

# ***El derecho de todo niño, niña y adolescente de crecer en un ambiente familiar. Las familias solidarias y el paso del tiempo. Algunas reflexiones***



**Dra. María Candelaria Alegre**

Prosecretaria del Juzgado de Familia del Distrito Judicial N° 6 de Cañada de Gómez

## Introducción

El presente trabajo intenta reflexionar sobre la temática del paso del tiempo y los alojamientos de niñas, niños y adolescentes que, por una grave vulneración en sus derechos, han sido alojados por una nueva familia –diferente a la de origen– conocida como «familias solidarias» en el marco de una medida de protección excepcional establecida por el artículo 51 de la Ley Provincial 12.967 y su posterior modificación mediante Ley 13.237.

## Medidas excepcionales: su aplicación

Es sabido, por aquellos que tenemos un contacto diario con la problemática, que son muchos los niños, niñas y adolescentes que no pueden crecer dentro del seno de su familia de origen. Las causales de esta problemática son múltiples y variadas según el contexto sociopolítico que se encuentre atravesando el país.

Por su parte la Convención Internacional sobre los derechos del Niño y de la Niña establece en su artículo 9.1. que «Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres con-

*tra 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».*<sup>1</sup>

Es en estos casos cuando actúa en nuestra Provincia el órgano del Estado con competencia para aplicar una medida de protección excepcional (Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia a través de la Dirección Provincial de Promoción de los derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia y/o Delegaciones Regionales) mediante resolución administrativa.

*«Las medidas de protección excepcional son aquellas medidas subsidiarias y temporales que importan la privación de la niña, niño o adolescente del medio familiar o de su centro de vida en el que se encuentra cuando el interés superior de éstos así lo requiera. Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del pleno ejercicio*

*y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias y solo proceden cuando la aplicación de las medidas de protección integral resulten insuficientes o inadecuadas para su situación particular».*<sup>2</sup>

Para lograr la finalidad establecida por la ley existen diferentes formas de «alojamiento temporal» de las niñas, niños y adolescentes sujetos de las medidas referidas.

La ley 12.967 establece en su artículo 52 las siguientes:

a) Permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos. Las medidas consisten en la búsqueda e individualización de las 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.

b) En forma excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar. Se entiende por «forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar» a

## Secretarios

El derecho de todo niño, niña y adolescente de crecer en un ambiente familiar  
Las familias solidarias y el paso del tiempo. Algunas reflexiones

la convivencia de la niña, niño y/o adolescente en ámbitos de cuidado bajo las modalidades familiares (Familias Solidarias) y/o institucionales públicos o privados.

### Alojamiento temporal en Familia Solidaria. Su programa en Santa Fe

El programa de «Familias Solidarias» es un programa del Ministerio de Desarrollo Social de la provincia de Santa Fe cuyo objetivo es brindar cuidados transitorios a niñas, niños y adolescentes, como alternativa a la institucionalización, conforme a los principios y disposiciones que establece la Ley Provincial N° 12.967 y sus modificatorias.

El programa nuclea a personas o grupos familiares que desean brindar transitoriamente atención, protección y cuidados a niñas, niños y adolescentes que atraviesan una situación de vulneración que pone en riesgo el ejercicio pleno de sus derechos.

El objetivo es brindar un ambiente familiar estable, en el que puedan recibir cuidados, atención y la educación necesaria que faciliten sus desarrollos integrales, sin perder sus identi-

dades de origen hasta que se resuelvan sus situaciones singulares.

El Programa establece que pueden constituirse como Familia Solidaria: personas solas, matrimonios o parejas, mayores de 25 años, con residencia en la Provincia de Santa Fe de al menos dos años, interesados en brindar protección y acogimiento de manera transitoria a niñas, niños y adolescentes.

Deben tener medios de vida estables; gozar de un estado de salud físico y psíquico que no dificulte el cuidado del niño acogido; flexibilidad y adaptabilidad a situaciones nuevas, respeto por la historia personal del niño o niña acogido; un entorno relacional amplio que favorezca la integración del niño acogido; aceptación de la relación con la familia de origen y una actitud positiva para la formación y el seguimiento.

