



La socioafectividad y las figuras alternativas de cuidado de niñas, niños y adolescentes en la praxis jurídica argentina (Socio-affectiveness and alternative figures of care for girls, boys and adolescents in Argentine legal praxis)

OÑATI SOCIO-LEGAL SERIES FORTHCOMING: EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR Y EL IMPACTO DE LA AUTONOMÍA Y EL AFECTO EN LA ADOPCIÓN. UN ESTUDIO SOCIOJURÍDICO CRÍTICO DESDE EL DERECHO COMPARADO

DOI LINK: [HTTPS://DOI.ORG/10.35295/OSLS.IISL.1944](https://doi.org/10.35295/osls.iisl.1944)

RECEIVED 13 DECEMBER 2023, ACCEPTED 30 JANUARY 2024, FIRST-ONLINE PUBLISHED 21 FEBRUARY 2024

FEDERICO PABLO NOTRICA*

Resumen

Tanto la legislación civil y comercial argentina como la creación doctrinaria y jurisprudencial en el mismo país han comenzado a reconocer la noción de socioafectividad como elemento estructurante de las relaciones de familias entre sus integrantes, otorgándole muchas veces primacía por sobre el vínculo biológico o las relaciones derivadas del parentesco. Si bien el afecto siempre fue un componente constitutivo de las relaciones humanas, el enfoque clásico se rehúso y rehúsa a reconocer en él una fuente de Derecho y como tal, compartirle el halo de legitimidad que desde antaño gozan los vínculos de parentesco. Esta resistencia supo generar muchas problemáticas en la realidad pues la falta de reconocimiento legal en algunas de las figuras echa por tierra los avances en materia de derechos humanos. Un claro ejemplo en la legislación argentina resultan ser los contenidos de los artículos 611, 643 y 657 del Código Civil y Comercial sobre la prohibición de las guardas de hecho excepto el vínculo de parentesco entre progenitores/as y guardadores/as; o la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y el otorgamiento de la guarda de un niño, niña o adolescente, limitándola solamente a un pariente. Pues, mientras ocurre ese límite legal, la realidad se impone y en algunos supuestos el vínculo afectivo se superpone al biológico, debiéndose valor el principio rector del interés superior del niño para resolver la problemática suscitada. A partir de ello, el presente trabajo intentará demostrar, a través del análisis de la jurisprudencia, las soluciones alcanzadas que conjugan dicho principio rector con la noción de socioafectividad.

* Abogado UBA. Magister en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia UBA. Docente UBA – UNDAV.
Mail: fedenotrica@gmail.com

Palabras clave

Socioafectividad; guarda judicial; delegación del ejercicio de la responsabilidad parental; tutela

Abstract

Both the legislation and the doctrinal and jurisprudential creation have begun to recognize the notion of socio-affectivity as a structuring element of family relationships among its members, often granting it primacy over the biological bond or relationships derived from kinship. Although affection has always been a constitutive component of human relations, the classical approach refused and refuses to recognize in it a source of Law and, as such, share the halo of legitimacy that kinship ties have enjoyed since ancient times. This resistance was able to generate many problems in reality, since the lack of legal recognition in some of the figures ruins the advances in the field of human rights. A clear example in Argentine legislation turns out to be the contents of articles 611, 643 and 657 of the Civil and Commercial Code on the prohibition of de facto guardians except the kinship bond between parents and guardians; or the delegation of the exercise of parental responsibility and the granting of custody of a child or adolescent, limiting it only to a relative. Well, while this legal limit occurs, reality prevails and, in some cases, the affective bond overlaps the biological one, owing value to the guiding principle of the best interest of the child to solve the problem raised. From this, the present work will try to demonstrate, through the analysis of the jurisprudence, the solutions reached that combine said guiding principle with the notion of socio-affectivity.

Key words

Socioaffectivity; judicial guard; delegation of the exercise of parental responsibility; guardianship

Table of contents

1. Palabras introductorias. La importancia del afecto como principio estructurante del derecho.....	4
2. Interés superior de niñas, niños y adolescentes y socioafectividad.....	7
3. Diferentes figuras que normativamente no reconocen la socioafectividad. La respuesta judicial frente a la realidad.....	8
3.1. Delegación del ejercicio de la responsabilidad parental.....	8
3.2. Guarda judicial de niñas, niños y adolescentes.....	9
4. Al vencimiento del plazo legislado ¿qué respuestas caben a la situación de la niña, niño o adolescente?.....	12
5. Las conclusiones de la academia.....	13
6. Conclusiones.....	16
Referencias.....	16
Jurisprudencia.....	17

1. Palabras introductorias. La importancia del afecto como principio estructurante del derecho

La familia es una construcción cultural que se fue redefiniendo con el paso del tiempo y que, claramente, va a ir modificándose conforme la sociedad en la que se asienta, sus culturas, tradiciones, la influencia de la religión, la política, la economía, como tantas otras cuestiones que son desarrolladas por los seres humanos.

Y si hay algo claro es que la evolución de la sociedad también impacta en la familia o, mejor dicho, en las familias, pues ya no hay un único modelo válido, sino de familias en plural reconociendo que existen diferentes formas de constituir la, en cuanto a la cantidad de sus integrantes, su orientación sexual, su identidad de género, con hijos propios, o de uno, o de ambos, o sin hijos, debiendo garantizarse el respeto de los derechos de cada una.

