

Viedma, de agosto de 2017.-

Y VISTOS: Los presentes autos caratulados: "**(DATO RESERVADO) S/ RESPONSABILIDAD PARENTAL (DELEGACION)**", Expte N° **0210/16/J7**, para dictar sentencia de los que;

RESULTA:

I) Que a fs. 21/24 se presentaron el Sr. (DATO RESERVADO) DNI N° (DATO RESERVADO) y la Sra. (DATO RESERVADO) DNI N° (DATO RESERVADO), por derecho propio y solicitaron se les otorgue delegación de la responsabilidad parental de la niña (DATO RESERVADO) DNI N° (DATO RESERVADO), hija biológica de la Sra. (DATO RESERVADO) DNI N° (DATO RESERVADO). Manifestaron que desde los dos meses de edad se encuentra viviendo con los solicitantes; que la Sra. (DATO RESERVADO) la dejó al cuidado de los peticionantes debido a la imposibilidad absoluta de tenerla consigo, criarla y asistirla. Que la niña llegó a su casa en muy mal estado de salud, por lo que se realizó consulta médica con el Dr. (DATO RESERVADO) quien le diagnosticó Escabiosis (sarna humana), tenía lesiones en la piel, en las palmas de las manos y en la planta de los pies. Según afirmaron, ello fue debido a la falta de cuidados por parte de su madre, respecto de las necesidades básicas de higiene y contención que requiere una niña de tan corta edad. El tratamiento indicado por el profesional fue medicación y aislamiento del foco de contagio. Relataron que desde ese momento se han hecho cargo en exclusividad de (DATO RESERVADO), atendiendo su salud física y contención emocional, como así también sus actividades, educación moral, cívica y valores. Respecto de su madre, la Sra. (DATO RESERVADO), indicaron que vive junto a su pareja y a sus dos hijas, (DATO RESERVADO), que (DATO RESERVADO) tiene contacto con ella y hasta ha

ido a visitar a sus hermanas, pero en muchas ocasiones no se siente a gusto y empieza a llorar para volver a su casa. Efectuaron otras manifestaciones, ofrecieron prueba, fundaron en derecho y concretaron su petitorio.

II) Que a fs. 25 se dio trámite conforme las prescripciones del art. 657 del CCyC y se proveyó la prueba ofrecida. A fs. 60/62 los peticionantes plantearon la inconstitucionalidad de dicha norma por los fundamentos allí expuestos, corrida la vista al Sr. Agente Fiscal y a la Sra. Defensora de Menores e Incapaces se expidieron a favor de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 657 del mencionado cuerpo legal (fs. 64 y fs. 68/70, respectivamente).

III) Producida toda la prueba, se realizó la audiencia del art. 12 de la CDN y art. 26 del CCyC (fs. 75 y fs. 76); se expidieron la Sra. Defensora de Ausentes (fs. 87) y la Sra. Defensora de Menores e Incapaces (fs. 89) y se llamó autos para sentencia (fs. 97) providencia que al día de la fecha se encuentra firme.-

Y CONSIDERANDO:

1) Que a fs. 03 se acreditó el nacimiento de la niña (DATO RESERVADO) DNI N° (DATO RESERVADO), nacida el día (DATO RESERVADO) hija de la Sra. (DATO RESERVADO) DNI N° (DATO RESERVADO).-

2) Que en esta instancia se plantean dos cuestiones a resolver: los hechos y el derecho aplicable.

Comenzaré analizando la primera cuestión planteada, es decir, si se encuentran acreditados los hechos que alegan las partes.

Ha quedado acreditado que la niña (DATO RESERVADO) convive con los peticionantes, ello surge de todas las pruebas aportadas. Véase que, del informe socio ambiental realizado en el año 2015, se desprende que (DATO RESERVADO) ya vivía

con la Sra. (DATO RESERVADO) y el Sr. (DATO RESERVADO) en el domicilio de calles (DATO RESERVADO) de nuestra ciudad. Allí, entre otras consideraciones, se expresó que: "... es una familia funcional, con roles bien diferenciados, la vinculación entre referentes y la niña es de padre y madre, con su hermano mayor tiene una relación muy estrecha y afectiva. Se observa que la familia está estructurada para acoger a (DATO RESERVADO) como una integrante más. La niña asiste al jardín maternal, tiene todos los controles médicos al día y cubren todas sus necesidades..." (conf. documental obrante a fs. 06/09).