Es tipo de acogimiento familiar impone a su vez la obligación de respetar la identidad del niño y la de facilitar todas las medidas tendientes a la revinculación del niño con su familia de origen o bien con la nueva familia elegida como adoptante del niño –mediante proceso judicial– a los fines que esta se constituya como familia definitiva.

### La familia solidaria y el tiempo

Es claro en relación a lo conceptual, que la familia solidaria es un ámbito de alojamiento TEMPORARIO para el niño, niña y/o adolescente. Tal como se establece dentro del programa: la familia acogedora deberá aceptar la separación del niño, niña y/o adolescente al momento de su integración a su familia de origen o familia adoptiva, ya que su alojamiento es transitorio.

Esta transitoriedad está dada legalmente por el plazo de duración de la medida de protección excepcional.

Dichas medidas desde su adopción hasta su resolución, esto es definir judicialmente si el niño deberá regresar con su familia de origen, mantener la convivencia con alguna rama de su familia ampliada o bien ser declarado en estado de adoptabilidad, tiene un plazo establecido por el Nuevo Código Civil y Comercial de 180 días. En caso que la administración considere que el niño, niña y/o adolescente debe ser declarado en situación de adoptabilidad, el juez posee un plazo de 90 días más para así determinarlo.<sup>3</sup>

Estos plazos legales son los que determinan la transitoriedad del alojamen-

to del niño junto a la familia solidaria.

A los fines del cómputo de los plazos el artículo 6 del c.c.c.N. establece que: el cómputo civil de los plazos es de días completos y continuos y no se excluyen los días inhábiles o no laborables.

No obstante ello, corresponde reflexionar que sucede cuando lo transitorio se convierte en permanente.

Como es sabido, existen varios casos en nuestra Provincia (por no decir la mayoría de los casos) donde esos plazos no pueden ser cumplidos.

Considero que son varios los factores por los cuales esto sucede, a saber: gran número de casos y pocos recursos humanos dentro de la Administración encargados de trabajar diariamente con los niños; cambios en los integrantes de los equipos en virtud del cambio de gestión política, vacíos legales en cuanto a competencias administrativas y/o judiciales; problemas en determinar el paradero de los progenitores biológicos del niño, niña y/o adolescente, entre otros.

Al margen de dichos debates, corresponde al Poder Judicial velar por el estricto cumplimiento de la ley así co-

mo por el respeto al principio rector en materia de niñez como es el Interés Superior del Niño. Este Superior Interés nos llama a pensar al niño, en la labor cotidiana, como un sujeto de derechos y entender que los tiempos en la niñez y en la adolescencia no son los mismos que en la adultez, ya que en aquellos está en juego el desarrollo y la estructuración de su psiquismo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que «el mejor interés del niño no es un concepto abstracto, sino que tiene nombre y apellido, nacionalidad, residencia y circunstancias, por lo que la misión específica de los tribunales en cuestiones de familia resulta desvirtuada si se limitan a resolver los problemas humanos mediante aplicación de fórmulas o modelos prefijados desentendiéndose de las circunstancias del caso».<sup>4</sup>

### **Tutela judicial efectiva. Algunos conceptos y su aplicación al caso concreto**

El primer principio procesal enunciado por nuestro Código Civil y Comercial en su artículo 706 dentro del Libro 2º Título VIII Capítulo 1 es el de la Tutela Judicial Efectiva. El mismo es rector

en casos sensibles referido asuntos de niñez, adolescencia y familia.

Está directriz reconocida en el artículo 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en las conocidas Reglas de Basilea, ha sido ubicada en el vértice de la escala valorativa constitucional y su alcance comprende la garantía de acceso a la justicia, y se complementa con los principios de concentración y celeridad, ambos derivados del principio de economía procesal. A fin de dar una respuesta más inmediata se propicia acotar los procesos, concretarlos en menos actos procesales, reducir plazos y asegurar la efectividad de lo resuelto.<sup>5</sup>

Considero que hace a la esencia de la tutela judicial efectiva que la resolución llegue en tiempo oportuno, porque «una justicia tardía no tiene ese carácter y para ello debemos poner mayor énfasis en la celeridad de su tramitación y en la adopción de medidas que tiendan a la economía procesal».<sup>6</sup>

Como se ha dicho en párrafos anteriores, el tiempo del proceso, tanto administrativo como judicial, no puede soslayarse a la hora de la adopción y del desarrollo de las medidas de protección excepcional, principalmente en

## Secretarios

El derecho de todo niño, niña y adolescente de crecer en un ambiente familiar  
Las familias solidarias y el paso del tiempo. Algunas reflexiones

aquellos casos donde los niños, niñas y/o adolescentes se encuentran institucionalizados o conviviendo con una familia de acogimiento.

