

# **de viva voz**

**2018-vol.2**

**issn 2545-8922**

**Asociación de Magistrados y de  
Funcionarios de la Justicia de  
Neuquén**



**AMyF**

**CONSEJO DIRECTIVO AMyF**

**Presidente.** WALTER RICHARD TRINCHERI

**Vice-Presidente.** ELIZABETH GARCÍA FLEISS

**Secretario.** LEOPOLDO SEBASTIÁN GÓMEZ

**Pro-Secretario.** MARÍA GABRIELA ÁVILA

**Tesorero.** HÉCTOR ÓSCAR OSER

**Pro-Tesorero.** LUIS PABLO TRANI

**Staff revista**

**DIRECTOR/COORDINACIÓN GENERAL**

MARÍA LORENA SPIKERMAN

**COORDINADORES POR MATERIA**

**Derecho Civil y Comercial.** ELIZABETH GARCÍA FLEISS

**Derecho Público.** LUISA ANALÍA BERMÚDEZ

**Derecho Laboral.** FLAVIA CECILIA GARCÍA

**Procesos Ejecutivos.** MARÍA LUCRECIA VARNI

**Derecho Penal.** ALEJANDRO CABRAL

**Derecho de Familia.** VICTORIA PIGNOL – MARÍA GABRIELA ÁVILA

**EDITOR**

ANDRES MARTÍN PEDONI

**EDITOR TÉCNICO**

OCTAVIO MARINO PEDONI

**DE VIVA VOZ – ISSN 2545-8922**



**AMyF** Asociación de Magistrados  
y Funcionarios de la Justicia  
del Neuquén

**Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia del Neuquén**

Córdoba 214 - (8300) Neuquén. **Tel.:** (0299) 4481919 **Web:** [www.magisneuquen.org](http://www.magisneuquen.org)

**Correo institucional:** [amyf@magisneuquen.org](mailto:amyf@magisneuquen.org)

**Correo revista:** [revistadelaasociacion@gmail.com](mailto:revistadelaasociacion@gmail.com)

**2018 – Año 2. Volumen 2**

**Neuquén – Argentina**

**DE VIVA VOZ. La revista de la ASOCIACIÓN de MAGISTRADOS y FUNCIONARIOS de la JUSTICIA de NEUQUÉN** tiende a brindar un espacio a los asociados a efectos de publicar sus estudios o posturas jurídico-científicas sobre temas de interés local.

Está dirigida a todos los profesionales que integran la asociación, y por tanto, permite la incorporación de publicaciones de contenido interdisciplinario que tengan relación directa con la labor judicial.

Los artículos y consultas se recibirán en la siguiente dirección de correo electrónico **revistadelaasociacion@gmail.com**

Los trabajos deben observar las siguientes normas de publicación  
**<https://goo.gl/io7fQb>**

**LOS CONTENIDOS PUBLICADOS EN ESTA REVISTA  
SON RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DE SUS  
AUTORES.**

## GUARDAS EXCEPCIONALES A REFERENTES AFECTIVOS NO FAMILIARES

*Andrea Rappazzo<sup>1</sup> y Adriana*

*Maribel Saralegui<sup>2</sup>*

Taller derecho de familia

**E**ste trabajo aborda el análisis de la supresión en el artículo 657 del CCyCN de la posibilidad de otorgar una guarda excepcional a terceros no parientes que constituyan para el NNA un referente afectivo.

Entendemos que una interpretación integral entre el Código Civil, el bloque de constitucionalidad federal y la normativa provincial habilitan al Juez a designar a personas no parientes vinculadas previa, afectiva y verídicamente como guardadores de los niños, considerando que ésta alternativa, en determinados casos concretos, resulta más beneficiosa psicoemocionalmente, más respetuosa de su derecho a la identidad dinámica, y del interés superior del niño, que su incorporación a otras modalidades de cuidados cuando éste es separado de sus padres en virtud de una medida excepcional.

