



Edición N° 4 – Diciembre 2024

## **DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A VIVIR EN FAMILIA**

Por Pamela Jael Benedetto<sup>1</sup>

Sumario: El Derecho de los Niños, Niñas y Adolescentes a vivir en familia esta ampliamente reconocido por la normativa internacional de derechos humanos, derecho que por su parte se ha receptado en la legislación vigente de la República Argentina. Así, este artículo se plantea como se efectiviza este derecho cuando se requiere de cuidados alternativos a fin de salvaguardar su interés superior. Se exponen los principios jurídicos aplicables en la materia y se analiza las alternativas de cuidado en la familia ampliada, en acogimiento familiar e instituciones.

Palabras clave: Derecho a vivir en familia. Cuidados alternativos. Principios aplicables. Interés superior del niño. Niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho. Derecho a ser oído. Orden público. Centro de vida. Socioafectividad. Acogimiento familiar. Acogimiento residencial.

Abstract: The Right of Children and Adolescents to Live in a Family is widely recognized by international human rights standards, a right that has also been incorporated into the current legislation of the Argentine Republic. This article explores how this right is realized when alternative care is required to safeguard their best interests. It discusses the legal principles applicable to the subject and

---

<sup>1</sup> Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba. Maestranda en Derecho de Familia. Relatora del Juzgado de Familia de Sexta Nominación de la ciudad de Córdoba (ACUERDO NÚMERO CINCUENTA Y UNO - SERIE "A").

analyzes care alternatives within the extended family, foster care, and institutions.

Keywords: Right to live in a family. Alternative care. Applicable principles. Best interests of the child. Children and adolescents as rights-holders. Right to be heard. Public order. Center of life. Socio-affectivity. Foster care. Residential care.

Resumo: O Direito das Crianças e Adolescentes a viver em família é amplamente reconhecido pelas normas internacionais de direitos humanos, um direito que também foi incorporado na legislação atual da República Argentina. Assim, este artigo explora como esse direito é efetivado quando cuidados alternativos são necessários para proteger seu melhor interesse. São discutidos os princípios legais aplicáveis ao assunto e são analisadas as alternativas de cuidado na família extensa, acolhimento familiar e instituições.

Palavras-chave: Direito de viver em família. Cuidados alternativos. Princípios aplicáveis. Melhor interesse da criança. Crianças e adolescentes como titulares de direitos. Direito de ser ouvido. Ordem pública. Centro de vida. Socioafetividade. Acolhimento familiar. Cuidado residencial.

## **1.- Introducción. –**

El presente se propone como objetivo exponer las distintas formas en que se establece que se efectivice el derecho de los niños, niñas y adolescentes (a quienes en adelante referiré como NNA) a vivir en familia. Cobra especial relevancia este derecho cuando ellos se encuentran temporal o permanentemente alejados de su entorno familiar, o cuyo interés superior requiere que no permanezcan en dicho entorno. Esta excepcional situación que viven muchos NNA y cómo se lleva a cabo lo normado en la temática, ha sido el puntapié para investigar la temática planteada y el objeto de este artículo.

En este contexto, cabe destacar que se ha acuñado el término "cuidado alternativo" para describir la atención brindada por personas diferentes al núcleo familiar más cercano de los NNA. Dependiendo de la ubicación en la que se lleve a cabo, este cuidado se divide en "cuidado alternativo en ámbito residencial" o "cuidado alternativo en ámbito familiar". El acogimiento familiar es la modalidad más común en diferentes países y se caracteriza por la convivencia de los NNA con adultos que no tienen relación de parentesco con ellos. Lo fundamental de esta modalidad es que no altera el estatus de filiación del niño o adolescente, ni crea lazos de parentesco con los adultos.<sup>2</sup>

Es importante destacar que la terminología de "cuidados alternativos" ha sido adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños (2009). Estas directrices buscan promover la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y de otros instrumentos internacionales relevantes para la protección y

---

<sup>2</sup> Villalta, Valeria y Llovet, Carla. (2018). Relevamiento y Sistematización de Programas de Cuidado Alternativo en Ámbito Familiar. Buenos Aires: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), pág. 9.

el bienestar de los niños que han perdido el cuidado parental o que corren el riesgo de perderlo.

Sin embargo, antes de adentrarnos en el análisis de las modalidades de cuidado alternativo, es fundamental partir del principio que establece que todo NNA tiene el derecho a vivir en una familia. Este artículo se centra en la importancia de los derechos de los NNA a vivir en un entorno familiar, destacando una concepción amplia de lo que constituye una familia en el contexto de los derechos humanos. Exploraremos principios aplicables a los cuidados alternativos, como el "interés superior del niño" y el reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos y su derecho a ser oídos. Además, haremos hincapié en la relevancia de la "socioafectividad" y abordaremos los desafíos y las mejores prácticas en la implementación de medidas de protección y cuidado alternativo.

## **2. Derecho a vivir en Familia.**

### **-Reconocimiento internacional y local.**

En necesario resaltar el derecho fundamental de los Niños, Niñas y Adolescentes (NNA) a vivir en una familia, tanto en el ámbito internacional como en el contexto local de Argentina.

A nivel internacional, se reconoce la familia como el núcleo central de protección de la infancia y la adolescencia. La Convención Americana, en su artículo 17.1, establece que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado". La Declaración Americana, por su parte, dispone que "toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella". La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) reconoce a la familia como un "elemento básico de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros", destacando la necesidad de brindar protección y asistencia a la familia para que pueda cumplir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

A nivel nacional, la Ley 26.061 de Argentina consagra en su articulado el respeto por la familia. El artículo 3 de la ley garantiza a los NNA "el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural". El artículo 4 establece el "fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes" como una pauta de las políticas públicas. Otros artículos relevantes de la misma ley, como los números 7, 10, 33, 35 y 37, refuerzan este enfoque.

En consonancia con la Ley 26.061, la provincia de Córdoba ha promulgado la Ley 9944, que aborda la protección y el cuidado de los NNA.

### **-Concepto de familia:**

Si destacamos el papel de la familia como pilar fundamental para la preservación de los derechos de los NNA, debemos al menos dedicar unas palabras a su concepto. Antes que nada, debemos descartar un concepto cerrado o tradicional de Familia. Debemos borrar de nuestro imaginario ese concepto de Familia hegemónicamente construido.

Al respecto, la Corte Interamericana, ha sostenido 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. Reitera el referido tribunal 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)”*.<sup>3</sup>

Concordantemente se destaca que la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las NNA, recepta en el art. 7 el principio de responsabilidad familiar, y en el art. 10 el derecho a la intimidad familiar. Por su parte, a tenor de lo dispuesto por el Decreto Reglamentario de la ley 26061 (N° 415/2016) respecto del art. 7 es dable recordar que claramente describe que *“Se entenderá por “familia o núcleo familiar” “grupo familiar”, grupo familiar de origen”, “medio familiar comunitario”, y “familia ampliada”, además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de familia ampliada”*. Además, se agrega que *“Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección”*.

Con este marco conceptual y teniendo en miras los criterios prescriptos en los arts. 1 y 2 del CCyC es que se debe entender “familia” armonizando la ley aplicable con los principios rectores en el bloque de constitucionalidad federal.

#### -Primero la familia de origen.

No puede dejar de mencionarse la importancia hacer todo lo posible para que el NNA pueda permanecer bajo el cuidado de su familia nuclear de origen.