### *Jurisprudencia Internacional Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Como ya ha sido explicado tanto el derecho de acceso a la justicia como el respeto al principio de tutela judicial efectiva debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales.<sup>7</sup>

Asimismo se ha establecido que «*los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen a 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 encuentran en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades*».<sup>8</sup>

Ha destacado el Tribunal Internacional que la mayor dilación en los procedimientos podría determinar el carácter

irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños cualquier decisión al respecto.<sup>9</sup>

### *Jurisprudencia Nacional y Provincial*

A nivel provincial resuenan en los diferentes medios de comunicación local casos en donde las familias que forman parte del Programa de «Familias Solidarias» han solicitado se les otorgue la guarda con fines de adopción del niño, niña y/o adolescente que se encuentran acogiendo.

El programa provincial establece que la familia solidaria no podrá solicitar ser tenidos como aspirantes. Dicha prohibición se manifiesta cuando establece que las personas que se inscriban como familia solidaria no deben estar inscriptos en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos.

No obstante dicha prohibición, el fundamento del requerimiento por parte de las familias solidarias no es otro que la consolidación de los vínculos por el paso del tiempo. Tiempo que no solo no respeta lo establecido legalmente sino que en muchos casos, lo duplica o triplica y siempre por facto-

res ajenos al actuar de estas familias. Es en estos casos donde la tutela judicial efectiva está llamada a controlar la legalidad de las medidas adoptadas por la Administración con el fin de que las mismas sean proporcionales, razonables y no vulneren, nuevamente, los derechos de todo niño, niña y/o adolescente.

Dentro del reciente fallo «Subsecretaría de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia de la Provincia de Santa Fe c/ H. J. L. s. Medidas de protección excepcional - Solicitud de control de legalidad» emitido por la Sala 2 de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Santa Fe en fecha 22 de mayo de 2018 - conocido como Caso Kiki, el Tribunal de Alzada ha expresado que existe en este tipo de casos un deber judicial de verificar la decisión de la administración realizando sobre dicha decisión un examen concreto y adecuado de los medios y fines, es decir un examen de proporcionalidad de lo decidido.<sup>10</sup>

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido elaborando a través de sucesivos precedentes, algunas pautas claras que deben orientar la labor de adjudicación judicial entre las que se encuentra: 1) la necesidad

de que «los hogares de guarda» reproduzcan en lo posible «un ambiente familiar de estabilidad y bienestar» que cree en los niños «un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el «desplazamiento» de un lugar a otro»; 2) al «estándar» del «mantenimiento del «status»» de las medidas mientras no se presenten «anomalías importantes» relacionadas con la seguridad o la salud moral y material del niño, a fin de «preservar la estabilidad de modo que se dañe lo menos posible a los niños que padecieron el impacto de una desintegración familiar»; «los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad, y mantener, en consecuencia, aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles»; 3) la importancia de que los jueces tengan presente que «el cambio de guarda (como todo cambio en el centro de vida, según lo presume el artículo 3.f de la Ley 26.061) es potencialmente apto para inferir un trauma» al niño; y 4) la carga de proporcionar una «muy exigente justificación» cuando se trata de «decisiones provisionales que pueden ocasionar» tal trauma.<sup>11</sup>

Es por ello que no resulta ocioso insistir que el tiempo es un factor que puede consolidar vínculos los cuales son beneficiosos para el niño pero a su vez, pueden contrariar con la manda legal.