No se encontrará en el ámbito convencional una definición de “familia” pero la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 24 (Corte IDH, 2017, párr. 174) “ha señalado que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo en particular de la misma”,¹ siguiendo con las ideas señaladas anteriormente, es decir, en el respeto irrestricto de sus derechos, sin importar la forma en que esta se constituye.

De manera previa, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, incluye en su artículo 16 el reconocimiento como “el elemento natural y fundamental de la sociedad” y en su artículo 3 con el derecho a ser protegido por “la sociedad y el Estado”.

Por su parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos sigue la misma línea, pero como señala Sánchez Correa “sin embargo, principalmente a través de las previsiones de los artículos 8 y 12, se ha gestado un “paquete básico” que no se agota en una tutela negativa contra injerencias ilegales, abusivas o arbitrarias en el ámbito familiar, sino que concreta una salvaguarda estatal mediante un abanico de medidas positivas destinadas a fortalecerla y permitir su desarrollo en el seno de la comunidad” (Sánchez Correa 2013, p. 61).

Como se ha dicho, el desarrollo de las costumbres en las sociedades contemporáneas expone la insuficiencia de los conceptos jurídicos tradicionales para interpretar, clasificar y reglamentar los fenómenos familiares. No hay duda de que repensar las familias en el siglo XXI implica aceptar la diversidad. Frente a la multiplicidad de formas familiares, corresponde entonces analizar cuál es el elemento o los elementos comunes que se presentan en todas las formas familiares. O bien, dicho de otro modo, bajo qué parámetros es posible construir el concepto de familias. En consecuencia, donde se encuentre ese rasgo distintivo habrá vida familiar (Notrica *et al.* 2022).

¹ Opinión Consultiva solicitada por la República de Costa Rica sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”. En este mismo instrumento, el Tribunal interamericano recordó que “la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la familia y la vida familiar de manera complementaria. Es así como esta Corte ha considerado que las posibles vulneraciones a este bien jurídico tutelado, deben analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada y familiar, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 del mismo cuerpo legal. Ninguna de las normas citadas contiene una definición taxativa de qué debe entenderse por ‘familia’”.

Frente a ello, y si bien los derechos que surgen de las relaciones de familia entre sus integrantes se plasman en la ley, es posible preguntarse si el afecto, tan presente en ellas, debe ser considerado como un elemento estructurante del derecho de familias y entonces regular o modificar las normas en consecuencia. La respuesta positiva se impone, de nada sirve negar la realidad.

Además, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) (1989, p. 1) establece que los Estados expresan “que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

En ese sentido, no cabe duda alguna de que la socioafectividad forma parte inescindible del interés superior de niñas, niños y adolescentes.

Ahora bien, corresponde que se defina “socioafectividad” y allí Pérez Manrique (2012, pp. 189–190) sostiene que la afectividad deberá probarse por la detección de elementos que son indicios de su existencia en la relación familiar: los cuidados y atención, el trato dispensado, los apoyos tanto emocionales como materiales entre los/as integrantes. Es decir, la afectividad debe demostrarse no solamente en el plano íntimo, sino que debe tener una proyección social. De esta manera, el afecto estructura a la familia tanto en lo personal como en lo social: es socioafectivo.

Por su parte, Krasnow (2019) dice que “(e)ste término marco tiene un componente social y afectivo que no se asocia a parentesco. Su desarrollo responde a la receptividad de manifestaciones de vivir en familia que encuentran su cauce en vínculos de apego significativos para la persona que conviven o no con vínculos parentales.”; relacionando ello a las palabras de Fernández *et al.* (2015) al señalar que “el estándar socioafectivo se torna hoy al lado de los jurídicos y biológicos, un nuevo criterio para establecer el vínculo parental”.

Asimismo, la jurisprudencia en una sentencia del Juzgado Nacional Civil N°8 de fecha 15/7/2016, ha intentado conceptualizarlo “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”.

Sin dudas, hoy se puede decir que la socioafectividad resulta ser un principio o una noción central que cruza transversalmente todo el derecho de familias y comienza a ganar cada vez más terreno (Herrera 2014, 2021, Murganti 2016, Silva y López 2016, Krasnow 2017, Mignon y Pelegrina 2018).

Siguiendo esta lógica, en el texto del Código Civil y Comercial Argentino (CCyC) se observa cómo ha permeado la socioafectividad en la regulación del Libro Segundo sobre las Relaciones de Familia. El afecto es considerado como fundamento y razón de ser de la solidaridad familiar, que se expresa en el cuidado, en la idea de asistencia y atención debida entre los integrantes de las familias, con una mayor protección a los más vulnerables, es decir, a las niñas, niños y adolescentes y a las personas con discapacidad.

Así, se observa en el CCyC que el afecto tiene un lugar protagónico. Aparece, principalmente en la cuestión filial, no solo con la nueva regulación sobre técnicas de reproducción humana asistida que produce una desbiologización de los vínculos familiares, sino también en la adopción, principalmente a través de los arts. 597 segundo párrafo inc. b), 604, 605, 606, 607 ante último párrafo, 621 y 630 del CCyC.²

Pero no solo allí, sino que también se encuentra presente en las relaciones entre adultos, al reconocer a las uniones convivenciales como otra forma de vivir en familia, los derechos y deberes derivados del progenitor/a afín, dando protección a las familias ensambladas. En definitiva, cualquier forma de convivencia en la que se creen vínculos afectivos y materiales de dependencia mutua, sea cual sea su grado de formalización o el sexo de sus componentes, puede ser considerada una “vida familiar” (Santolaya Machetti 2004, p. 79) y reconocida jurídicamente.