Debe mencionarse que este tema ha sido tratado en Las Directrices de las Naciones Unidas sobre Modalidades Alternativas de Cuidados de los Niños del año 2009. La Directriz N° 3 establece que al 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 ante todo a lograr que el niño permanezca o vuelva a estar bajo la guarda de sus padres o, cuando proceda, de otros familiares cercanos y que el Estado debería velar por que las familias tengan acceso a formas de apoyo en su función cuidadora.

Ahora bien, en el marco de una situación en donde los derechos de los NNA se han visto vulnerados, hay dos clases de medidas que especifica la ley 26.061 en nuestro derecho local. Las llamadas medidas de protección integral y las de carácter excepcional.

El Art 35 de la ley 26.061 establece un orden que debe respetarse, de esta manera establece que se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de

---

<sup>3</sup> 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.

protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a las niñas, niños y adolescentes.

Luego el art. 37 de la mencionada ley realiza una enunciación de las medidas tendientes a tal fin, aclarando que tal enumeración no es taxativa.

### **3- Cuidados alternativos.**

#### **- Concepto.**

Ya hemos caracterizado a los cuidados alternativos en la introducción a este artículo, sin embargo, debemos recordar que *“...se ha acordado denominar “cuidado alternativo” al realizado por personas diferentes al entorno familiar más próximo de los NNA, mientras que, según el lugar en el que se desarrolle, se definirá como “cuidado alternativo en ámbito residencial” o “cuidado alternativo en ámbito familiar”. Respecto del “cuidado alternativo en ámbito familiar”, el acogimiento familiar es la modalidad más frecuentemente utilizada en distintos países y si bien algunos de sus rasgos difieren según los contextos locales, su característica definitoria es la convivencia familiar del NNA que no tienen vinculación filiatoria con los adultos. De esta manera, más allá de que el acogimiento pueda ser desarrollado por la familia extensa del niño, su característica definitoria es la convivencia familiar de NNA que no tienen vinculación filiatoria con los adultos, sin modificar su status filial ni crear vínculos de parentesco entre ellos. La característica principal de esta modalidad de cuidado es que el status filial del niño/a o adolescente no se modifica.”*<sup>4</sup>

Cabe poner de resalto que en materia de cuidados alternativos son aplicables ciertos principios como los de necesidad, excepcionalidad y temporalidad; legalidad y legitimidad; idoneidad; diligencia excepcional; especialidad y profesionalización. Estos principios constituyen pilares fundamentales para el desarrollo de políticas y prácticas efectivas en el ámbito de los cuidados alternativos, con el objetivo de asegurar el bienestar y la protección integral de los niños en situaciones de vulnerabilidad. Estos principios anteriormente mencionados han sido sistematizados y desarrollados en el Informe “DERECHO DEL NIÑO Y LA NIÑA A LA FAMILIA. CUIDADO ALTERNATIVO. PONIENDO FIN A LA INSTITUCIONALIZACIÓN EN LAS AMÉRICAS.”, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 17 de octubre de 2013 y publicado con el aporte de UNICEF.

#### **-El principio general del interés superior del NNA y derivaciones.**

Parece a prima facie, si imagináramos que los principios aplicables en la materia fueran un mazo de cartas, que este principio es el comodín que puede justificar toda decisión, pero, este “parecer” no le hace justicia. Debidamente aplicado es mucho más que eso. Es un principio rector que invade de punta a punta todo lo normado acerca de nuestros protegidos, NNA.

---

<sup>4</sup> Villalta, Valeria y Llovet, Carla. (2018). Relevamiento y Sistematización de Programas de Cuidado Alternativo en Ámbito Familiar. Buenos Aires: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), pág. 9.

Tal es así que, en el ámbito internacional, la Convención de los derechos del Niño lo consagra en su art. 3, el cual 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.

Al respecto la Corte Interamericana 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 potencialidades, 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”*<sup>5</sup>

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”*.

Este principio también está enmarcado en la ley nacional (26.061), como en la local (9944 – Córdoba), coincidentemente en el Art. 3 de ambas leyes.

Así es que nacionalmente está regulado de la siguiente manera: *“A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.*

A los efectos del tema bajo estudio, me interesa poder destacar algunos aspectos de los que se nombran en el artículo anteriormente citado.

- NNA como sujetos de derechos.

En los últimos años, ha habido un cambio significativo en la percepción de los derechos de los NNA, impulsado por la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en 1989. Esto marcó el inicio de un proceso de adaptación normativa en numerosos países, incluyendo Argentina. Hasta 2005, Argentina estaba regida por la Ley de Patronato de Menores, que otorgaba poder arbitrario a los jueces en la toma de decisiones sobre los NNA. Sin embargo, en 2005 se promulgó la Ley de Protección Integral (26.061), que sigue vigente y refleja los principios de la Convención Internacional sobre los

---

<sup>5</sup> 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

Derechos del Niño. Además, el Código Civil y Comercial de 2015 completó este proceso de cambio de paradigma. Ahora, los NNA son considerados sujetos de derecho en lugar de meros objetos de intervención estatal, enfatizando la importancia de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos y respetar su dignidad. Este cambio ha implicado la adaptación de la legislación nacional a los estándares internacionales establecidos por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

- El derecho de los NNA a ser oídos y su opinión tenida en cuenta

Uno de los aspectos clave de considerar a los NNA como sujetos de derechos es su derecho a ser escuchados y que sus opiniones sean tenidas en cuenta, de acuerdo a su edad y grado de madurez. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) establece este derecho en su artículo 12, garantizando que los Estados Partes permitan a los NNA expresar sus opiniones en asuntos que les conciernen, ya sea directamente o a través de un representante, en procedimientos judiciales o administrativos.

La Ley 26.061 en Argentina también reconoce este derecho en varios de sus artículos, como el art. 24, que habla del derecho de los NNA a opinar y ser escuchados en asuntos que les afectan, y el art. 27, que asegura que su opinión sea primordial al tomar decisiones que los afecten.

Además, el Código Civil y Comercial incluye disposiciones que respaldan este derecho, como el art. 26 y el art. 707, que establecen el derecho de los NNA a ser escuchados en procesos judiciales y a participar en decisiones sobre su persona.

Al efecto de la realización y puesta en práctica de este derecho me gustaría traer a consideraciones algunas pautas que en la Observación general N° 12 “El derecho del niño a ser escuchado” - ONU - Ginebra – 2009, se han efectuado.

En relación a la consideración de la edad se 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 afectan. Como la edad no puede limitarse, y hay niños que por su maduración o por alguna discapacidad no puede expresarse de manera verbal, también se recomienda el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. (Observación general N° 12 “El derecho del niño a ser escuchado” - ONU - Ginebra – 2009. párr. 21 y 29).

Quisiera destacar que los NNA no tienen la obligación de ejercer este derecho. El derecho de expresarse y de ser oído es una facultad del niño, quien podrá decidir si desea o no ejercerlo. Al respecto también se dijo que los NNA deben ejercer este derecho libremente. Los Estados partes deben garantizar unas condiciones para expresar opiniones en que se tenga en cuenta la situación individual y social del niño y un entorno en que el niño se sienta respetado y

seguro cuando exprese libremente sus opiniones. (Observación general N° 12 “El derecho del niño a ser escuchado” - ONU - Ginebra – 2009. párr. 22 y 23).

