecho del niño a ser escuchado, especialmente en lo que refiere la creación de mecanismos que garanticen que la opinión expresada por los niños se haga en forma adecuada en atención a la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentran y que la aplicación de los instrumentos no represente un riesgo de volver a victimizarlos.

IV. 6. Estudio de casos

34. En el marco del Informe se realizarán estudios de casos a los efectos de poder profundizar en análisis de los fenómenos abordados. Estos estudios se realizarán sobre la base de una guía de trabajo y una metodología uniforme.

35. El método de estudio de caso es apropiado para estudiar situaciones particulares en profundidad. Así como para describir las situaciones en detalle, analizando el contexto y sus principales características. El estudio de caso como método aplicado al análisis de una política pública determinada (o de un dispositivo de política pública como lo son las instituciones objeto de estudio) representa una valiosa herramienta que permite identificar prácticas gerenciales y administrativas, estructuras organizativas, rendimientos presupuestales, los contextos de aplicación, y la interacción de los agentes que intervienen.

V. RESULTADOS ESPERADOS

36. Para lograr estos objetivos, el Informe deberá de arrojar información cuantitativa como el número de niños, niñas y adolescentes privados de su medio familiar en las Américas, información sobre los tipos de instituciones existentes o información sobre el presupuesto que los Estados asignan al funcionamiento de este tipo de instituciones. Se espera que el Informe ponga en relieve la importancia de construir indicadores para medir y evaluar el impacto de los mecanismos institucionales, leyes y políticas públicas en el sector, especialmente el impacto de las reformas e innovaciones llevadas a cabo durante las últimas décadas a partir de la ratificación de la CDN por los Estados de la región y del desarrollo progresivo del *corpus juris* en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

37. Además de tener datos cuantitativos más descriptivos sobre los niños, niñas y adolescentes y los tipos de instituciones donde se encuentran internados, el Informe producirá información sobre quiénes son ellos y cómo han llegado a estas instituciones. También se observará si en este tipo de instituciones existe un mayor número de afrodescendientes, indígenas, niños de familias de escasos recursos, y víctimas de abuso, violencia, explotación (por ejemplo trabajo infantil, explotación

sexual). El análisis de la información tendrá en cuenta la perspectiva de género y la identificación de prácticas institucionales que la desconozcan.

38. En el marco del Informe se realizará un análisis de la situación de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en instituciones, ya sean públicas o privadas, a través de la realización de un diagnóstico y un estudio que establezca los estándares de derechos humanos que deben respetar este tipo de respuestas institucionales. El informe identificará las normas de derechos humanos que se aplican a los dispositivos institucionales abordados por el Informe.

39. El Informe tendrá en cuenta los diferentes retos que enfrentan los sistemas estatales para adecuar sus instituciones a los estándares internacionales de derechos humanos, efectuando recomendaciones específicas. Al identificar los retos, y problemas, el Informe presentará recomendaciones y estrategias para hacerles frente los desafíos. En el Informe se tendrán en cuenta los planos regional y nacional, la diversidad y los desafíos que son específicos de determinados grupos, incluida la perspectiva de género o étnico-racial, la situación de los migrantes, las minorías religiosas, sociales y políticas, así como los grupos de bajos ingresos. El Informe –por tanto –abordará el tema de las deficiencias en las instituciones: falta de personal capacitado, falta de presupuesto, hacinamiento, falta de medidas socioeducativas, ausencia de respuestas diferenciadas, la subcontratación por parte del Estado o la suplantación del Estado por parte de instituciones privadas o instituciones religiosas que en muchos casos no cuentan con supervisión o controles eficientes.

40. El Informe proporcionará recomendaciones a los Estados, las organizaciones internacionales y la sociedad civil organizada sobre la forma de aplicar efectivamente normas y principios internacionales de derechos humanos respecto a las instituciones y las leyes, políticas y prácticas abordadas, con el fin de mejorar la situación de los niños, niñas y adolescentes sometidos a este tipo de dispositivos.