Los testimonios aportados son contestes en afirmar que (DATO RESERVADO) ocupa el lugar de "hija" en la familia conformada por (DATO RESERVADO), los llama "papá" y "mamá" y tiene un vínculo muy estrecho con (DATO RESERVADO), el hijo mayor de la pareja. Que participan en las actividades escolares y extraescolares de la niña; festejan sus cumpleaños; viajan juntos a visitar a los padres de la Sra. (DATO RESERVADO) en la localidad de (DATO RESERVADO), a los que la niña llama "abuelos" y la casa se encuentra acondicionada para acoger a (DATO RESERVADO), que tiene su habitación, con juguetes y cuentos, especialmente pensada para ella (ver fs. 35/39 y fs. 46/49).

En el mismo sentido el último informe socio-ambiental realizado en el domicilio de los peticionantes, con fecha 30 de junio de 2017, refiere que la niña continúa viviendo con la Sra. (DATO RESERVADO), el Sr. (DATO RESERVADO) y (DATO RESERVADO), hijo de ambos de 17 años de edad.

Al ser preguntada por la manera en que la niña llegó a su hogar, el mencionado informe destaca que: "...la Sra. (DATO RESERVADO) rememora que mientras se desempeñaba en (DATO RESERVADO) en el área de atención y asistencia

a personas con diferentes problemáticas, estableció contacto con la joven (DATO RESERVADO), quien por aquel entonces se habría acercado a la institución con intenciones de recibir orientación para la interrupción voluntaria de una gestación avanzada, contexto en el que fue derivada al Ministerio de Desarrollo Social para recibir asistencia y contención. Sin embargo y pese a ello, paulatinamente comenzó a establecerse un lazo entre (DATO RESERVADO) y el grupo familiar de ambos titulares, por lo que optaron en el acompañarla hasta el parto, ofreciéndose como padrinos de la pequeña. Así relatan que un mes después del nacimiento, la progenitora se habría presentado en su domicilio solicitando cuidados para (DATO RESERVADO) durante los fines de semana, acuerdo al que accedieron y que se concretó durante varias ocasiones a modo de colaboración, hasta que una oportunidad, el deteriorado estado de salud de la niña -lesiones en la piel- motivó la consulta médica, la indicación del profesional de alejarla de la fuente del contagio y con ello el inicio de la integración de la misma en su hogar, devenir que aseguran haber transitado con total consentimiento materno ... Así las cosas describen una rutina en la que guiados por su afán de protección construyeron un dormitorio más a la vivienda, favoreciendo así la integración definitiva. En esta realidad, afirman haber incentivado el contacto con (DATO RESERVADO) con parte de su red biológica, describiendo los encuentros que -según expresan- ellos promovieron tanto con la fraterna mayor -quien reside junto a su abuela paterna-, como con su mamá (DATO RESERVADO) y dos hermanitas más por esta vía. Con el paso del tiempo, ante el incremento de la ausencia materna y presionados por la necesidad de regularizar la situación, solicitaron judicialmente la guarda de la niña, trámite que aunque fue consentido inicialmente con su madre, no logró concretarse por no existir lazo de consanguinidad, optando entonces por tramitar la delegación del ejercicio de la

responsabilidad parental, entendida como un paso más en el camino de la futura adopción..." (fs. 93/94).

3) Asimismo, en relación con la niña, (DATO RESERVADO) ha podido expresarse en el encuentro que mantuvo con la Lic. Adriana Abel, miembro del Equipo Técnico Interdisciplinario de este Juzgado, en la audiencia celebrada al efecto (arts. 12 CDN y 26 CCyC), toda vez que en presencia de quien suscribe y la Sra. Defensora de Menores se encontraba muy cohibida, sin despegarse de los brazos de (DATO RESERVADO), quien la acompañó a la sala de audiencias, no pronunció palabra, a pesar de haberse creado un clima ameno y distendido. Ante esta circunstancia se decidió que fuera la Lic. Abel (Psicóloga) quien continuara la audiencia con la niña, espacio en el que, intercalando con dibujos (fs. 75), pudo expresarse y hablar sobre todos los temas que se le propusieron (conf. soporte audiovisual que tengo a mi vista).