Por otro lado, la noción de socioafectividad se observa en relación con el ejercicio de los derechos personalísimos a través de la figura del “allegado” (art. 59 CCyC); en materia de derecho de comunicación de las personas menores de edad, dándose lugar a quienes justifiquen un interés afectivo legítimo (arts. 555, 556 y 646 inc. e CCyC); en las normas procesales de familias (art. 711 del CCyC); así como en el cruce entre familias y responsabilidad civil (art. 1741 CCyC).

Ahora bien, existen tres normas específicas en el CCyC en las que el parentesco se hace presente limitando las soluciones a la demostración de dichos vínculos, normas que se vieron amenazadas por la propia realidad.

En este sentido, es dable mencionar en primer lugar, que tanto el art. 611 del CCyC como los arts. 643 y 657 del mismo cuerpo legal han omitido –aun con intentos de que no ocurra– al afecto en sus redacciones, pero la realidad las ha puesto en jaque en más de una vez, pues las tres normas, las cuales se refieren a la prohibición de las guardas de hecho, a la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y al otorgamiento de guardas judiciales, se limitaron a que los guardadores o cuidadores de niñas, niños y adolescentes pueden ser parientes, es decir, que exista un vínculo de parentesco entre los/as progenitores/as y éstos/as; pero la jurisprudencia ha debido ampliar su alcance a personas que tenían un vínculo afectivo y que eran reconocidos como importantes en la vida de los principales interesados como las niñas, niños y adolescentes.

² Se ha observado con acierto que en nuestro sistema jurídico vigente la socioafectividad integra los cimientos de la regulación de este tipo filial y se expresa, incluso, en la redacción de algunas disposiciones del CCyC, como: el art. 597, segundo párrafo, inc. b) al prever la posibilidad de adopción de la persona mayor de edad que presenta “posesión de estado de hijo/a”; el art. 604 sobre la adopción conjunta de personas divorciadas o una vez cesada la unión convivencial; el art. 605 que también habilita la adopción conjunta en caso de fallecimiento de alguno/a de los/as adultos/as guardadores/as; incluso el art. 606 que permite la adopción del pupilo/a por parte de su tutor/a; el art. 621 al permitir la flexibilización de los tipos adoptivos posibilitando la determinación de una adopción plena con mantenimiento de vínculos jurídicos con los familiares de origen o a la inversa, el tipo simple, pero creando vínculos jurídicos con los parientes del adoptante; y el art. 630 sobre adopción de integración, al reconocer una situación fáctica y vínculo de afecto previo entre el/la cónyuge o conviviente del/a progenitor/a y el/la hijo/a de éste/a (Ver: Fernández y Herrera 2018, Pietra 2020). Todo ello, sin dejar de advertir que la anteúltima parte del art. 607 dispone 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”.

En virtud de todo ello, este trabajo intentará demostrar la importancia de la socioafectividad como elemento estructurante de los vínculos familiares y cómo éste se cuela en el derecho dejando en jaque a las figuras legales mencionadas y creando judicialmente soluciones más respetuosas de los derechos humanos de las personas menores de edad.

2. Interés superior de niñas, niños y adolescentes y socioafectividad

En el CCyC argentino se estructuró sobre la base de diferentes normativas nacionales e internacionales, sobre el resultado de las sentencias de la Corte IDH, así como de las Opiniones Consultivas y demás instrumentos regionales e internacionales y la experiencia de la jurisprudencia nacional.

En este punto, tanto la CDN (1989) como la ley nacional nº 26.061 de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (2005) receptan la noción de socioafectividad como parte del principio rector del interés superior del niño.

Es interesante observar que el art. 5 establece que

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención. (CDN, 1989, art. 5)

A nivel interno, la mencionada ley 26.061 en Argentina, establece que “[l]as niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley...” (art. 11).

Más importante por su amplitud resulta ser el contenido que otorga su Decreto reglamentario Nº 415/2006 (2006) que dispone en su art. 7 que:

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

Claramente, la biología sigue siendo la base de los vínculos pues el parentesco se cimienta sobre ella, aunque en el interés superior del niño el afecto como parte principal de éste gana terreno. Es en ese sentido que la ley 26.061 se refiere al referente afectivo y la jurisprudencia interpretando ello ha sostenido en una sentencia del Juzgado con competencia múltiple de Cura Brochero de fecha 17/03/2017 que “para ser ‘referente afectivo’ es necesario que el vínculo se haya generado con anterioridad a la intervención del ente administrativo, o que no haya tenido como origen, precisamente, la medida excepcional”. Por lo cual le otorga – en principio – temporalidad a la cuestión, es decir que resulta sumamente importante que el vínculo afectivo se haya generado previamente entre progenitores/as de origen y guardadores/as o, bien, entre estos/as últimos/as y la niña, niño o adolescente; ¿previo a qué? A la intervención estatal.

Es en este sentido que el CCyC, siguiendo justamente esta directriz, elimina la posibilidad de que se declare a una niña, niño o adolescente en situación de adoptabilidad si hay un pariente o un referente afectivo que puede hacer cargo de ella o él, conforme surge del art. 607 del CCyC.

De esta manera, es dable afirmar que el criterio socioafectivo se torna hoy, al lado de criterios jurídicos y biológicos, en uno con peso propio para establecer la existencia del vínculo entre una persona menor de edad y otra adulta, implicando entonces el reconocimiento y respeto de los vínculos afectivos que se generen.