La utilización de esta figura –guarda– otorgará a la persona –y a los demás involucrados– un marco legal concreto desde el cual ejercer –en la cotidianeidad del niño– su función, deberes y facultades.

---

<sup>1</sup> Prosecretaria. E-mail: arappazzo@jusneuquen.gov.ar.

<sup>2</sup> Secretaria. E.mail: sarala@jusneuquen.gov.ar.

## Introducción

Todo niño tiene derecho constitucional y convencional a crecer y desarrollarse en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.<sup>3</sup>

Es responsabilidad de los progenitores la protección, desarrollo y formación integral de sus hijos (art. 638 del CCyCN).<sup>4</sup>

Ahora bien, cuando ellos por distintas razones (culturales, educativas, económicas, de adicciones, etc.) no están en condiciones de cumplir con dichas funciones resulta necesario que intervenga el Estado a través de distintos organismos con medidas positivas y prestacionales con miras a restablecer los derechos afectados, y coadyuvar con la familia en la restructuración y/o aprehensión de las conductas, y/o los patrones, y/o las acciones u omisiones que resulten necesarios.

En esta intervención estatal administrativa –en primer término– podrán adoptarse medidas extrajudiciales de protección tales como brindar i) un apoyo, orientación y seguimiento a la familia por parte de profesionales expertos en atención familiar; ii) la asistencia material directa u otro tipo de prestaciones,

---

<sup>3</sup>Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño, art. 14 bis Constitución Nacional, art. 46 Constitución Neuquén, arts. 8, 25, 28 de la ley 2302. Art. 17 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, Art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 10 del PIDESC, Art. 16 Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, el CEDH en el artículo 8 regula el derecho al respeto a la vida privada y familiar y en el artículo 12 el derecho a contraer matrimonio.

<sup>4</sup> La Corte IDH: "... este Tribunal ha indicado que 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". Corte IDH, "Caso Fornerón e hija vs. Argentina" (Fondo, Reparaciones y Costas), 27/04/2012.

asignaciones o beneficios a la familia para fortalecer sus condiciones de vida y el goce de los derechos del niño; y, iii) el acceso a programas y servicios sociales o de otra índole adecuados e idóneos para reforzar las habilidades y capacidades de la familia para la protección, el cuidado y la crianza del niño, sin necesidad de separarlo de la misma (art. 37 ley 26.061 y art. 32 ley 2302)<sup>5</sup>.

Ante el fracaso de estas intervenciones previas o su insuficiencia y en miras a garantizar el interés superior del niño (art. 3.1 CDN, art. 3 Ley 26061, art. 2302) aparece necesario adoptar medidas excepcionales –subsidiarias y transitorias– de separación de éste de su grupo familiar primario (art. 39 y art. 9 párrafo 2 CDN), disponiendo su acogimiento familiar, su

---

<sup>5</sup>Art. 32: CONFORMACION. El Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes está conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y establece los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado argentino y el ordenamiento jurídico nacional. La Política de Protección Integral de Derechos de las niñas, niños y adolescentes debe ser implementada mediante una concertación articulada de acciones de la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios. Para el logro de sus objetivos, el Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes debe contar con los siguientes medios: a) Políticas, planes y programas de protección de derechos; b) Organismos administrativos y judiciales de protección de derechos; c) Recursos económicos; d) Procedimientos; e) Medidas de protección de derechos; f) Medidas de protección excepcional de derechos.

Art. 37: MEDIDAS DE PROTECCION. Comprobada la amenaza o violación de derechos, deben adoptarse, entre otras, las siguientes medidas: a) Aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar; b) Solicitud de becas de estudio o para jardines maternos o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar; c) Asistencia integral a la embarazada; d) Inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar; e) Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa; f) Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes; g) Asistencia económica. La presente enunciación no es taxativa.

incorporación a un hogar y/o su inserción en una familia solidaria (art. 20 párrafo tercero CDN).