En el informe técnico obrante a fs. 78, se puso de resalto que la niña relató un vínculo positivo con su padre (DATO RESERVADO), como referente material de la casa donde viven y con su madre (DATO RESERVADO), como referente femenino, de sus cuidados y de generar un ambiente acogedor para ella. La Lic. Abel informó que en el dibujo realizado por (DATO RESERVADO) (obranste a fs. 75), todos los integrantes de la familia miran por la ventana para el afuera, lo cual permite inferir que como familia están viviendo esta situación judicial como invasiva o intrusiva, remarcando la frontera de lo privado respecto del afuera, que aparece como hostil o amenazante.

En lo que respecta a su madre biológica (DATO RESERVADO), el mencionado informe expresa que: "...Al ser consultada si conoce a (DATO RESERVADO), se puede apreciar en la ayuda del dispositivo audiovisual (video de la audiencia), como que la niña comienza a incomodarse, se tapa los oídos sutilmente,

comienza a hablar como si la conociese, y luego sigue hablando de su prima (DATO RESERVADO). Hace referencia a la nieve, al chupete y a su hermano (DATO RESERVADO) (que según ella fue la primera palabra que pronunció). Este sería el momento más confuso de la entrevista y desde mi punto de vista profesional, también para esta niña. Hay un saber no sabido sobre su origen y que es necesario que las dos figuras adultas ((DATO RESERVADO)) comiencen a tratarlo con ella, a ponerlo en palabras, para poder organizar los elementos constitutivos de su identidad. El juego que más le gusta, la muñeca embarazada que habla por teléfono, da cuenta de un intento de la niña por saber sobre el origen y la necesidad de comunicación..." (fs. 78).

4) Respecto de la Sra. (DATO RESERVADO), aunque fue citada a audiencia (fs. 77) no fue hallada en el domicilio denunciado (fs. 82), por lo que, a pedido de la Sra. Defensora de Menores e Incapaces (fs. 85), se dispuso la intervención de una Defensora de Ausentes, quien se presentó a fs. 87, en representación de la Sra. (DATO RESERVADO).

Sin embargo, es necesario destacar que en los autos que corren agregados por cuerda (Expte N° (DATO RESERVADO), la Sra (DATO RESERVADO) se presentó junto a los Sres. (DATO RESERVADO) prestando conformidad a la guarda solicitada por estos últimos respecto de la niña (DATO RESERVADO), así como posteriormente manifestó, junto a los nombrados, que si bien detenta el ejercicio de la responsabilidad parental, se encuentra imposibilitada de ocuparse del cuidado personal, la contención moral y afectiva que la niña necesita (fs. 17 de aquéllos autos). En este proceso, en cambio, no se presentó y no tuvo mas participación que la antedicha por intermedio de la Sra. Defensora de Ausentes.

5) Entonces, hasta aquí, ha quedado suficientemente probada la relación

familiar que (DATO RESERVADO) tiene respecto del Sr. (DATO RESERVADO) y la Sra. (DATO RESERVADO), a quienes llama "papá" y mamá", reconociendo al joven (DATO RESERVADO) como su "hermano", apropiándose también de los vínculos respecto de la familia ampliada de ambos a los que se refiere como abuelos, tíos, primos, etc. (conf. soporte audiovisual reservado en Secretaría bajo el N° 094546).

6) Probados los hechos alegados, corresponde adentrarse en el análisis de la segunda cuestión planteada: el derecho aplicable.

En este sentido conviene aclarar que aunque las partes promovieron demanda por delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en los términos del art. 643 del CCyC, se recondujo la acción conforme lo normado en el art. 657 del CCyC (arts. 706 stes y ctes del CCyC y art. 34 inc. 5) del Cód. Pr). Ello sin perjuicio del criterio de este Juzgado plasmado en la sentencia obrante en autos N° 0592/15/J7, agregados por cuerda a las presentes, sin embargo, ante la posterior presentación de los actores (fs. 21/24 de estos autos), la documental acompañada (fs. 06/20) y los intereses invocados, se dio curso a la acción en los términos del art. 657 del CCyC.