Asimismo, existen situaciones en donde expresarse libremente pueda poner a los NNA en peligro, sobre esto también se realizó una observación. Los adultos tienen responsabilidad respecto de los niños con los que trabajan y deben tomar todas las precauciones para reducir a un mínimo el riesgo de que los niños sufran violencia, explotación u otra consecuencia negativa de su participación. (Observación general N° 12 “El derecho del niño a ser escuchado” - ONU - Ginebra – 2009. párr. 134).

En tal sentido se expresó el Comité de los Derechos del Niño: *“los Estados partes no siempre tienen en cuenta el derecho del niño a ser escuchado”* y que *“EL 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”*<sup>6</sup>

Por su parte en las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños (N° 7) se destaca: *“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.”*

- Equilibrio entre derechos de los NNA y el bien común.

A lo largo de la historia jurídica, se ha debatido ampliamente sobre el concepto de orden público y su alcance en la protección del bien común y el interés general. Se ha sostenido que el orden público se refiere a los "principios generales de carácter constitucional que sirven de fundamento al orden social, industrial y político"<sup>7</sup>.

En otras palabras, se trata de los principios esenciales que sustentan la organización de una sociedad en sus aspectos políticos, sociales y económicos, garantizando los derechos y deberes de los ciudadanos.

Por otro lado, Borda ha abordado el concepto de "leyes de orden público", definiéndolas como aquellas que se relacionan directa e inmediatamente con la paz y la seguridad sociales, las buenas costumbres, la justicia y la moral primaria. Estas leyes fundamentales y básicas conforman el núcleo sobre el cual se estructura la organización social<sup>8</sup>. En otras palabras, las leyes de orden público son aquellas que protegen los valores esenciales y los fundamentos morales de una sociedad.

Podemos afirmar que el término "orden público" se refiere a un conjunto sólido de principios y reglas que protegen el bienestar común y el interés general.

---

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> Orgaz, Alfredo, "Los límites de la autonomía de la voluntad", LA LEY 64, 224.

<sup>8</sup> Borda, Guillermo A., "Concepto de ley de orden público", LA LEY 58, 997 - 1950



No obstante, es fundamental tener en cuenta que esta definición debe ser interpretada en consonancia con lo establecido en la Constitución y los acuerdos internacionales, teniendo en cuenta la realidad de la sociedad en la que se aplica.

En este contexto, es relevante recordar el artículo 19 de nuestra Carta Magna, que establece que las acciones privadas de los individuos que no ofendan al orden ni a la moral pública, ni perjudiquen a terceros, están reservadas únicamente a Dios y están exentas de la autoridad de los magistrados. Asimismo, el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y en la de su familia.

Es sabido que el concepto de orden público juega un papel protagónico en el ámbito del derecho de las familias. Sin embargo, es fundamental garantizar que su aplicación no implique una restricción indebida de los derechos constitucionales y convencionales.

- Centro de vida.

En la legislación argentina, el término "centro de vida" se define como el lugar donde los niños y adolescentes han residido en la mayor parte de sus vidas bajo condiciones legítimas, según la Ley 26.061. Esta definición se complementa con el decreto reglamentario 415/2006, que toma en cuenta normas internacionales sobre sustracción y restitución de menores. El decreto establece que la interpretación de "centro de vida" debe ser coherente con la definición de "residencia habitual" en los tratados internacionales ratificados por Argentina, garantizando la armonización con estándares internacionales. Es importante destacar que la determinación del "centro de vida" implica considerar múltiples elementos relevantes y también debe mirarse desde una perspectiva sociológica.

En esta línea mentada doctrina ha puntualizado que: *"el centro de vida, está constituido por un conjunto de sensaciones, sentimientos, vivencias, acerca de las personas, cosas o lugares que permiten una construcción subjetiva. Se traduce en sensación de bienestar, de seguridad, sentido de posesión, sentimiento de anclaje no solo en el lugar sino en las cosas. Y que para evaluar en el caso concreto el centro de vida, se debe advertir que un lugar determinado, y no otro, junto con su gente, sus olores, sonidos, es vivido como propio, como natural".*<sup>9</sup> Agregando que *"se deberá considerar el lugar donde la persona menor de edad desarrolla sus actividades, donde está establecida con cierto grado de permanencia, despliega vivencias y mantiene relaciones interpersonales".*<sup>10</sup>

Lo suyo aportó jurisprudencia referida a la temática, que sostuvo: *"... la determinación del "centro de vida" en cada caso particular puede resultar extremadamente complejo toda vez que más allá de los parámetros objetivos que la norma otorga (fundamentalmente el factor temporal y legalidad) se conjuga el componente subjetivo en la formación de ese concepto jurídico abstracto. Este factor se traduce en lo que el niño, niña o adolescente*

<sup>9</sup> AMOREO, María Cristina, cit. en HERRERA, Marisa — CAMELO, Gustavo — PICASO, Sebastián (dirs.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, 1a ed., t. II. p. 570.

<sup>10</sup> BIOCCA, Stella Maris, cit. en en HERRERA, Marisa — CAMELO, Gustavo — PICASO, Sebastián (dirs.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, 1a ed., t. II. p. 571.

*efectivamente sienta como su centro de vida en base a experiencias propias, vínculos familiares, sociales, escolares, injerencias de tipo familiar, etc. (...) concluyo que no necesariamente el lugar donde más tiempo vivió la menor se deba considerar automáticamente el centro de vida o que la ilegitimidad de la mudanza —cuestión que abordaré más adelante— resulten per se (por sí mismas) contrarias a su interés superior. Aun así, considero que ambos componentes del concepto “centro de vida” (el objetivo y el subjetivo) conjugados con el interés superior del niño, deben ser analizados en forma conjunta sin prescindir de ninguno de ellos.”*<sup>11</sup>

Así se suma al concepto de “centro de vida” valoraciones no jurídicas, aquellas que representan a la vida diaria de los NNA. Se destaca en este sentido también lo resuelto por el Juzgado de Familia de Sexta Nominación de la ciudad de Córdoba. Este fallo que se citará no solo se destaca por la inclusión de la perspectiva de género en su decisión, sino también por su innovadora labor interpretativa respecto del concepto de “centro de vida”, otorgándole un significado más amplio y abarcador que aborda aspectos que anteriormente habían sido pasados por alto.

En esta línea argumental indicó: *“Así, si bien es cierto que la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas Niños y Adolescentes, dispone en su art. 3o, inc. d) que ‘se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia’; también es cierto que la referida noción no solo se conforma con el lugar físico donde se reside sino también con quien o quienes resultan ser los referentes cotidianos con los que se comparte la vida. Más precisamente quién se llama por las noches ante un mal sueño, a quién se recurre cuando duele la panza, quién nos despierta con un beso por las mañanas, etc.”*<sup>12</sup>

- La socioafectividad como principio.

La doctrina ha enfatizado recientemente el reconocimiento de la socioafectividad como un principio jurídico dentro del sistema, especialmente en situaciones que demandan una evaluación individualizada y adaptada a cada caso particular.<sup>13</sup>

El concepto de socioafectividad ha adquirido un carácter fundamental en nuestro sistema jurídico al reconocer y visibilizar los vínculos afectivos que existen en la realidad de las vidas de los NNA. Este enfoque reconoce que las relaciones familiares no se limitan únicamente a aspectos normativos o biológicos, sino que también se fundamentan en hechos concretos, el deseo y la voluntad de las personas, y evolucionan a lo largo del tiempo fortaleciéndose en vínculos afectivos profundos.