Entendemos que dentro de estas alternativas viables tanto a nivel provincial, como nacional y/o internacional, la más beneficiosa psico-afectivamente, respetuosa del derecho a la familia y a la identidad del niño sería su acogimiento dentro de su familia ampliada y de no ser ello posible, merituar –previo a otra alternativa– su sostenimiento dentro de su comunidad y cultura a través de la figura de referentes afectivos, es decir, personas no vinculadas por el parentesco, pero que han estado conectadas con el niño por una relación previa, afectiva y verídica en la medida en que éstos se encuentren en condiciones psi-socio-económicas de asumir la función de cuidado.

## **Fundamentación**

El art. 657 del Código vigente indica que:

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.

En el anteproyecto redactado por la Comisión de Reformas se contemplaba la posibilidad de otorgar la guarda a un tercero, pariente o no.



Esta última alternativa fue eliminada por la Cámara de Senadores, al igual, que la posibilidad de legitimar la guarda ejercida por quienes aleguen un “vínculo afectivo” con los progenitores, a fin de aventar las guardas de hecho<sup>6</sup>, concluyendo así con la posibilidad de delegar o atribuir la guarda a un tercero.

Herrera, Caramelo y Picasso indican<sup>7</sup>

esta exclusión se basa en un criterio precautorio que dificulte o impida que ésta sea una modalidad para configurar o formalizar una posterior “guarda de hecho”, expresamente prohibida como antecedente para una pretendida adopción, conforme lo dispone el art. 611 del CCyCN (en cuya redacción final también se eliminó la referencia al vínculo afectivo entre los pretendidos guardadores y los progenitores, limitando como única excepción a la separación del niño /a de sus guardadores de hecho, la comprobación judicial de vínculo de parentesco entre los guardadores facticos y los progenitores).

En este punto estimamos útil definir qué se entiende por referente afectivo y es toda persona que se constituya en una

---

<sup>6</sup> Art. 611 CCyCN- Guarda de hecho. Prohibición Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretense guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción.

<sup>7</sup>HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián; Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Mayo 2016, t II, p. 491.

figura de apoyo y sostén emocional para el acompañamiento del niño<sup>8</sup>.

Si bien el origen de la socio-afectividad la encontramos en el derecho brasileño, a nivel nacional lo visualizamos en el art. 7 de Dec. Reglamentario de la Ley 26.061 el cual señala que:

*Se entenderá por “familia o núcleo familiar”, “grupo familiar”, “grupo familiar de origen”, “medio familiar comunitario”, y “familia ampliada”, además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección.*

Concretamente, ante supuestos de separación, el art. 41 inc. a) de la Ley Nac. 26.061 dispone:

*Las medidas establecidas en el artículo 39, se aplicarán conforme a los siguientes criterios: a) Permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos. Las medidas consisten en la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de*

---

<sup>8</sup>Socioafectividad es la conjunción de dos elementos que lo integran y que hacen que lo fáctico sea lo esencial: lo social y lo afectivo; cómo lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social y cómo lo social se ve interpelados por ciertos y determinados afectos. A la vez, ambas ideas interactúan entre sí – “La noción de socioafectividad como elemento ‘rupturista’ del derecho de familia contemporánea”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, 66, septiembre 2014, Abeledo Perrot, pp. 75-113 (ISSN 1851-1201).