La norma citada textualmente expresa: "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 regulen en este Código...".

Véase que en los dos casos previstos por el Código Civil y Comercial (art. 643 y art. 657), como figura derivada de la responsabilidad parental (art. 640 inc. c), la delegación puede darse únicamente en cabeza de un pariente. No está prevista por dicha norma la posibilidad de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en

referentes afectivos u otras personas que no estén unidas al niño por vínculos de parentesco.

Ha dicho la doctrina que "...ante situaciones de especial gravedad, otorga la posibilidad al juez de establecer el cuidado del hijo en cabeza de un pariente, tal como quedó en definitiva la redacción sancionada, en un claro recorte a las alternativas que brinda el sistema de protección, que incluye a los referentes afectivos" (Código Civil y Comercial comentado, *Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso*, Ed. INFOJUS pag. 506).

Entonces, es claro que la situación de (DATO RESERVADO), para quien su familia (madre, padre y hermano) no son parientes, sino que están enmarcados en el ámbito de su socioafectividad, no encuadra ninguno de los dos supuestos de desmembramiento de la guarda previstos por el Código Civil y Comercial, es decir no encuadra en los supuestos del art. 657 de dicho cuerpo legal.

En otras palabras, la vida, los afectos y las personas que para (DATO RESERVADO) son su familia, quedan por fuera de la norma, no están incluidos en ella. La pregunta que se impone surge muy clara: ¿la legalización o formalización de esta situación, que por la fuerza de los hechos le ha dado a esta pequeña niña una familia (su familia), con quienes ha forjado su centro de vida, la aliviaría y la ayudaría a conocer su identidad biológica, respetando la conformación de su identidad dinámica que día a día se consolida al resguardo de este grupo familiar?.

La respuesta que se impone, conforme las constancias de autos, es positiva. No reconocer los vínculos afectivos que (DATO RESERVADO) ha conformado con el Sr. (DATO RESERVADO), la Sra. (DATO RESERVADO) y el adolescente (DATO RESERVADO), que para la niña son nada más ni nada menos que su padre, su madre y

su hermano, sería condenarla a un nuevo abandono y además situarla "fuera de la ley", vulnerando su derecho a contar con un instrumento legal que les permita a los adultos que se encuentran a su cargo inscribirla en la escuela primaria, formalizar su sistema de cobertura médico-asistencial, autorizar intervenciones médicas urgentes, percibir las asignaciones familiares, autorizarla a realizar paseos o viajes escolares, etc.

7) Entonces, conforme lo expuesto y lo peticionado a fs. 60/62 se vuelve obligatorio mirar la norma desde una perspectiva convencional-constitucional, en cuanto el art. 657 del CCyC veda la posibilidad de otorgar la guarda de un niño, niña o adolescente a referentes afectivos, privilegiando el parentesco por sobre la socioafectividad del niño.

Mucho se ha hablado sobre el "control de convencionalidad" y el deber del juez de realizarlo. Esta terminología fue creada pretorianamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), quien hizo una primera aproximación en el caso "Myerna Mack Chang Vs. Guatemala (año 2003), posteriormente en el caso "Tibi Vs. Ecuador" (año 2004), consolidándose el concepto a partir del caso "Almonacid Arellano y otros Vs. Chile" (año 2006).

Al decir de Hitters, básicamente consiste en una comparación entre el Pacto de San José de Costa Rica y otras convenciones a las que nuestro país se ha obligado, lo que conforma el *corpus iuris* argentino y las disposiciones del derecho interno que adhieren al sistema.

Ya en el año 2010 la CIDH se expidió sobre el deber de los jueces de realizar el control de convencionalidad interno, en la causa "Cabrera García y Montiel Flores Vs. México", en donde expresó: "...Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es conciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y por ello

están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo haya hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...".