---

<sup>11</sup> Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala II; S., M. c. M., J. G. s/ cuidado personal de hijos, 23/09/2021.

<sup>12</sup> Juzg. Flia. Nro. 6 de Córdoba, 16/05/2018, "S. M. Y. y otro s/solicita homologación".

<sup>13</sup> Dutto, R. J. (2022). Socioafectividad y derechos. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, pág. 162

Cabe poner de resalto que se ha definido en la doctrina “socioafectividad” como *“aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados con el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo. El criterio socioafectivo se torna hoy al lado de criterios jurídicos y biológicos, en uno nuevo para establecer la existencia del vínculo parental. Se funda en la afectividad, en el mejor interés del niño y en la dignidad de la persona humana”* <sup>14</sup>

En este sentido, se ha vuelto fundamental adoptar una visión amplia y comprensiva de las familias como unidades conformadas por personas que se unen no solo por lazos biológicos o legales, sino principalmente por vínculos afectivos, psicológicos y sentimentales que generan un compromiso mutuo de convivencia y apoyo. De esa manera, se ha sostenido que el afecto gana y se afianza como valor jurídico, toda vez que, sobre él, el derecho pasa a centrar la atención en áreas antes no tocadas. El derecho de las familias ha de estar basado más en la afectividad que en la estricta legalidad.<sup>15</sup>

#### **4.- Acogimiento familiar.**

##### **- Familia ampliada y el caso del referente afectivo**

Ya hemos dicho que es prioritario que se tomen todas las medidas necesarias para que los NNA permanezcan en su núcleo familiar de origen, sin embargo, cuando se vulneran sus derechos y esto no puede ser resuelto mediante las medidas de protección integral, se requiere en pos de salvaguardar su interés superior la separación de sus padres.

Así la Corte IDH ha expresado: *“...el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. En este sentido, 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, temporal”* <sup>16</sup>

Ya se ha mencionado anteriormente en este trabajo la directriz N° 3 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sin embargo, es importante traerla de nuevo a colación ya que de su redacción surge que luego de los esfuerzos por que los NNA permanezcan con sus progenitores, le sigue esfuerzo para que permanezca en su familia ampliada. Así de esta manera reza: *“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”*.

Este orden establecido, por así decirlo es especialmente respetuoso del derecho a la familia y a la identidad del niño. Deja la puerta abierta a un más fácil restablecimiento del niño a la vida familiar con sus padres.

---

<sup>14</sup> Caramelo, Gustavo, "Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos", siguiendo a Saba, Roberto, "(Des) igualdad estructural", en El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario, AAVV, Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), Bs. As., Lexis Nexis, 2007, pp. 163/197, disponible [en línea] [www.infojus.com.ar](http://www.infojus.com.ar).

<sup>15</sup> Dutto, R. J. (2022). Socioafectividad y derechos. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, pág. 59.

<sup>16</sup> Corte IDH, “Caso Fornerón e hija vs. Argentina” (Fondo, Reparaciones y Costas

Esta “prioridad” de la familia ampliada se refleja en las disposiciones de la ley 26.061 y las normas aplicables de nuestro CCYC.

Así, el Art. 41 de la ley 26.061 establece: *“Las medidas consisten en la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes...”*

Por otro costado, este criterio se tiene en cuenta también en el art. 607 del CCyC, que establece que: *“... La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste.”*

Ahora bien, por su parte el art. 657 establece: *“En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro periodo igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código.”*

Si nos pegamos a la literalidad de este último artículo, pareciera que ante situaciones donde debe intervenir el sistema de protección de NNA, esto es “supuestos de especial gravedad”, el art. 657 limita la posibilidad sólo a los parientes para otorgarles la guarda.

Sin embargo, en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación se explicitó: *“El proyecto sigue la postura legislativa adoptada por la ley 24.779 de prohibir las guardas de hecho, pero lo hace con mayor precisión al facultar al juez a separar de manera transitoria o permanente al niño de los guardadores de hecho, excepto que se trate de guardadores que tienen vínculo de parentesco o afectivo con el niño.”<sup>17</sup>*

A pesar de ello, como se adelantó líneas anteriores, la redacción definitiva del art 657 del CCyC se limitó a nombrar a los parientes. Entonces pues, nada obsta que se interprete el mencionado artículo de manera dinámica con el art. 607 que habilita también a los referentes afectivos para ofrecerse a ser guardadores o tutores del NNA y así impedir la declaración de estado de adoptabilidad.

Ahora bien, nos introducimos en terreno sombrío cuando nos preguntamos desde cuándo debe darse esa especial relación fundada en una genuina socioafecidad. La norma no aclara desde cuándo debe existir aquel “vínculo afectivo” que habilita frenar la declaración de adaptabilidad, pero existe variada jurisprudencia al respecto.

En relación a esto se destaca el siguiente fallo que cito: *“... Por ello considero que además de ese carácter y del fuerte lazo con el niño que debe requerirse del “referente afectivo”, es necesario que el vínculo se haya generado con anterioridad a la intervención del ente administrativo de protección, o lo que*

---

<sup>17</sup> Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, pag. 103

*es lo mismo, que no haya tenido como origen, precisamente, la medida excepcional adoptada en protección del niño o adolescente...”*<sup>18</sup>

En esta senda, es necesario interpretar las normas aplicables de manera coherente con el sistema de derechos humanos, y de acuerdo con los artículos 1 y 2 del CCyC.

Se ha dicho respecto del art. 611 del CCyC *“...que la excepción ...no se circunscribe a los parientes, sino a aquellas situaciones excepcionales de socioafectividad en el que la relación entre la familia de origen y la guardadora (los adultos) es cierta, previa, genuina”*<sup>19</sup>

En este punto de nuestro trabajo, es el momento adecuado para aplicar los conceptos que hemos analizado en relación a la socioafectividad y, al mismo tiempo, interpretar la normativa de manera amplia y abarcadora en términos de derechos.

Ahora bien, efectuadas esta consideración de lo abarcativo de “familia ampliada”, debemos mencionar que el art. 657 establece que cumplido el plazo estipulado, esto es, un año prorrogable por otro periodo igual, el juez deberá resolver la situación del NNA mediante otras figuras.

En este contexto, surge la figura de la tutela, ya que tal remisión se ajusta a lo dispuesto en el artículo 104 del CCyC.

En comentario al mencionado artículo se explica que *“Debe incluirse, por analogía, y dándose especial consideración en el otorgamiento de la tutela, a la figura del progenitor afín, ya que el Código también lo tiene previsto al habersele asignado, en los art. 674 CCyC (y su presupuesto legal, el art. 673 CCyC), los deberes y responsabilidades análogos a los de la tutela en los supuestos que allí se describen. Por ende, debe incluirse entre los pretendidos referentes adultos responsables a desempeñarse como tutores para asumir la crianza, el cuidado de los niños, y la preservación de su patrimonio, a los progenitores afines siempre que se den los supuestos regulados por este Código”*.<sup>20</sup>

Una vez más la socioafectividad cobra especial protagonismo en esta figura que regula la manera definitiva como quedará establecido el cuidado alternativo del NNA.

#### - Familias de Acogida.

Cuando las posibilidades de que los NNA permanezcan con sus progenitores o con su familia ampliada se agotan, debe tomarse la decisión de otra familia pueda albergarlos.