*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.*

El art. 33 y 34 del Dec. Prov. 317/2001, reglamentando el art. 32 de la ley 2302 prescriben en lo pertinente:

*La medida de protección "albergue en entidad pública o privada de carácter provisorio y excepcional" es una medida transitoria, que no debe extenderse del plazo de un mes, prorrogable por un término igual, hasta el reintegro del niño o adolescente a su grupo familiar o incorporación de una modalidad de convivencia familiar alternativa. Esta medida provisoria está destinada, a ofrecer en forma provisorio y urgente, alojamiento, alimentación, recreación, apoyo afectivo y psicológico y los demás cuidados que necesiten los niños y adolescentes que estén privados de su medio familiar, mientras se intenta la reunión con sus padres, responsables o representantes, o los jueces estudian una decisión al respecto. Debe llevarse a cabo en pequeños hogares de convivencia transitoria y sólo puede ser dispuesta por autoridad judicial.*

*Artículo 34. La medida de convivencia alternativa tiende a brindar un ambiente familiar adecuado y favorable a los niños y adolescentes que se encuentran con graves dificultades de permanencia en el ámbito de su familia de origen. Consiste en otorgar la guarda en forma*

*temporaria de un niño o adolescente a una persona o núcleo familiar (preferentemente familia ampliada) adquiriendo éstos la obligación de ofrecer un ambiente familiar que le proporcione cuidado, alimentación, educación y formación integral, con el fin de integrarlo en una vida familiar que sustituya o complementa temporalmente a la de origen... Puede llevar a cabo esta medida cualquier persona o grupo familiar que, habiendo sido evaluado, desee constituirse en una alternativa social para ofrecer un ambiente familiar temporario a un niño o adolescente que por distintas circunstancias se falla privado del mismo y que se comprometa a trabajar conjuntamente con el equipo técnico para la integración del niño o adolescente con su familia de origen.*

Este es el punto de partida que nos lleva a considerar y sostener la conveniencia prioritaria que tendría, ante la separación del niño de sus padres, y la inexistencia y/o indisponibilidad de parientes, recurrir a su inserción provisoria, excepcional y temporal en el hogar de un referente afectivo para el niño.

Ello por cuanto si bien la incorporación a un miembro de la comunidad se encuentra contemplada en la ley nacional, cierto es que, en la práctica judicial de la ciudad de Neuquén, no aparece como una alternativa viable y prioritaria en la labor del MDS y/o en los dictámenes de la Defensoría del Niño, surgiendo en la mayoría de los casos como prioridad ante la emergencia –

sostenida en tiempos más que razonables– la incorporación a un hogar.

Sea ello por prácticas inadecuadas y/o por ausencia de familias alternativas inscriptas y evaluadas, cierto es que no resulta común la evaluación y mucho menos la propuesta de incorporación del niño con miembros de su comunidad que tienen con los mismos vínculos significativos y afectivos.

Qué entendemos por referente afectivo más allá de su definición técnica: a aquellas personas tales como padrinos o madrinas de bautismo, amigos íntimos de los padres, vecinos con trato cercano, niñeras, docentes, padres de compañeros con frecuencia y estabilidad de trato, ex progenitores afines, todos ellos con un denominador común, haber forjado con el niño un vínculo previo, afectivo genuino y desinteresado.

Estadísticamente en Argentina según el relevamiento de datos realizado por la Secretaría Nacional de Niñez Adolescencia y Familia (“SENNAF”) junto con UNICEF<sup>9</sup>, se pone de manifiesto que existen en todo el territorio 14.675 niños en cuidados alternativos, los cuales en su gran mayoría se encuentran en cuidados institucionales; más concretamente, el 71% de los niños (10.488) se encuentran institucionalizados, mientras que solo el 29% (4.187) de los niños en cuidados alternativos se encuentran, según estos datos, en familias de acogimiento.

---

<sup>9</sup>Situación de Niños, Niñas y Adolescentes sin Cuidados Parentales en la República Argentina. Relevamiento Nacional y Propuestas para la Promoción y el Fortalecimiento del Derecho a la Convivencia Familiar y Comunitaria. Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia de la SENNAF y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Junio 2012. Documento disponible en [http://www.unicef.org/argentina/spanish/C\\_Parentales\\_final.pdf](http://www.unicef.org/argentina/spanish/C_Parentales_final.pdf).