Entonces, "...el control de convencionalidad consiste en un juicio de comprobación de la adecuación existente entre un Instrumento Internacional de Derechos Humanos (en adelante IIDH) y una determinada expresión normativa de un Estado. Cuando dicho examen lo realiza un órgano de aplicación e interpretación de los IIDH, una vez que una persona agotó los recursos de jurisdicción interna estatales, estamos ante el ejercicio del control de convencionalidad externo. Cuando la verificación de compatibilidad la realiza un juez o jueza interno ante un caso concreto tomando como referencia el texto de los IIDH y las interpretaciones dinámicas dispuestas por los órganos de aplicación e interpretación de los IIDH, estamos frente al control de convencionalidad interno. El primero opera cuando un Estado ratifica un IIDH y reconoce la competencia de los órganos de aplicación e interpretación de los IIDH en el marco regulado por el derecho internacional de los derechos humanos y teniendo como plafón normativo los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. El segundo se concreta cuando un Poder Constituyente originario o derivado, a través de alguna fórmula normativa de habilitación, "invita" a los IIDH a compartir la jerarquía constitucional de la Constitución configurando una regla de reconocimiento ampliada como "techo del ordenamiento". En este último supuesto se configura el paradigma o modelo de Estado constitucional y convencional de derecho que parte de la premisa normativa de que la Constitución y los IIDH tienen a

priori la misma jerarquía, y en el supuesto de colisión entre dichas fuentes, una prevalece sobre la otra solamente para el caso concreto sobre la base de ponderar el contexto e aplicación tomando como vector el principio pro persona. Existe una relación sincrónicamente entre ambos controles. A mayor control de convencionalidad interno por parte de los jueces y juezas locales, menos control de convencionalidad externo. A mayor garantía interna de los derechos humanos, menor responsabilidad internacional de un Estado..." (Gil Domínguez, Andrés, "Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad", publicado en LA LEY 03/04/2017, 03/04/2017, 1, cita on line AR/DOC/856/2017).

En los Fundamentos del Código Civil y Comercial, que patentiza el proceso de constitucionalización del derecho privado y reconoce el diálogo de fuentes que necesariamente debe existir entre la los Tratados Internacionales en los que el país es signatario, la Constitución y las demás normas internas (arts. 1, 2 y 3 del CCyC), se ha remarcado que el Código "...innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado (...) puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado (...) existe una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, lo cual se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos..." .

Ciertamente el Código Civil y Comercial que se ubica en el bloque infraconstitucional con jerarquía de ley y por debajo de la Constitución y de los tratados, puede entenderse que se ha "constitucionalizado" como una forma de expresar que se pone en línea al Derecho Civil y al Derecho Comercial con el Derecho Constitucional, aclarándose en forma definitiva la jerarquía de los tratados a partir de la sanción de la reforma constitucional de 1994. En este sentido, Lorenzetti dice que en el nuevo Código hay una recepción muy importante de los derechos de los tratados internacionales en

numerosos aspectos relativos a cuestiones de minoridad, género, cuestiones comerciales, etc. De esta forma, se asevera que las normas constitucionales demuestran ser las normas fundadoras de un orden jurídico determinado y, en consecuencia, son normas básicas de referencia que fijan los parámetros de legalidad, los criterios de validez jurídica que permiten identificar a cualquier norma no-constitucional con el sistema que las normas constitucionales inauguran. En consecuencia todas las normas del ordenamiento estatal conducen a la Constitución porque es de ella, en última instancia, de donde infieren su validez jurídica. (Ábalos, María Gabriela, "Los tratados como fuentes del Código Civil y Comercial y los dilemas que plantea el control de convencionalidad", publicado en RCCyC 2016 (agosto), 17/08/2016, 21, cita on line AR/DOC/2303/2016).

8) Nuestro Superior Tribunal de Justicia instaló por primera vez en su jurisprudencia al control de convencionalidad a partir de un voto en disidencia del Dr. Soderó Nievas en Se. "Amnx Argentina S.A." del año 2008; posteriormente en el año 2010 en tres oportunidades (Se. "Acuña", Se. "Lagos" y Se. "Tassara") y ya en el año 2014, con la integración completa de cinco miembros, el STJ volvió a expedirse sobre el tema en la causa "Pazos", donde se dijo "...El control de constitucionalidad debe además extenderse al de convencionalidad analizando la norma en cuestión a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y de los pronunciamientos vertidos tanto por las Cortes Regionales como por los Tribunales Constitucionales encargados de su protección. A partir, entonces, del control de convencionalidad, es posible afirmar la existencia de un derecho a la supremacía de los derechos humanos de carácter regional, lo que permite a cualquier justiciable exigirle a un Juez ordinario o constitucional la aplicación directa o inmediata en ese orden jurídico con preferencia a la legislación interna que lo contradiga (del voto del Dr. Apcarian).