Las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, establecieron en su directriz 14 que: *“La separación del niño de su propia familia debería considerarse como medida de último recurso (...)”*. Por eso

---

<sup>18</sup> Juzgado de Competencia Múltiple de Villa Cura Brochero -Fecha: 27-03-2017 Cita: IJ-CCCVL-109

<sup>19</sup> Proyecto de Ley 2017 Nancy S. González.- Beatriz G. Mirkin. www.senado.gob.ar.

<sup>20</sup> (HERRERA, Marisa — CAMELO, Gustavo — PICASO, Sebastián (dirs.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, 1a ed., t. I. p. 218.)

diremos que sólo si no puede mantenerse al NNA con su familia ampliada, deberá optarse por ubicar al niño bajo el cuidado y la guarda de una familia acogedora.

De esta manera, se ha sostenido que el derecho de todo niño a ser parte de una familia, no se refiere ni se reduce únicamente a su familia biológica.<sup>21</sup>

Cabe destacar por otra parte que cobra especial relevancia el derecho a vivir en familia cuando se trata de niños pequeños, pues en los primeros años de vida el vínculo afectivo y el contacto personal son cruciales para su desarrollo. La colocación de estos niños en hogares o residencias institucionales puede acarrear consecuencias adversas en su crecimiento y desarrollo integral, por ello es que se alienta a que se prefiera este tipo de acogimiento y no el residencial, cuestión que abordaremos más adelante. (Directrices de las Naciones Unidas sobre Modalidades Alternativas de Cuidados de los Niños del año 2009. Directriz 21)

Respecto del “cuidado alternativo en ámbito familiar”, ya hemos dicho que su característica definitoria es la convivencia familiar del NNA que no tienen vinculación filiatoria con los adultos. De esta manera, más allá de que el acogimiento pueda ser desarrollado por la familia extensa del niño, su característica definitoria es la convivencia familiar de NNA que no tienen vinculación filiatoria con los adultos, sin modificar su status filial ni crear vínculos de parentesco entre ellos. La característica principal de esta modalidad de cuidado es que el status filial del niño/a o adolescente no se modifica.<sup>22</sup>

En el "Relevamiento y Sistematización de Programas de Cuidado Alternativo en el ámbito familiar" se destaca que la mayoría de las provincias argentinas han establecido criterios específicos para la idoneidad de las familias que desean ser consideradas para cuidado alternativo. Excluyentemente, todas las provincias, excepto San Luis y Corrientes, requieren que las familias no estén inscritas en el Registro Único de Aspirantes a guardas con fines de Adopción. Además de este requisito, algunas provincias han establecido criterios adicionales, como la ausencia de antecedentes penales, la no inclusión en el listado de deudores alimentarios y la falta de denuncias por violencia familiar. También se exige que las familias cuenten con ingresos y vivienda adecuados y muestren disposición para capacitarse. El consentimiento de todos los miembros de la familia también se considera un requisito esencial en muchas provincias. Estos criterios buscan asegurar que los aspirantes cuenten con las condiciones necesarias para brindar un entorno seguro, afectuoso y adecuado para el desarrollo de un niño.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Cámara de Familia de Mendoza, 02/09/2015, DINAF p/los menores S. L., K. V. S. L. y R. A. s/ control de legalidad, LLGran Cuyo2015 (noviembre), 1128-DJ25/11/2015, 69-RCCYC 2015 (diciembre), 16/12/2015, 118-DFYP 2016 (mar- 20), 75, La Ley Online, Cita Online: AR/JUR/29430/2015.

<sup>22</sup> Villalta, Valeria y Llovet, Carla. (2018). Relevamiento y Sistematización de Programas de Cuidado Alternativo en Ámbito Familiar. Buenos Aires: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), pág. 9.

<sup>23</sup> Villalta, Valeria y Llovet, Carla. (2018). Relevamiento y Sistematización de Programas de Cuidado Alternativo en Ámbito Familiar. Buenos Aires: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), pág. 24.

De esta sistematización también se desprende que, de acuerdo al último relevamiento, se puede decir que los Programas de Acogimiento familiar alcanzan al 14% de la población de NNA separados de su medio familiar.<sup>24</sup> Un porcentaje bajo si el objetivo es la desinstitucionalización de NNA.

Quizás esto se deba a los obstáculos que se encuentran a la hora de implementar estos programas. Entre ellos se nombran: la escasez de recursos, la extensión de los plazos de las medidas excepcionales de protección más allá de lo previsto por ley, la derivación de acogimientos prolongados en solicitudes de adopción, el desconocimiento de los programas por parte de distintos actores institucionales, las dificultades para articular con el poder judicial, la debilidad en el trabajo con las familias de origen y su vinculación con las familias de acogimiento en tanto estrategia para la restitución de derechos.<sup>25</sup>

En cuanto a la escasez de recursos, se destacan la falta de recursos humanos para realizar el acompañamiento en procesos de vinculación y “desapego” entre los niños y las familias. El trabajo para el seguimiento de las familias de origen y solidarias. El problema referido al desborde de trabajo con la consecuente imposibilidad de brindar el tiempo adecuado para el seguimiento y acompañamiento en cada caso. Problema que se potencia con la falta de recursos materiales, por ejemplo, la movilidad, las malas condiciones laborales de los/as trabajadores/ras de las áreas de la infancia. No contar con un presupuesto específico ha sido señalado como un tema a trabajar.

La mayoría de los programas carece de presupuesto propio y en la mayoría de las provincias la situación de recursos es limitada. En la mayoría de los casos, los programas incluyen un/a psicólogo/a y un trabajador/a social que trabajan en duplas. Las provincias son homogéneas en la escasa retribución salarial que se asigna a las/os trabajadores encargados de estas tareas. A su vez, en la mayoría de las provincias la situación de infraestructura y de recursos es limitada. Ello implica que los agentes muchas veces trabajen en malas condiciones edilicias, poco funcionales (sin acceso a internet y teléfonos), no cuenten con móviles para el traslado, y tampoco accedan a viáticos, lo que dificulta las tareas de seguimiento territorial. Por otro costado y también referido a esta problemática “presupuestaria”, existe el escollo del hecho de que las familias de acogida no reciban ningún monto económico a cambio de todo el trabajo que realizan.<sup>26</sup>

Me atrevería decir que la extensión de los plazos de las medidas excepcionales de protección más allá de lo previsto por ley y la derivación de acogimientos prolongados en solicitudes de adopción son obstáculos que van de la mano. Ello puesto que en la mayoría de los casos estos pedidos se originan

---

<sup>24</sup> Villalta, Valeria y Llovet, Carla. (2018). Relevamiento y Sistematización de Programas de Cuidado Alternativo en Ámbito Familiar. Buenos Aires: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), pág. 23.

<sup>25</sup> Villalta, Valeria y Llovet, Carla. (2018). Relevamiento y Sistematización de Programas de Cuidado Alternativo en Ámbito Familiar. Buenos Aires: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), pág. 3.

<sup>26</sup> Villalta, Valeria y Llovet, Carla. (2018). Relevamiento y Sistematización de Programas de Cuidado Alternativo en Ámbito Familiar. Buenos Aires: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), pág. 22 y 40.

justamente por no respetarse los plazos establecidos por la ley. Allí es donde se generan vínculos humanos, que se “cuelan”, por así decirlo, por una hendijita de realidad dentro un amplio conjunto de normas y leyes que nos rigen como sociedad.