Esta incorporación a hogares ya ha sido cuestionada por la Organización Mundial de la Salud<sup>10</sup>, la cual ha expresado que las instituciones de cuidado residencial y/o hogares tienen un impacto negativo en la salud y el desarrollo de los niños, y que deben ser sustituidas por otras modalidades de cuidado de alta calidad.

El Estudio sobre la Violencia contra los Niños<sup>11</sup> señala que el uso excesivo de la institucionalización genera grandes costos, tales como salud física deficiente, graves retrasos en el desarrollo, discapacidad y daño psicológico potencialmente irreversible. Los efectos son más severos cuanto más tiempo se prolongue la institucionalización y cuanto más deficientes son las condiciones de la misma.

El posible impacto perjudicial y a largo plazo en los niños acogidos en tales instituciones se atribuye a varios factores, entre ellos, a la ausencia de un cuidador principal con quien crear un vínculo afectivo positivo y relevante para el niño, la falta de estimulación y actividad constructiva, el acceso limitado a los servicios básicos, y el aislamiento-lejanía de la familia de origen y de la comunidad.

Otro de los principales efectos es la situación de vulnerabilidad a la que están expuestos los niños en instituciones frente a riesgos de sufrir distinto tipo de violencia y explotación por parte de los “tíos” y/o otros niños, según las edades alojadas

---

<sup>10</sup>World Health Organization, Regional Office for Europe, Better health, better lives: children and young people with intellectual disabilities and their families. Transfer care from institutions to the community, EUR/51298/17/PP/3, 8 November 2010. Documento disponible en inglés en [http://www.euro.who.int/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0008/126566/e94426.pdf](http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0008/126566/e94426.pdf).

<sup>11</sup>Estudio sobre la Violencia contra Niños. Disponible en: <http://www.unviolencestudy.org/spanish/index.html>, páginas 183 y 189.

en ese hogar, o la posibilidad de incorporar prácticas inapropiadas y desconocidas para él hasta ese momento (por ejemplo: escaparse del hogar, robar, comenzar algún tipo de adicción).

El mencionado estudio ha documentado que la violencia en las instituciones es seis veces más frecuente que en los hogares de acogida y que los niños institucionalizados tienen una probabilidad casi cuatro veces mayor de sufrir abuso sexual que aquellos que tienen acceso a alternativas de protección basadas en la familia. Por ello, el Experto Independiente para el Estudio sobre la Violencia contra los Niños recomienda enfáticamente que la misma sea utilizada como medida excepcional y de último recurso, y solo para aquellos casos en que fuera la medida más apropiada, además de recomendar una serie de acciones para superar las problemáticas detectadas y mejorar la calidad de la atención en las instituciones y los centros de acogimiento.

Otra de las modalidades legales, que no priorizamos y que habilitaría el desarrollo y crecimiento provisorio de un niño en el seno de una familia, es su incorporación a una familia alternativa evaluada y preseleccionada por el Ministerio de Desarrollo Social<sup>12</sup>.

Advertimos como desventajas que: en primer término deberá construirse –con extraños para el niño– un vínculo, confianza y respeto que demandará tiempo y esfuerzo los cuales deberían ser destinados –desde el niño y los organismos

---

<sup>12</sup>Programa del MDS cuyo objetivo es brindar a los niños/as y adolescentes en situación de amenaza o vulneración de derechos, un ambiente familiar, que le proporcione, cuidados, alimentación, educación y formación integral, con el fin de integrarlos a una vida familiar, que sustituya temporalmente a la familia de origen.

intervinientes— al fortalecimiento familiar y trabajo con los padres.

Circunstancias éstas últimas que se verían allanadas o facilitadas si el niño permaneciera con un referente afectivo no familiar que no sólo lo conoce sino también que de alguna manera tiene conocimiento y confianza con sus padres lo cual redundará positivamente en el mantenimiento del vínculo paterno-filial; en la disponibilidad de propuestas y acciones de trabajo con los padres y el niño <sup>13</sup> por parte de éste referente a los profesionales intervinientes y en ser percibido como una ayuda/contenedor provisoria por el niño y sus padres y no como un extraño y/o apropiador.