9) Sin embargo, claro está, que la declaración de inconstitucionalidad de una norma tiene carácter excepcional, pero "...tal restrictividad no debe vedar la posibilidad de analizar en cada caso el estudio de la coherencia constitucional de todo el ordenamiento comprensivo de las Convenciones Internacionales" ("Dirección Gral de Rentas -EA legítimo abono", STJ -2013).

Entonces, queda claro que el Código Civil y Comercial impone un sistema de interpretación de las normas diferente, el diálogo de fuentes, que obliga al intérprete, en este caso el juez, a confrontar la norma en cuestión con todo el ordenamiento jurídico internacional e interno, a fin de aplicar aquella más favorable o protectora, en el caso que nos ocupa, al niño, niña o adolescente. El juez, entonces, está obligado a confrontar las normas, cuando entiende que aquella que resulta aplicable colisiona contra derechos protegidos por la Constitución o los Tratados Internacionales en los que la Nación sea parte. Existe, sin duda, un deber del juez de realizar un control interno de convencionalidad-constitucionalidad, interpretando la ley de modo coherente con todo el ordenamiento para resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (arts. 1, 2 y 3 del CCyC).

10) Ahora bien, para abocarnos a esta tarea, debemos confrontar el art. 657 del CCyC (norma aplicable al caso) con el resto del ordenamiento jurídico nacional e internacional relativo a infancia (Convención Internacional de los Derechos del Niño, Constitución Nacional, Ley 26.061 y Ley 4109).

Para ello, necesariamente debe analizarse la noción de "socioafectividad" que ha sido dejada de lado por el art. 657 del CCyC que ubica a las relaciones basadas en el parentesco como las únicas viables para dar alojamiento y contención al niño que se encuentre separado de sus padres en "supuestos de especial gravedad" como prevé la norma en cuestión.

Parte de la doctrina más moderna ha definido a la socioafectividad como la conjunción de dos elementos que lo integran y que hacen que lo fáctico sea esencial: lo social y lo afectivo; como lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social y como lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos. En definitiva, señala Marisa Herrera, se trata de desentrañar cuál es el peso real que tiene en la resolución de varios de los principales conflictos que involucran a niños, niñas y adolescentes, elementos fácticos, no jurídicos como es el querer, el desear, el estar, el cuidar, en definitiva, el afecto que desde la perspectiva jurídica se lo denomina como "socioafectividad" (Herrera, Marisa, "Socioafectividad e infancia ¿de lo clásico a lo extravagante?", Tratado

de Niños, Niñas y Adolescentes, Ed. Abeledo Perrot, T°I, pags. 974 y 975).

La noción de la socioafectividad proviene del ordenamiento jurídico brasileño (art. 1584 del Cód. Civil brasileño) y ha dicho destacada doctrina de nuestro vecino país que: "La filiación socioafectiva resulta de la libre voluntad de asumir funciones parentales. El vínculo de parentesco se identifica a favor de quien el hijo considera ser su padre, aquel que asume las responsabilidades resultantes del poder familiar. La posesión de estado, como realidad sociológica y afectiva, puede mostrarse tanto en las situaciones donde está presente la filiación biológica, como en aquellas en que la voluntad y el afecto son los únicos elementos y para eso el ejemplo más evidente es la adopción" (Dias, María Berenice, "Diversidad sexual e direito homoafetivo, citado por Herrera, Marisa, "Socioafectividad e infancia ¿de lo clásico a lo extravagante?, Tratado de Niños, Niñas y Adolescentes, Ed. Abeledo Perrot, T°I, pag 975).