3. Diferentes figuras que normativamente no reconocen la socioafectividad. La respuesta judicial frente a la realidad

3.1. Delegación del ejercicio de la responsabilidad parental

Conforme surge del art. 643 del CCyC, los/as progenitores/as de una niña, niño o adolescente puede delegar el ejercicio de la responsabilidad en un pariente por un plazo de un año, prorrogable por otro año más, con la debida participación de la persona menor de edad, y en sede judicial, ya se para homologar o para decidir acerca de ello.

La norma dice textual lo siguiente:

En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente (...). El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. (CCyC, art. 643)

Ello, sin perjuicio de lo normado por el art. 674 en cuanto a la procedencia de la delegación en cabeza del/la progenitor/a afín.³

Se trata –como se trabajó junto a Salituri Amezcua, Silva y Videtta en un trabajo similar– de una previsión legal de tipo provisional ya que no implica una renuncia a la responsabilidad parental sino una delegación temporal de su ejercicio; excepcional, pues exige responder al interés del hijo ante alguna circunstancia que entorpezca el adecuado desarrollo de la responsabilidad parental; y judicial porque la forma prevista es un convenio con homologación judicial, siendo ineludible la participación del hijo en su carácter de principal protagonista (Notrica *et al.* 2022).

El artículo original que surgía del Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación había regulado lo siguiente: “En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente o tercero idóneo...”

³ “El progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio. Esta delegación requiere la homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente”.

Esa intención de reconocimiento al “tercero idóneo” guardaba estrecha relación con la definición de “familiares” que brinda el ya mencionado art. 7 del Decreto 415/2016 que amplía el concepto a los miembros de la comunidad que formen parte de la vida de las niñas, niños o adolescentes y que tengan con ellos vínculos afectivos en su historia de vida; de allí también resulta evidente que el vínculo debía existir con anterioridad a la intervención administrativa y/o judicial.

3.2. *Guarda judicial de niñas, niños y adolescentes*

El art. 657 del CCyC contiene el siguiente texto:

Otorgamiento de la guarda a un pariente. 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 período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código. El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio.

Esta norma intenta separar el cuidado personal de la niña, niño o adolescente y la responsabilidad parental, pues el primero, una vez otorgada la guarda judicialmente, en principio, a un pariente, éste de manera excepcional y por un plazo determinado se hará cargo de aquél o aquélla, ya que sus progenitores/as no pueden hacerlo por motivos de gravedad.

Ahora bien ¿quién puede ser guardador(a)? La ley es clara y sistémica: solo puede otorgarse a un pariente. El segundo interrogante es ¿puede ser un referente afectivo de la niña, niño o adolescente? La respuesta positiva se impone, basándonos en el interés superior del niño y en el mejor beneficio y desarrollo de éste/a.

Como se ha sostenido, esta norma en su proyecto original contenía esta posibilidad, pero fue suprimida por las razones ya expuestas.

Así las cosas, se estudia que la jurisprudencia, a lo largo y ancho del país, ha reconocido al referente afectivo para el otorgamiento de la guarda,⁴ decretando la inconstitucionalidad del art. 657 del CCyC o, bien, la inaplicabilidad del artículo y otorgando entonces la guarda al referente afectivo.

⁴ Ver G.T.M. s/ *Guarda de personas*, (2015), Cám. Fam. Mendoza, 10/04/2017, S.B.E. por la menor A.C M.A. s. *Guarda judicial*, RC J 3971/19; Juzgado de Familia N° 7 Viedma, 1/08/2017, (*Dato reservado*) s/ *responsabilidad parental (Delegación)* Expte N° 0210/16/J7, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala III, 20/05/2019, V.F.M. s/ *materia a categorizar*, TR Laley AR/JUR/33088/2019; Juzgado de Familia N°1, Secretaría 1 de Esquel, 06/2019, M.L., G.O. s/ *Medida Cautelar*, Expte. N 788/2018, inédito; Juzgado de Familia General Roca, 12/07/2019, B., A.A. y C., O. s/ *Guarda*, inédito; Juzgado de Familia N° 1 Esquel, 10/07/2020, R. P. s/ *Medida De Protección de Derechos*, inédito; Juzgado de Paz Mburucuyá, Corrientes, 18/12/2020, V.M.I. y V.M.I. s/ *Personas menores en riesgo*. El Dial AAC200; Cámara Nacional Civil Sala M, 11/03/2021, S., D.D.L.A. s/ *Tutela*, inédito; CCC Sala II, Morón, 10/08/2021, M.B.N. vs. N.N. s. *Guarda con fines de adopción*, RC J 5361/21; Tribunal de Familia, Formosa, 05/04/2021, O.J.J. s/ *Guarda* (conforme art. 657 CCC), inédito; Juzgado de Familia 7, Viedma, 12/10/2021, *Reservado (SM.R.V.J. y V.R.T.M.) s/ Guarda*, Cámara Nacional Civil, Sala H, 12/11/2021, F., M.M.L. s/ *Control de legalidad - ley 26.061*, inédito; Cámara Nacional Civil Sala L, 19/11/2021, S, M N y otro s/ *Guarda*, RC J 8252/21 y Juzgado de Familia N° 3 Mar del Plata, 29/12/2015, G.T.M. s/ *Guarda de personas*.