En segundo término, evita el desarraigo del entorno comunitario, social y educativo<sup>14</sup>. En este sentido resulta necesario redoblar los esfuerzos posibles para mantener los vínculos, dado que los cambios frecuentes del entorno de acogimiento son perjudiciales para el desarrollo del niño y su aptitud para crear vínculos, y por tanto deberían evitarse. <sup>15</sup>

La cercanía al entorno habitual del niño, el mantenimiento de los vínculos con sus progenitores, su comunidad, así como la importancia de tomar en consideración la identidad cultural y religiosa del niño, es destacado por el propio Comité de los Derechos del Niño, y debe ser observado en el momento de

---

<sup>13</sup> El Comité de los Derechos del Niño en la OG Nro. 7 sobre realización de los Derechos del Niño en la Primer Infancia ha dicho que “los niños pequeños son menos capaces de comprender estas adversidades -cambiar de escenario familiar- o de resistir sus efectos dañinos para su salud o desarrollo físico, mental, espiritual, moral, o social”.

<sup>14</sup> Art. 3 ley 26.061: centro de vida.

<sup>15</sup> Ver en tal sentido las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, directriz 60.



tomar decisiones relativas a la separación del niño de sus progenitores.

Los niños se sienten mejor en su propio entorno<sup>16</sup>, con su propia gente y esto debe ser tenido en cuenta cuando se colocan fuera de su ambiente. La premisa básica es que los niños deben mantenerse en sus comunidades distintivas, y para ello, su incorporación –de forma prioritaria– con un referente afectivo no pariente resulta ser una alternativa viable, respetuosa de su identidad dinámica<sup>17</sup>, de su interés superior y entendemos no prohibida (art. 19 de CN) sino más bien no contemplada expresamente en el art. 657 del CCyCN.

Una interpretación integral del CCyCN habilita al juez a otorgar la guarda a un tercero no pariente que represente un referente afectivo, en virtud de las disposiciones que indirectamente los contemplan en el Art. 607 anteúltimo párrafo y/o en las prescripciones sobre tutela así como también en la recepción del principio de socio-afectividad en las relaciones de familia a la luz del principio de interés superior del niño (arts. 1 y 2 del CCyCN).

Esta misma interpretación permite legalizar situaciones de acogimiento informal, en las cuales los niños viven sin sus progenitores (acogidos por sus familiares u otras personas) sin

---

<sup>16</sup>No se sienten castigados, desarraigados, abandonados

<sup>17</sup> El artículo 8 de la CDN es claro en señalar que uno de los elementos que integran el derecho a la identidad es el derecho del niño a “preservar sus relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilegítimas”. La personalidad y la identidad del niño se forjan a través de una multiplicidad de factores entre los cuales se destaca la creación de los vínculos afectivos entre el niño y las personas más cercanas a él, quienes le proveen de cuidado y afecto y le imparten la orientación y dirección propias de su crecimiento personal. La influencia de las personas más próximas al niño en su proceso de crianza y en la construcción progresiva de su personalidad en todas sus facetas hace que se establezca un vínculo intrínseco entre el derecho a la familia y el derecho a la identidad.

que haya mediado el conocimiento y la intervención de la autoridad pública.

Como disparador final planteamos que: si ante la falta de designación por parte de los progenitores de un tutor, el juez debe evaluar y designar como tutor dativo –figura más estable y definitiva que una guarda excepcional por un año– a cualquier persona que cumpla con las condiciones de idoneidad previstas por el art. 107, por qué razón no podría merituar y designar a un referente afectivo no pariente como guardador excepcional, otorgándole un marco legal, deberes y obligaciones claras a aquella persona que asume transitoria y excepcionalmente el cuidado, protección y desarrollo del niño separado administrativa y judicialmente de sus padres.