A su vez el fallo citado –el cual resuelve el mantenimiento del status del niño y el deber de no innovar sobre el alojamiento con la familia solidaria– refiere claramente que los niños durante su infancia se encuentran en un período esencial para la realización de los derechos del niño ya que es donde se sientan las bases de su salud física y mental, de su seguridad emocional, de su identidad cultural y personal y del desarrollo de sus aptitudes, responsabilidad que se intensifica más aun en el caso de niños «sin familia», pues es allí donde el Estado (a través de todos sus poderes) tiene el deber de garantizar la seguridad, la continuidad de la atención y el afecto, y de ofrecer la oportunidad de establecer relaciones a largo plazo basadas en el respeto y la confianza mutua.<sup>12</sup>

Es de carácter fundamental para todo niño, niña y/o adolescente la existencia de relaciones estables con adultos responsables ya que las mismas permiten un crecimiento saludable de todo individuo desde el nacimiento mismo. En

la calidad y estabilidad de los vínculos infantiles de los primeros años yace el fundamento de una amplia gama de experiencias posteriores que realmente importan - confianza en sí mismo, salud mental, motivación para aprender, obtener a su vez logros escolares y académicos, habilidad para controlar impulsos agresivos y resolver conflictos en forma no-violenta, conocer la diferencia entre el bien y el mal, tener la capacidad para concretar vínculos causales y sustanciales.

Sin embargo otros tribunales provinciales han entendido que, en virtud de la teoría de los actos propios, aquellas persona que han decidido voluntariamente participar en el programa de «Familias Solidarias» no pueden posteriormente solicitar la adopción de los niños, niñas y/o adolescentes bajo su cuidado, ya que han manifestado desde un inicio conocer y acatar la reglas que el programa proponía. «*Estas familias, en un profundo acto de amor y solidaridad, cumplen una función específica de acompañamiento y deben posicionarse en ese rol frente al menor de edad. A tal efecto, firman un acuerdo en el cual se le hacen saber los alcances del programa y las condiciones, teniendo la plena libertad de aceptarlas o no, pero una vez suscripto, el deber de cumplir-*

## Secretarios

El derecho de todo niño, niña y adolescente de crecer en un ambiente familiar  
Las familias solidarias y el paso del tiempo. Algunas reflexiones

*las, independientemente de la mora del Estado y de la falta de controles suficientes, cuestiones que deberán ser revisadas por el Ministerio correspondiente(...) La problemática se genera, cuando tal finalidad del programa se desvirtúa, y es que, desde el vamos, quienes ingresan al programa deben autoasignarse el rol que se han comprometido a ejercer (y no otro), pues lo contrario indicará que el devenir del niño en el proceso que vivencia resultará complejo».<sup>13</sup>*

### Conclusiones finales

El texto de la Convención Internacional de los Derechos del Niño no jerarquiza los derechos contenidos en ellos, es decir no existe primacía de un derecho sobre los demás.

Sin embargo el derecho de todo niño, niña y adolescente a vivir en una familia es el que ofrece un entorno de protección contra la violación de todos los demás.

Concuerdo con la jurisprudencia y la doctrina reinante en la materia que el mejor lugar para que un niño pueda desarrollarse es con su familia de origen, por lo que sólo una vez que se hayan realizado todos los esfuerzos y acciones por parte del Estado para garantizar dicho derecho y no se hayan logrado los resultados esperados, es

cuando se pueden tomar las medidas para la separación del niño, niño y/o adolescente de su ámbito familiar.

Si dudas que dicha separación genera un «trauma» en el niño, trauma que debe ser lo menos gravoso posible intentando siempre que el alojamiento alternativo sea en el seno de un hogar familiar. Este nuevo alojamiento del niño creará, tanto en él como en la familia acogedora, nuevos lazos y relaciones familiares, referenciando a las relaciones familiares desde un perspectiva del afecto y no de lo estrictamente legal.

Que la legislación en la materia haya establecido un plazo máximo de duración no impide que los lazos surjan de igual forma. Entiendo que pueden surgir lazos afectivos desde el primer mes de convivencia como que no lo hagan, aunque la convivencia se haya prolongado en el tiempo. En este último caso no existen mayores inconvenientes para los que nos encargamos de aplicar diariamente las mandas legales y convencionales.

Sin embargo cuando los lazos surgen, cuando el niño adopta a esa nueva familia como su familia, cuando la familia pasa a ser de meros cuidadores a figuras de afecto, protección y cuidado de ese niño, es cuando las discordancias nacen.