Dentro del primer grupo de sentencias, cabe destacar que los fundamentos centrales para la declaración de inconstitucionalidad han sido la socioafectividad, el interés superior del niño y el principio de realidad, a la luz del enfoque de derechos humanos.

Así, el caso del Juzgado de Familia N° 3 Mar del Plata, 29/12/2015, indicó que

el cumplimiento de un mandato legal no hará que T. deje de sentir a la Sra. Z. como su mamá, por el contrario, generaría que la ficción supere a la realidad. En este sentido, los Tratados de Jerarquía Internacional, incorporados al derecho interno a través de la norma del art. 75 inc. 22 de la Const. Nac, rechazan la idea de limitación a la extensión y ejercicio de un derecho humano, en el supuesto de autos, el derecho de T. a vivir, desarrollarse y pertenecer a una familia. En virtud de lo expuesto, (...) corresponde declarar la inconstitucionalidad de lo prescripto por el artículo 657 del Cód. Civil y Comercial de la Nación en cuanto a que limita el otorgamiento de la guarda a favor de un pariente.

En este sentido, la Asesora de Menores e Incapaces –o de niños, niñas y adolescentes en un tono más contemporáneo– fundó el planteo de inconstitucionalidad en los siguientes términos:

la limitación el art. 657 debe ceder ante supuestos como el presente en los cuales se vislumbra la existencia de un vínculo afectivo entre el niño y el adulto referente, nacido bajo el amparo de una legítima situación, absolutamente independiente de la perspectiva adoptiva futura que previo el art. 657 a fin de ensamblar con el art. 611 (...) debe tenerse en cuenta que el vínculo afectivo entre T. y la Sra. Z. ya preexistía, y que su designación como guardadora en su oportunidad y que aquí se peticiona consolidar se diagramó en el marco del sistema de protección de la niñez ley 13.298, y no en pos del derecho y alternativa familiar subsidiaria de adopción. En este caso debe considerarse el transcurso del tiempo en el cual la niña permaneció al cuidado de su actual guardadora, a quien la niña llama ‘mama Pochi’, permitiendo ello afirmar la ‘consolidación’ de un vínculo afectivo, exteriorizando ello la existencia del mentado principio de socioafectividad en las relaciones familiares.

Se observa otro caso del Juzgado de Familia N° 7 Viedma, de fecha 1/08/2017, en el que se dijo que adquiere en la vida de la niña “un significado primordial, porque si no se considera este elemento fáctico (lo social y lo afectivo), se la obligaría a abandonar el único lugar seguro donde se siente parte o se la condenaría a vivir sin un instrumento legal que garantice su derecho a vivir en familia. Y actualmente está más que claro que la noción de familia no se circunscribe a la familia biológica tradicional, sino que la pluralidad de formas familiares que se ha ido imponiendo en nuestra sociedad contemporánea ha logrado el reconocimiento legal que se merece con la sanción de numerosas leyes (26.618; 26.743; 26.061 y leyes provinciales 4109 y 3040) y que ha quedado plasmada en nuestro Código Civil y Comercial”. Por lo que “el art. 657 del CCyC resulta, para este caso concreto, anticonstitucional y anticonvencional, en cuanto limita la guarda de un niño, niña o adolescente a los parientes únicamente, dejando por fuera de la norma a sus referentes afectivos válidos”, lo cual conculca “derechos humanos y fundamentales de la infancia reconocidos por los Tratados Internacionales, la Constitución Nacional, leyes nacionales y provinciales, vulnerando el interés superior”.

Dable es señalar que en un caso del Juzgado de Paz de la Primera Circunscripción Judicial de Mburucuyá, Corrientes, del 18/12/2020, la declaración de

inconstitucionalidad fue decretada de oficio para poder dar respuesta a la situación concreta de una adolescente y de su hija recién nacida para que pudieran ambas estar al cuidado del padrino de la adolescente y de la esposa de aquél, resultando ello lo más adecuado para la satisfacción del interés superior de las dos personas menores de edad, así como para el resguardo de sus derechos.

La sentencia resaltó que

la realidad cotidiana muestra que esto no puede sostenerse como regla infranqueable para todos los casos, puesto que en diversas ocasiones se aprecia que personas menores de edad son mejor apreciadas y cuidadas por terceros, ajenos a sus vínculos familiares, que por éstos últimos. (...) Lo expuesto nos conduce a revisar la constitucionalidad (y convencionalidad), especialmente de la disposición del artículo 657, que solo habilita el otorgamiento de la guarda a un pariente ya que, como surge de lo expuesto, los padrinos no gozan de tal característica, sin perjuicio de constituir referentes afectivos de relevancia que son directamente elegidos por los progenitores en función de una relación de amistad o confianza, cuando menos en la generalidad de los casos.

En segundo lugar, en cuanto a los casos de inaplicabilidad, es menester mencionar que no todas las sentencias hacen expresa dicha inaplicabilidad, sino que directamente otorgan la guarda a una tercera persona no pariente pero que es de importancia para la niña, niño o adolescente beneficiario.