## **Propuestas**

Introducir en el pensamiento generalizado -y prontamente en la práctica institucional neuquina- de los operadores jurídicos y administrativos la posibilidad y las ventajas, que en determinados casos concretos, podrían significar para el niño, su familia y la efectividad y temporalidad de su retorno al seno familiar primario, que se permita su incorporación al hogar de un referente afectivo no familiar, antes que su inserción a una familia alternativa y/o una entidad pública o privada de cuidado, en el marco del artículo 657 del CCyCN.

Valga destacar que esta situación no se presenta en todos los casos en que deben adoptarse medidas excepcionales de separación familiar, sino en casos concretos y específicos en que,

del trabajo extrajudicial previo del MDS y/o de la Defensoría del Niño surja que el éste cuenta en su red comunitaria, educativa, historia familiar y/o de cuidados previos, con un referente afectivo no familiar que pueda asumir su cuidado provisorio y excepcional y que a su vez no tenga una red familiar amplia (tíos, abuelos, etc.) donde ser acogido sana, responsable y amorosamente.

Para sugerir esta figura y que posteriormente el juez pueda designarla deberán realizarse todas las evaluaciones –psico-socio-económicas- (art. 51 Ley 2302) que le permitan al magistrado determinar su idoneidad para la protección, desarrollo y formación integral del niño, niña y adolescente durante ese periodo limitadísimo y razonable de tiempo en los cuales se trabaje con los progenitores para la superación de las acciones, omisiones o circunstancias que dieron lugar a la medida y que implicaron la conculcación de los derechos de sus hijos.

La propia temporalidad de las medidas –manda constitucional y convencional– y un adecuado y responsable trabajo por parte del Ministerio de Desarrollo Social llevan a eliminar el temor que condujera a la Cámara de Senadores a suprimir esta posibilidad del art. 657, desde que no habría posibilidades prácticas y legales de que este referente afectivo se constituya en un eventual guardador pre-adoptivo.

## **Bibliografía**

HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*,

T.II, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Mayo 2016.

HERRERA, Marisa, “La noción de socioafectividad como elemento ‘rupturista’ del derecho de familia contemporáneo”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, 66, septiembre 2014, Abeledo Perrot, pp. 75-113 (ISSN 1851-1201).

### **Informes de organismos internacionales**

Situación de Niños, Niñas y Adolescentes sin Cuidados Parentales en la República Argentina. Relevamiento Nacional y Propuestas para la Promoción y el Fortalecimiento del Derecho a la Convivencia Familiar y Comunitaria. Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia de la SENNAF y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Junio 2012.

Documento disponible en [http://www.unicef.org/argentina/spanish/C\\_Parentales\\_final.pdf](http://www.unicef.org/argentina/spanish/C_Parentales_final.pdf).

World Health Organization, Regional Office for Europe, Better health, better lives: children and young people with intellectual disabilities and their families. Transfer care from institutions to the community, EUR/51298/17/PP/3, 8 November 2010.

Documento disponible en inglés en [http://www.euro.who.int/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0008/126566/e94426.pdf](http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0008/126566/e94426.pdf).

<http://www.unviolencestudy.org/spanish/index.html>, páginas 183 y 189

Derecho del Niño y la Niña a la Familia. Cuidado Alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas. Comisión

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

### **Tratados Internacionales y leyes**

Convención sobre los Derechos del Niño.

Código Civil y Comercial de la Nación.

Constitución de la provincia de Neuquén.

Constitución de la Nación.

Ley nacional 26061

Ley provincial de Neuquén n° 2302

Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los  
Niños

### **Observaciones generales y opiniones consultivas**

Comité de los Derechos del Niño, Observación General nro. 7 y  
Nro. 14

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva  
nro. 17