Si bien coincido con las opiniones que las familias solidarias realizan un pacto con el Estado al momento de sumarse como familia acogedora de niños, niñas y/o adolescentes, y en dicho pacto existen reglas de juego a cumplir, también es cierto que los obligados a cumplir esas reglas son las dos partes y fundamentalmente y con mayor diligencia el Estado, quien solicita la generosa cooperación de familias de su comunidad para que colaboren con la tarea de proteger a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran privados de núcleo familiar de origen.

Dicha tarea, a veces heroica por parte de las familias, no puede solo pensarse como una labor cotidiana sino que debemos comprender que dentro de dicho «contrato» se está ofreciendo una nueva posibilidad de vida y desarrollo de los niños, niñas y adolescentes. Cuando dicho convenio se extiende en el tiempo, es el Estado en primer lugar quien se encuentra incumpliendo con lo que se ha comprometido. Es en ese momento donde «la relación contractual» se rompe.

Es por ello que considero que no podemos desconocer o hacer oídos sordos a la pretensión de familias, que luego de ahijar a los niños por mucho tiempo más de los plazos para los cuales se habían obligado, pretendan legalizar una situación de hecho que por negli-

gencia del Estado se ha consolidado.

Es sin dudas el principio rector del Interés Superior del Niño el que nos debe guiar en estos casos donde las demás reglas dejaron de ser claras. Ese principio obliga a ver al niño en su contexto, tomando y trabajando caso a caso y viendo siempre porque ese niño encuentre la mayor satisfacción de sus derechos en el ámbito familiar donde reside, sea este la familia que lo acoge desde la separación de su centro de vida o sea con una nueva familia adoptiva.

Por todo ello considero que la negación a pensar a la Familia Solidaria como posible familia adoptiva del niño por el solo hecho que así lo establece el Programa Provincial a través de la Resolución Ministerial, colisiona con las directrices emanadas a nivel constitucional y convencional donde se ordena que en caso de existir conflictos de intereses legítimos, siempre deberá prevalecer el interés superior del niño, niño y/o adolescente a los fines de poder respetar el centro de vida que el niño a elegido como tal. ■

#### CITAS

<sup>1</sup> Artículo 9 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y de la Niña. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989.

<sup>2</sup> Artículo 1 de Ley 13.237 que modifica Artículo 51 de Ley 12.967.

<sup>3</sup> Artículo 607 C.C.C.N: «*La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si: (...) c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas. 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. El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días.*».

<sup>4</sup> C.S.J.N. EN CIV 090032/2013/CS 001:MMS s/ GUARDA. FECHA: 27/05/15.

<sup>5</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI AIDA, HERRERA MARISA, LLOVERAS NORA; «Tratado de Derecho de Familia», Editorial Rubinzal – Culzoni Editores; Año 2017; Tomo IV; Página 430.

<sup>6</sup> AZPIRI, JOGE O.; «Incidencias del Código Civil y Comercial – Derecho de Familia»; Editorial Hammurabi, Año 2015; Volumen 1; página 279.

<sup>7</sup> Corte I.D.H. en «Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago», 21/09/2002.

<sup>8</sup> Corte I.D.H. en «L., M. Medidas Provisionales respecto de Paraguay», 01/07/2011.

<sup>9</sup> Corte I.D.H. en «Fornerón L. e hija c. Argentina», 27/04/2012.

<sup>10</sup> Vide: RODOLFO VIGO Y EDUARDO SODERO, «Los principios en Robert Alexy. Sus características, implicancias y proyecciones, en AA.VV.»; «El neoconstitucionalismo en la teoría de la argumentación de Robert Alexy», UNAM-Porrúa, México, 2015, en p. 64; Fallos, 329:2986 y 338:1110; entre otros.

<sup>11</sup> Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Santa Fe, Sala 2; en «Subsecretaría de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia de la Provincia de Santa Fe c/ H. J. L. s. Medidas de protección excepcional - Solicitud de control de legalidad»; fecha 22/05/18.

<sup>12</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 7 (2005) sobre «Realización de los derechos del niño en la primera infancia» (CRC/C/GC/Rev. 1, 20 de septiembre de 2006).

<sup>13</sup> Tribunal Colegiado de Instancia Única de Familia N° 3 de Santa Fe; en autos «Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia vs. H., J. I. s. Medidas de protección excepcional - Solicitud de control de legalidad»; fecha 05/02/2018.