Se reconoce la problemática que se genera cuando, el tiempo que debía pasar un NNA en una “familia solidaria” se extiende más de lo debido, y como consecuencia de ello se forjan vínculos madre/hija, madre/hijo, padre/hija, padre/hijo, hermana/hermano, que en un principio no estaban previstos. Si bien es cierto que en muchas ocasiones este proceso de “acogida” se desarrolla con éxito, y los niños pueden encontrar un disfrute pleno de sus derechos en sus familias originarias o en una tercera familia inscripta en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, lo cierto es que en muchas otras ocasiones esto no sucede así.

La cuestión está en que estas familias solidarias están pensadas para ser “transitorias” o “temporales”. Esto encuentra sustento en que se busca primeramente agotar todas las posibilidades tendientes a que los NNA puedan encontrar satisfechas sus necesidades y derechos en la familia en la cual han nacido, regresando a su seno una vez sobrepasado el obstáculo (sea cual fuere) por el cual tuvieron que apartarse “momentáneamente” de ella.

El obstáculo a superar está dado por el factor tiempo. En muchas ocasiones, muchas más de las deseadas y contempladas la “medida de protección excepcional” se extiende en el tiempo más de lo que debería. Y lo que tendría que haber sido una situación temporal o transitoria se va lentamente transformando en una realidad permanente para NNA que se encuentran en esta circunstancia.

En esta senda mentada doctrina ha señalado: *“El factor tiempo es un elemento de suma relevancia en todo lo atinente a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, observándose en el campo de la adopción un peso fuerte, ya que los niños forjan su identidad en todo momento, aún como niños institucionalizados, y sin resolverse su situación familiar de manera definitiva, por lo cual a medida que el tiempo transcurre, no sólo se dificulta cada vez más el regreso del niño a la familia de origen, sino también su inserción en una familia adoptiva”*.<sup>27</sup>

Si bien aquí se refiere a la situación en que NNA están institucionalizados, lo cierto es que sea que la medida excepcional se desarrolle en una institución como los llamados “hogares de niños” o lo sea bajo un Programa de Acogimiento familiar, el NNA va forjando su identidad igualmente.

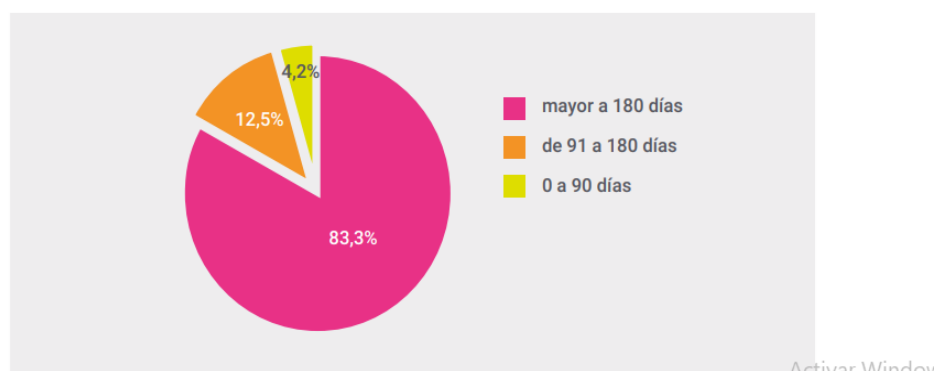
Se ha llevado adelante un relevamiento efectuado por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (Ministerio de Desarrollo Social de la Nación) titulado: “Situación de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina - Actualización 2020” el cual arroja el siguiente resultado en relación al factor tiempo”:

---

<sup>27</sup> Herrera, Marisa. (2014). Tratado de Derecho de Familia, Tomo III. Santa Fe : Rubinzal Culzoni, pág. 71.



JURISDICCIONES SEGÚN TIEMPO DE PERMANENCIA INSTITUCIONAL DE NIÑAS, NIÑOS, ADOLESCENTES Y JÓVENES ALOJADOS EN DISPOSITIVOS DE CUIDADO RESIDENCIAL O FAMILIAR. TOTAL JURISDICCIONES. EN PORCENTAJES



Fuente: elaboración propia, sobre la base de datos del relevamiento de 2020

Tal como se puede observar en el gráfico anterior, la amplia mayoría de las jurisdicciones (83,3%) han señalado que el plazo de permanencia más frecuente de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes alojados en dispositivos de cuidado residencial o familiar supera los 180 días, mientras que un 12,5% de las jurisdicciones señala que el plazo más frecuente se encuentra entre 91 y 180 días, y un 4,2% lo sitúa entre 0 y 90 días.<sup>28</sup>

Ahora bien, el conflicto se da en virtud de que, en todas las provincias, a excepción de San Luis y Corrientes, establecen que los aspirantes deben cumplir de manera excluyente el requisito de no estar inscriptos en el Registro Único de Aspirantes a guardas con fines de Adopción.<sup>29</sup>

A menudo, los niños llegan a familias solidarias muy temprano en la vida y pasan sus primeros años con ellas. Esto plantea preguntas sobre el impacto psicológico de ser desarraigados nuevamente después de haber formado vínculos durante esos años cruciales. Para los niños, estos primeros años son la mayor parte de sus experiencias de vida. Algunos llegan a familias solidarias a una edad en la que buscan formar su identidad y establecer relaciones sociales y escolares. Cobra especial relevancia aquí aplicar el concepto de “identidad dinámica”, que no puede soslayarse.

A pesar de que las familias solidarias se comprometen a cuidar a los niños de manera temporal sin pretender la adopción, los niños no pueden evitar “encariñarse” o ver en sus cuidadores un rol maternal o paternal. La pregunta clave es si el enfoque actual realmente protege los derechos de los niños y si podemos mejorar la brecha entre la ficción jurídica y la realidad vivida.

Es esencial que los principios del interés superior del niño y la tutela judicial efectiva se reflejen de manera más palpable en la vida de cada NNA.

<sup>28</sup> SENAF, Situación de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina - Actualización 2020, Primera edición, marzo de 2022, pág. 53/54

<sup>29</sup>Villalta, Valeria y Llovet, Carla. (2018). Relevamiento y Sistematización de Programas de Cuidado Alternativo en Ámbito Familiar. Buenos Aires: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), pág. 24.

Relacionado a esto se menciona en el Informe antes referido entre las valoraciones negativas de los programas de Acogimiento familiar, el riesgo de que la familia de acogida utilice medios no lícitos o bien recurra a mecanismos pseudo-legales para “quedarse” con el niño/a, el “doble abandono”, y el no cumplimiento de los plazos de acogimiento familiar y la duración indeterminada de las medidas que a veces puede llegar a resultar en años de convivencia del niño/a con la familia de acogida.<sup>30</sup>

No puedo más en estas líneas que dejar planteada la inquietud, la incomodidad y el cuestionamiento.

Aquí es donde doctrina y jurisprudencia se dividen, unos sostendrán que la ley está para ser cumplida. Y otros se inclinarán por reconocer y dar sustento jurídico a las relaciones socioafectivas forjadas a punta de experiencias e identidades dinámicas.