Dentro de este universo, aparecen diferentes escenarios, entre ellos, situaciones en las que la guarda se confiere a dos personas en pareja, una pariente del niño y/o adolescente y la otra no. En este marco, el Juzgado de Familia N°1, Secretaría 1 de Esquel, 10/6/2019 ha sostenido que

la primigenia redacción del art. 657 disponía la posibilidad de delegar judicialmente la guarda en terceros que constituyeran referentes válidos para la persona menor de edad. El texto definitivo, sin embargo, suprimió esa posibilidad y con ello, se obliga a la judicatura a una interpretación más exhaustiva o incluso distinta a la literal de la norma, pero apegada a textos constitucionalizados y en función de lo que autorizan los arts. 1, 2 y 3 del mismo CCyC. No se trata de una postura antojadiza, pues bien, leído el ordenamiento jurídico en su conjunto surge la obligación del Estado de proteger a las personas menores de edad que se encuentren privadas de su medio familiar.

Y agrega que la interpretación del sistema normativo debe ser

integral, armonizando las reglas jurídicas de modo tal que la aplicación de una no excluya otra. Con ese piso de marcha, considero que la existencia de un lazo biológico entre la joven y su abuela, que habilita la delegación judicial de la guarda a la adulta, puede ser integrada con la corresponsabilidad que desea asumir su cónyuge, el Sr. A., por darse en la especie un ensamble familiar.⁵

Existen otros fallos en los que se otorgan la guarda al llamado en el sistema argentino “progenitor afín”, es decir a quien fue tiempo atrás la pareja de uno de sus progenitores/as de origen.

Por ejemplo, en un caso de la ciudad de Mendoza en fecha 10/08/2021 se dio la guarda de una adolescente de 17 años al progenitor afín, ex pareja de su mamá fallecida.

⁵ Ver también: Cámara Nacional Civil Sala L, 19/11/2021, *S, M N y otro s/ Guarda*, RC J 8252/21.

Al respecto, se argumentó que “en una interpretación sistémica del ordenamiento (con el reconocimiento de la socioafectividad en múltiples niveles, e incluso de la figura del progenitor afín), si aquí B. siempre vivió integrada a una familia y es su deseo seguirlo haciendo, y ello hace a su mejor interés, esto debe ser respetado. Si así no se lo hiciera, a la pérdida de su mamá, le sobreagregaríamos la pérdida de quien fue su papá (y ella lo reconoce así) y un fuerte impacto en su modo de vida actual”.⁶

Como se advirtió en otro trabajo de misma autoría, resulta clave el impacto de la socioafectividad en la regulación de la figura del progenitor/a afín en el CCyC. La idea que atraviesa este instituto es la de reconocer, en el plano jurídico, la ampliación de los lazos afectivos que se generan entre los niños, niñas y adolescentes y las parejas – matrimoniales o convivenciales– de sus progenitores, dando nacimiento a una nueva y diferente unidad, en la cual el rol de la voluntad se conjuga con la noción de responsabilidad (Notrica 2020, p. 289).

4. Al vencimiento del plazo legislado ¿qué respuestas caben a la situación de la niña, niño o adolescente?

El art. 657 del CCyC establece que, si se vence el plazo de un año y su prórroga por otro año más, se debe definir la situación de la niña, niño o adolescente con otras figuras reguladas en el ordenamiento jurídico.

A simple vista, se vislumbra que esas figuras son la tutela y la adopción, pero en la realidad es necesario señalar que existen situaciones que no “encajan” dentro de estas opciones o que no dan respuesta completa a la cuestión o que no resultan beneficiosas para los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Es que, en primer lugar, la tutela, regulada en los artículos 104 y siguientes del CCyC tiene como objeto la protección de la persona y los bienes de una niña, niño o adolescente hasta que alcance la mayoría de edad, siempre que no haya alguien que esté ejerciendo la responsabilidad parental. La tutela, como es sabido, no emplaza al niño, niña o adolescente en el estado de hijo, como ocurre en la adopción.

Ahora bien, la cuestión que se plantea con esta figura es que conforme su regulación y a pesar de señalar su objeto, lo cierto es que está pensada más en lo patrimonial que en la protección personal pues a los 18 años del tutelado, ésta finaliza y la pregunta es ¿qué ocurre con esta persona que acaba de cumplir la mayoría de edad?

En segundo lugar, la adopción tampoco nos resuelve todos los casos, puesto que el art. 601 del CCyC establece que no pueden adoptar “(...) b) el ascendiente a su descendiente; c) un hermano a su hermano o a su hermano unilateral”, es decir que existe una restricción respecto del parentesco y que, observando las leyes con una mirada integral, se concluye que, por un lado, el art. 657 establece que la guarda se otorga a un pariente por el plazo máximo de dos años y que vencido este debe resolverse con otra figura, pudiendo ser esta la adopción. Pero solo podrían adoptar, por ejemplo, un tío a un sobrino, pero no más allá y esto tiene una lógica.

⁶ Ver también: Cám. Fam., Mendoza, 10/04/2017, S.B.E. por la menor A.C.M.A. s. Guarda judicial, RC J 3971/19.

La jurisprudencia ha explicado de manera razonable esta cuestión. Véase que la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso de Río Cuarto, en fecha 19/12/2017 explicó que

si el matrimonio pretensor, como abuelos biológica y afín, respectivamente, adoptan a su nieta, esta última perdería su calidad de hija frente a sus progenitores, adquiriendo un emplazamiento familiar frente a los restantes integrantes del grupo familiar que compone distinto al que hoy detenta, incluyendo a sus abuelos, aun cuando éstos hayan asumido por la fuerza de la realidad. Y sin que esto pueda verse como un caso de privación de identidad a la niña, el rol de padres en este contexto y frente a una situación que no difiere demasiado de aquellas que se presentan con más frecuencia que la deseada en cuanto al rol de abuelos que deben suplir a sus hijos en la plena crianza de sus nietos, no luce contrario al súper ordenamiento que la legislación en camino. Circunstancias según los valores y criterios que la sociedad, a través de sus representantes, sostiene. Y, en este supuesto, privilegia el emplazamiento originario, sin encontrar conveniente modificarlo.

Ahora bien, puede que ninguna de estas dos figuras nos brinde una repuesta acorde al interés superior del niño. La pregunta que queda por responder es ¿qué solución se elige en los casos en los que no “encajan” en ellas? Por ello, es que la jurisprudencia abre un abanico diverso con sus respuestas, especialmente admitiendo a referentes afectivos como guardadores y hasta ampliando el plazo dispuesto en los arts. 643 y 657, es decir, dejando a la niña, niño o adolescente al cuidado de un pariente o un referente por más de dos años, sin resolver la cuestión de manera definitiva y, en consecuencia, quizás afectando el principio rector en materia de infancias, generando incertidumbre e indefinición en la vida del principal interesado: el niño, niña o adolescente.

5. Las conclusiones de la academia

Resulta de suma importancia mencionar que en 33. Jornadas Nacionales de Derecho Civil desarrolladas en la ciudad argentina de Mendoza en el mes de septiembre del año 2022, en la Comisión n° 7 de Familia, titulada “La socioafectividad y la incidencia en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes” se debatieron estos temas y se votaron las siguientes conclusiones:

TABLA 1

CONCLUSIONES	A FAVOR	EN CONTRA	ABSTENCIONES
La socioafectividad no puede actuar como justificación para establecer consecuencias en principio permanentes, sino solo transitorias y si el interés superior del niño lo justifica	12	26	0
La socioafectividad como dato de la realidad requiere revalorizar la presencia de quien sea referente afectivo en la vida de niños, niñas y adolescentes, en diversos supuestos, tales como: delegación de la responsabilidad parental, guarda judicial, tutela y sistema de apoyos	38	0	0
Las relaciones afectivas de niñas, niños y adolescentes con referentes afectivos derivadas de vínculos intergeneracionales deben ser resguardadas y fomentadas	38	0	0
Cabe entender por socioafectividad una especie de “afecto” calificado por la reciprocidad y la cercanía	38	0	0
Se propone incorporar a los arts. 643 y 657 CCyCN (tanto para la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental como para la delegación de la guarda judicial) a la persona referente afectiva idónea, una vez constatado el vínculo socioafectivo legítimo.	31	4	2
Art. 643: “En el interés del hijo o hija y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un familiar o referente afectivo idóneo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes			

<p>involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido”;</p> <p>Art. 657: “En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un familiar o referente afectivo idóneo por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código. El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio”.</p>			
<p>Se impone la modificación del plazo máximo de un año previsto para la delegación dispuesta por acuerdo de partes por el art. 643, debiendo dejarse el plazo sujeto a la libertad de estipulación de las partes y con facultades de morigeración judicial, fundado en la justificación aportada y el interés superior del niño, niña y/o adolescente</p>	27	5	5
<p>Propuesta de reforma al artículo 104 del CCyC, agregando en el primer párrafo</p> <p>el siguiente texto: “La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental o, cuando la hubiera, solo pueda llevar adelante determinadas funciones, pudiendo en este caso coexistir ambos institutos siempre que se funde debidamente en el interés superior del/la NNA y los vínculos afectivos”.</p>	33	1	3

Tabla 1. Conclusiones puestas a votación en las Jornadas referidas.

Por último, no es posible dejar de señalar que en las 25. Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en el año 2015 en la ciudad de Bahía Blanca también se debatió el tema, demostrando el gran interés y preocupación que se le otorga y se llegaron a las siguientes conclusiones: “De lege lata: Se debe entender que los arts. 643 y 657 no se circunscribe a los parientes sino también a terceros idóneos con quienes se tenga socioafectividad”.

Y “De lege ferenda: Se debe modificar los arts. 643 y 657 a los fines de extender los supuestos de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y la guarda a los terceros idóneos con quienes se tenga socioafectividad” (Comisión 6, Familia 2015).

6. Conclusiones

En definitiva, teniendo en cuenta la intención legislativa en el Anteproyecto de Reforma de Código Civil y Comercial y las decisiones jurisprudenciales que dan razón a dicho antecedente, reviste vital importancia la modificación de los arts. 611, 643 y 657 del CCyC de modo tal que el sistema admita al tercero con vínculo afectivo, legítimo y comprobable, en consonancia con el art. 7 del Decreto 415/2016 reglamentario de la ley 26.061 como participante de las figuras de guarda y delegación del ejercicio de la responsabilidad.

Referencias

- Comisión 6, Familia, 2015. *Conclusiones* [en línea]. 25. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca. Disponible en: <https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017. *Opinión Consultiva 24* [en línea]. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf
- Fernández, S.E., González de Vicel, M., y Herrera, M., 2015. La identidad dinámica/socioafectiva como fuente generadora de conflictos no previstos en materia de adopción. *Microjuris.com*, MJ-DOC-7564-AR | MJ7564.
- Fernández, S.E., y Herrera, M., 2018. Uno más uno, tres. La adopción como causa fuente de la pluriparentalidad. *Derecho de Familia*, 1851–1201.
- Herrera, M., 2014. La noción de socioafectividad como elemento ‘rupturista’ del derecho de familia contemporáneo. *Derecho de Familia*, nº 66.
- Herrera, M., 2021. Socioafectividad, infancias y adolescencias ¿De lo clásico a lo extravagante?. En: S.E. Fernández, ed., *Tratado de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 445–487.
- Krasnow, A., 2019. La socioafectividad en el Derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. *Rev. Derecho (Valdivia)* [en línea], 32(1). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502019000100071>
- Krasnow, A.N., 2017. El despliegue de la socioafectividad en el derecho de las familias. *Derecho de Familia* [en línea], nº 81. Disponible en: <http://hdl.handle.net/11336/75449>
-