Así se ha sostenido: *“...es necesario que los jueces emitan el mensaje de que la ley debe cumplirse, y para ello el régimen legal previsto no tiene que ser bastardeado; por lo que pensamos que constituye un exceso decretar inconstitucionalidades o eludir el cumplimiento de normas precisas acudiendo dogmáticamente a la invocación genérica de los arts. 1° a 3° del Código Civil y Comercial de la Nación. Resulta fundamental que el aspirante a la adopción haya pasado por los equipos especializados de los registros encargados de elaborar los listados. Desde luego que no alcanza con la mera inscripción, siendo básica la evaluación por parte de los idóneos....Por lo demás, es sabido que ese trabajo no puede ser realizado solo por los magistrados, quienes carecen de la debida capacitación, y por eso el indispensable auxilio de los mentados equipos técnicos. Sin perjuicio de los ya anotados arts. 600, inc. b) y 634, inc. h), del Código, es necesario recordar de nuevo el primer párrafo del art. 613, que no ofrece dudas: el juez "selecciona a los pretensos adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes". (...) el ya recordado último párrafo del art. 611 del Código; el cual, sin establecer excepciones, precisa que la guarda de hecho (la ejerza o no un pariente) no puede ser considerada a los fines de la adopción...”. Por otra parte, agrega Mizrahi, “si la pretensión es inscribirse en el Registro después de tener la guarda de hecho del niño, el citado Consejo del RUAGA, según el Acta del 8 de junio de 2012, recomendó enfáticamente no inscribir a personas que detenten guardas de hecho con anterioridad y tengan la intención de regularizar la situación. Desde luego que la imposibilidad de la adopción alcanza también a la guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, aunque el guardador se hallare inscripto en el Registro; e incluso en el supuesto de que haya sido evaluado positivamente...(art. 611, último párrafo, del Código)...”<sup>31</sup>*

Del otro lado de la vereda se encuentra jurisprudencia que sostiene: *“¿Cómo compadece ignorar una situación de hecho desarrollada en el curso de*

---

<sup>30</sup>Villalta, Valeria y Llovet, Carla. (2018). Relevamiento y Sistematización de Programas de Cuidado Alternativo en Ámbito Familiar. Buenos Aires: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), pág. 39.

<sup>31</sup> (Mizrahi. Mauricio Luis; “Niños en guardas de hecho y judiciales. Interpretación equivocada del artículo 611 del Código Civil y Comercial, Capítulo IV. La prohibición de adoptar no tiene excepciones. Publicado en: DFYP 2019 septiembre, 09/09/2019, 3, cita Online: AR/DOC/2542/2019).

diez años en la que claramente una niña se ha referenciado con una mujer como su madre? ¿Cómo ignorarla cuando para esta niña esa mujer es su madre en sus relaciones sociales, en la escuela, en el barrio, en el almacén de la esquina, en su ámbito familiar y para su propio hermano ha operado como madre? ¿Quién de todos nosotros le dice a esta niña “no sos hija porque una norma le prohíbe al juez tener en cuenta tu historia”, cuando por otra parte no ha existido ningún elemento de ilicitud en el origen de esos hechos? En situaciones como la descrita no alcanzo a dimensionar como una interpretación de la norma apegada a su literalidad pueda compadecerse con la puesta en acto del superior interés del niño y del derecho a una familia (a otra familia) cuando su aplicación arroja un resultado marcadamente contradictorio con su identidad construida y con la familia que en los hechos lo ha cobijado como hijo. Es decir, la prohibición, tan contundente e inflexible, invisibiliza el andamiaje y por ende se muestra contraria al Art. 8° de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.” (...) Concluye: “La prohibición de ponderación de la guarda de hecho, las guardas judiciales y las delegaciones de ejercicio de la responsabilidad parental en el marco de una adopción es una norma calificable al menos de inelástica. En este punto el Código desconoce la riqueza y variedad de los vínculos humanos y también se coloca un poco más allá de las propias normas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en tanto y en cuanto obliga al juez a desestimar lo cotidiano en la vida de un niño, es decir, la realidad de ese niño o esa niña en particular. La norma, tal cual está escrita, no tiene válvula de escape y bloquea la mirada del juez sobre aquellos casos donde los vínculos de hecho construidos por los propios niños son la voz cantante del derecho.”<sup>32</sup>

Pese a estas dificultades mencionadas, el acogimiento familiar se destaca como una opción valiosa en comparación con la institucionalización, ofreciendo un trato personalizado, favoreciendo el desarrollo emocional y brindando oportunidades de socialización en un entorno familiar saludable. Además, prepara a los NNA para futuros procesos de adopción, les permite mantenerse cerca de su entorno y comunidad.<sup>33</sup>

### **5.- Acogimiento residencial. Instituciones.**

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, existen diferentes opciones para suplir las necesidades de protección de los NNA que no cuentan con el cuidado de sus padres, una de ellas es el acogimiento residencial en centros o instituciones especializadas diseñados para brindarles aquella atención y cuidado que requieren.

#### **- Carácter subsidiario. Último recurso.**

Esta medida especial de protección se establece como subsidiaria, lo cual significa que se considera como último recurso. En otras palabras, se prioriza la

---

<sup>32</sup> (Trib. Col. Fam. N°%, Rosario, 07/09/2016, L.A.s/guarda preadoptiva;; L.A.ES/adopción, ErreNews-Santa Fe – Novedades–N°96-

19/9/2016, <http://errei.us.errepar.com/sitios/ver/html/20160913153028823.html>).

<sup>33</sup> Villalta, Valeria y Llovet, Carla. (2018). Relevamiento y Sistematización de Programas de Cuidado Alternativo en Ámbito Familiar. Buenos Aires: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), pág. 38/39 y 46

búsqueda de opciones de cuidado en un entorno familiar, siempre que sea posible y esté en el mejor interés del niño.

Así surge de las Directrices de las Naciones Unidas sobre Modalidades Alternativas de Cuidados de los Niños del año 2009, más concretamente de las directrices 20 y 22.

Existen numerosas evidencias acumuladas a lo largo del tiempo han puesto en tela de juicio la idoneidad del internamiento en instituciones residenciales como medida de protección para los NNA. Los posibles impactos negativos abarcan desde la falta de vínculos afectivos significativos hasta la exposición a riesgos de violencia y explotación. Por tanto, es necesario impulsar enfoques alternativos que prioricen el cuidado en entornos familiares para garantizar el bienestar y desarrollo integral de los NNA.

#### - Estadísticas.

Se destacan las estadísticas en nuestro país que, a pesar de disposiciones de raigambre convencional, constitucional, y de normativa nacional y provinciales, que lo caracterizan como “último recurso” reflejan un número elevadísimo de NNA institucionalizados.

El siguiente cuadro estadístico, ha sido elaborado en el marco de un relevamiento efectuado por la Secretaria Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (Ministerio de Desarrollo Social de la Nación) titulado: “Situación de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina - Actualización 2020” arrojando los siguientes números:

JURISDICCIÓN	NNAyJ en cuidado residencial	NNAyJ en cuidado familiar	Total	Dispositivos cuidado residencial (%)	Dispositivos cuidado familiar (%)
BUENOS AIRES	3.639	218	3.857	94,3%	5,7%
CABA	851	52	903	94,2%	5,8%
CATAMARCA	37	0	37	100,0%	0,0%
CHACO	143	1	144	99,3%	0,7%
CHUBUT	64	25	89	71,9%	28,1%
CÓRDOBA	463	166	629	73,6%	26,4%
CORRIENTES	133	0	133	100,0%	0,0%
ENTRE RÍOS	449	3	452	99,3%	0,7%
FORMOSA	64	0	64	100,0%	0,0%
JUJUY	79	27	106	74,5%	25,5%
LA PAMPA	63	48	111	56,8%	43,2%
LA RIOJA	20	10	30	66,7%	33,3%
MENDOZA	608	27	635	95,7%	4,3%
MISIONES	258	no informa	258	100,0%	0,0%
NEUQUÉN	120	46	166	72,3%	27,7%
RÍO NEGRO	71	30	101	70,3%	29,7%
SALTA	223	0	223	100,0%	0,0%
SAN JUAN	98	0	98	100,0%	0,0%
SAN LUIS	0	34	34	0,0%	100,0%
SANTA CRUZ	42	22	64	65,6%	34,4%
SANTA FE	749	300	1.049	71,4%	28,6%
S. DEL ESTERO	64	58	122	52,5%	47,5%
T. DEL FUEGO	24	88	112	21,4%	78,6%
TUCUMÁN	326	11	337	96,7%	3,3%
<b>TOTAL</b>	<b>8.588</b>	<b>1.166</b>	<b>9.754</b>	<b>88,0%</b>	<b>12,0%</b>

Fuente: elaboración propia, sobre la base de datos del relevamiento de 2020

34

<sup>34</sup> SENAF, Situación de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina - Actualización 2020, Primera edición, marzo de 2022. (Ministerio de Desarrollo Social de la Nación), pág. 47.

Como oportunamente se adelantó al momento de analizar los cuidados alternativos en familias de acogidas, se destaca la legislación de la provincia de San Luis. En el año 2013 se sancionó en la mencionada provincia la ley Ley N° IV 087/2013 que prohibió la apertura de instituciones de internación en salud mental, para adultos mayores y para niños/as y adolescentes sin cuidados parentales. Así, se observa en el cuadro antes expuesto que en dicha provincia no existen NNA institucionalizados.

En síntesis, aunque se considera que el ingreso en una modalidad de acogimiento residencial debe ser la última opción, los datos obtenidos indican que, a excepción de la provincia mencionada, el número de NNA que ingresan en cuidados residenciales sigue siendo muy elevado en comparación con otras alternativas. También se ha observado que algunos de estos NNA permanecen durante períodos prolongados en estas instituciones, a pesar de que se debería procurar que su estancia fuera lo más breve posible. (ver cuadro expuesto en pág. 19).

## **6.- Conclusión.**

De lo expuesto hasta aquí, se ha destacado la importancia de plantear las preguntas adecuadas y reflexionar sobre los desafíos en la protección de los derechos de los NNA. En particular, su derecho a vivir en familia. Se ha hecho hincapié en la necesidad de adoptar una mirada adecuada para abordar los conflictos que afectan a los NNA, basada en principios fundamentales de tratados internacionales y la ley nacional de protección de los derechos de los NNA.

Se ha reconocido la relevancia de garantizar que los cuidados alternativos se desarrollen en entornos familiares, respetando los límites temporales de las medidas excepcionales.

Por su parte, el principio del interés superior del niño, el derecho a ser oído y la importancia de los vínculos afectivos se han destacados como elementos fundamentales. Se ha subrayado la necesidad de adaptar el derecho de las familias a las transformaciones sociales y responder a las necesidades de las familias contemporáneas.

En este contexto, es esencial comprender que el derecho no puede quedarse en el ámbito teórico y abstracto, sino que debe llegar a la vida cotidiana de las personas. El derecho encuentra su razón de ser en las relaciones interpersonales y en la especie del derecho de las familias, en la protección de los vínculos familiares. Es por eso que resulta relevante citar al profesor Marcelo José Molina, quien nos insta a adoptar una perspectiva comprometida y empática en la aplicación del derecho, que en sus palabras nos invita a los operadores de Derecho a aplicarlo con las "patas en el barro" y las "manos en la Constitución".<sup>35</sup>

## **7. Referencias:**

---

<sup>35</sup> ("Las "patas" en el barro, las manos en la Constitución", El ejercicio del derecho con la mirada puesta en el otro. Por Marcelo José Molina. "La Capital". 28 de Septiembre de 2018. <https://www.lacapital.com.ar/opinion/las-patas-el-barro-las-manos-la-constitucion-1681453.html>).

AMOREO, María Cristina, cit. en HERRERA, Marisa — CAMELO, Gustavo — PICASO, Sebastián (dirs.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, 1a ed., t. II.

BIOCCA, Stella Maris, cit. en en HERRERA, Marisa — CAMELO, Gustavo — PICASO, Sebastián (dirs.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, 1a ed., t. II.

Borda, Guillermo A., "Concepto de ley de orden público", LA LEY 58, 997 – 1950

Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala II; S., M. c. M., J. G. s/ cuidado personal de hijos, 23/09/2021.

Cámara de Familia de Mendoza, 02/09/2015, DINAF p/los menores S. L., K. V. S. L. y R. A. s/ control de legalidad, LLGran Cuyo2015 (noviembre), 1128-DJ25/11/2015, 69-RCCYC 2015 (diciembre), 16/12/2015, 118-DFYP 2016 (mar-20), 75, La Ley Online, Cita Online: AR/JUR/29430/2015.

Carmelo, Gustavo, "Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos", siguiendo a Saba, Roberto, "(Des) igualdad estructural", en El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario, AAVV, Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), Bs. As., Lexis Nexis, 2007, pp. 163/197, disponible [en línea] [www.infojus.com.ar](http://www.infojus.com.ar).

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.

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.

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.

Corte IDH. Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242.

Dutto, R. J. (2022). Socioafectividad y derechos. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.

Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

Herrera, Marisa. (2014). Tratado de Derecho de Familia, Tomo III. Santa Fe : Rubinzal Culzoni.

HERRERA, Marisa — CAMELO, Gustavo — PICASO, Sebastián (dirs.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, 1a ed., t. I.

Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "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>.

Juzg. Flia. Nro. 6 de Córdoba, 16/05/2018, "S. M. Y. y otro s/solicita homologación".

Juzgado de Competencia Múltiple de Villa Cura Brochero -Fecha: 27-03-2017  
Cita: IJ-CCCVL-109.

Mizrahi. Mauricio Luis; "Niños en guardas de hecho y judiciales. Interpretación equivoca del artículo 611 del Código Civil y Comercial, Capítulo IV. La prohibición de adoptar no tiene excepciones. Publicado en: DFYP 2019 septiembre, 09/09/2019, 3, cita Online: AR/DOC/2542/2019.

Molina, Macelo José. "Las "patas" en el barro, las manos en la Constitución", El ejercicio del derecho con la mirada puesta en el otro. "La Capital". 28 de Septiembre de 2018. <https://www.lacapital.com.ar/opinion/las-patas-el-barro-las-manos-la-constitucion-1681453.html>

Orgaz, Alfredo, "Los límites de la autonomía de la voluntad", LA LEY 64, 224. Proyecto de Ley 2017 Nancy S. González.- Beatriz G. Mirkin. [www.senado.gob.ar](http://www.senado.gob.ar).

SENAF, Situación de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina - Actualización 2020, Primera edición, marzo de 2022. (Ministerio de Desarrollo Social de la Nación).

Trib. Col. Fam. N°%, Rosario, 07/09/2016, L.A.s/guarda preadoptiva;; L.,A.ES/adopción, ErreNews-Santa Fe – Novedades–N°96-19/9/2016,<http://erreius.errepar.com/sitios/ver/html/20160913153028823.html>.

Villalta, Valeria y Llovet, Carla. (2018). Relevamiento y Sistematización de Programas de Cuidado Alternativo en Ámbito Familiar. Buenos Aires: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).