- Mignon, M.B., y Pelegrina, U., 2018. La socioafectividad: sus implicancias en el terreno jurídico. Cuando la fuerza de los hechos y los afectos delimitan derechos. *Derecho de Familia*, n° 87, 259.
- Murganti, A., 2016. El reconocimiento de la socioafectividad y el derecho a la vida familiar: un conflicto sobre sus contornos. *Derecho de Familia*, n° 3, 26–33.
- Notrica, F., 2020. El ejercicio de la responsabilidad parental en las familias ensambladas. En: C. Grosman, ed., *Responsabilidad Parental. Derecho y Realidad*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 289.
- Notrica, F., et al., 2022. *El impacto de la socioafectividad en la guarda judicial y en la delegación de la responsabilidad parental*. Ponencia presentada en el marco de la comisión 7: Familia. “La socioafectividad y la incidencia en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes” en las 28. Jornadas Nacional de Derecho Civil, Mendoza, Argentina.
- Pérez Manrique, R.C., 2012. *El afecto como elemento estructurante del derecho de familia*. 17. Congreso Internacional de Derecho Familiar. Disertaciones y ponencias. Buenos Aires: La Ley, 189–190.
- Pietra, M.L., 2020. Adopción y pluriparentalidad: ¿produce la socioafectividad efectos jurídicos? *Revista Código Civil y Comercial*, 6(4), 37–67.
- Sánchez Correa, R., 2013. La protección de la familia en el espacio europeo. Estándares básicos. Proyecciones al ámbito interamericano. *Revista Institucional de la Defensa Pública* [en línea], 3(5), 61. Disponible en: <https://corteidh.or.cr/tablas/r32827.pdf>
- Santolaya Machetti, P., 2004. *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*. Valencia: Institut de Dret Public, 79.
- Silva, S.A., y López, D., 2016. La identidad filiatoria en clave dinámica. A propósito de la noción de Socioafectividad. *Revista Crítica de Derecho Privado*, 13, 725–739.

Jurisprudencia

- (Dato Reservado) s/ Responsabilidad parental (delegación). Juzgado de Familia N°7 de Viedma. (2017) [en línea]. Disponible en: <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2021/07/FA.-PCIAL.-JUZ.-FLIA.-No-7-VIEDA.-RIO-NEGRO.-Guarda.-Inconstitucionalidad-del-articulo-657.-.pdf>
- B., A.A. y C.O. s/ Guarda, Juzgado de Familia General Roca, 12/07/2019, inédito.
- C.G.J. s/Control de legalidad. Juzgado con competencia múltiple de Cura Brochero. (2017). elDial.com - AA9ED7.
- F., M.M.L. s/ Control de legalidad – ley 26.061, Cámara Nacional Civil, Sala H, 12/11/2021, inédito.
- G.T.M. s/ Guarda de Personas. Juzgado de Familia N°3 Mar del Plata. (2015). Disponible en: <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2016/07/FA.-PCIAL.-JUZ.-FLIA.-N°3-MAR-DEL-PLATA.-Inconstitucionalidad-del-art.-657-guarda-a-un-pariente.pdf>

- L.G.M. *s/Control de legalidad - Ley 26.061*. Juzgado Nacional Civil N°8. (2016) [en línea]. Disponible en: <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2016/08/FA.-NAC.-JUZ.-CIV.-N%C2%B08.-Inconstitucionalidad-del-art.-611.pdf>
- M.B.N. *vs. N.N. s. Guarda con fines de adopción*. CCC Sala II, Morón. (2021). RC J 5361/21.
- M.L., G.O. *s/ Medida Cautelar*, Expte. N 788/2018. Juzgado de Familia N°1, Secretaría 1 de Esquel. (2019). Inédito.
- O.J.J. *s/ Guarda (Conforme Art. 657 CCC)*, Tribunal de Familia, Formosa, 5/04/2021, inédito.
- R.P. *s/ Medida de protección de derechos*, Juzgado de Familia N° de Esquel, 10/07/2020, inédito.
- S, M N y otro *s/ Guarda*, RC J 8252/21; Cámara Nacional Civil Sala L, 19/11/2021.
- S.B.E. *por la menor A.C.M.A. s. Guarda judicial*, RC J 3971/19, Cám. Fam. Mendoza, 10/04/2017.
- S.D.D.L.A. *s/ Tutela*, Cámara Nacional Civil Sala M, 11/03/2021, inédito.
- V., S.C. y otros */ Guarda adoptiva*. Cámara Civil, Comercial y Contencioso 2° Nominación, Río Cuarto. (2017). Rubinzal Online, RC J 543/18.
- V.F.M. *s/ Materia a categorizar*, TR La ley AR/JUR/33088/2019, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala III, 20/05/2019.
- V.M.I. y V.M.I. *s/ Personas menores en riesgo*. Juzgado de Paz de la Primera Circunscripción Judicial de Mburucuyá, Corrientes. (2020). El Dial AAC200.