Esta noción es plenamente aplicable a la realidad de (DATO RESERVADO), que ha sido alojada afectiva y materialmente por los actores, quienes construyen diariamente un lugar seguro para la niña, donde ella se siente cuidada, amada, protegida y a quienes reconoce como "su familia", la única existente para ella. Todo lo que nombró y dibujó en la audiencia estaba asociado a la Sra. (DATO RESERVADO) (su mamá), al Sr. (DATO RESERVADO) (su papá) y a (DATO RESERVADO) (su hermano): la casa en la que vive que ella pudo dibujar (ver fs. 75); la casa de descanso en el (DATO RESERVADO) de esta ciudad, su gato, su habitación que (DATO RESERVADO) ((DATO RESERVADO)) pintó de color rosada y a la que le dibujó un árbol con búhos; su jardín y las amigas de su barrio (conf. fs. 76 y soporte audiovisual reservado por Secretaría).

La familia constituye la subjetividad de un niño y complementa su identidad. Y como en el caso de (DATO RESERVADO) la familia no siempre está asociada a la biología sino que a veces se encuentra ligada por los afectos, por el sentir, el amor, el cuidado que le brindan los actores que, sin tener vínculo de parentesco, se han constituido en los únicos referentes válidos y amados por esta pequeña niña.

11) Entonces el art. 657 del CCyC y su limitación al parentesco como única

posibilidad del otorgamiento de guarda de niños con ausencia de cuidados parentales se contraponen al interés superior de (DATO RESERVADO), porque "cumplir con la ley", en este caso tiene un costo muy alto para la niña, tan alto que la dejaría sin familia. Porque está probado en autos que su madre biológica, (DATO RESERVADO), de quien ni siquiera se conoce su domicilio (conf. surge de fs. 82), se ha desentendido de su hija, dejándola al cuidado de esta familia, primero mediante un consentimiento formalizado (fs. 09/12 y fs. 17 del Expte N° (DATO RESERVADO)) y posteriormente signado por la fuerza de los hechos, habiéndose desligado completamente de los cuidados parentales (fs. 06/09; fs. 35/39; fs. 75/76; fs. 78 y fs. 92/95 de estos autos).

Y por otra parte, como bien señalan los actores en el escrito donde solicitan la declaración de inconstitucionalidad de la norma en examen, "...El cumplimiento de un mandato legal como el Art. 657, no hará que (DATO RESERVADO) deje de sentir que somos sus padres y que nuestro hijo (DATO RESERVADO) es su hermano, por el contrario, importaría desde el Estado vulnerar sus derechos y su interés superior, al verse privada del amparo y protección que su madre biológica no puede darle..." (fs. 61 vta.).

Veáse que el informe social obrante a fs. 92/95 es conteste con ello al concluir que: "Desde hace ya varios años, guiados por el afecto y mediante un acuerdo informal establecido con la progenitora, integraron a su entramado vincular a (DATO RESERVADO), esforzándose desde entonces por ofrecer satisfacción a todos sus requerimientos emocionales, formativos, normativos y materiales. En estas circunstancias, el profundo lazo construido los ha llevado a convertirse en referentes afectivos de trascendencia para el crecimiento de la pequeña, asumiendo roles de significativa importancia en la vida de la misma quien los nombra como su mamá y papá, asumiendo en lugar de hija que ellos significaron desde un comienzo de la relación..."

La noción de socioafectividad que analizamos al principio de manera general o impersonal, adquiere en la vida de (DATO RESERVADO) 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.

12) Por lo expuesto, 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.

De todas formas y de modo general, ello ya fue considerado en las conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de Bahía Blanca en el año 2015, donde de *lege ferenda* y por unanimidad de concluyó que "se debe [n] 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".

Por ello, de conformidad con lo peticionado (fs. 60/62) y lo dictaminado por el Sr. Agente Fiscal (fs. 64), la Sra. Defensora de Menores e Incapaces (fs. 68/70) y el análisis realizado precedentemente, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 657 del CCyC en cuanto limita el otorgamiento de la guarda únicamente a los parientes, dejando por fuera de la norma a los referentes afectivos (socioafectividad), por vulnerar derechos humanos y fundamentales de la infancia reconocidos por los Tratados Internacionales, la Constitución Nacional, leyes nacionales y provinciales, vulnerando el interés superior de (DATO RESERVADO) (art. 3 CDN, art. 3 de la ley 26.061 y art. 10 de la ley 4109); su derecho a vivir en familia (art. 14 bis CN, art. 21 CDN, art. 31 y art. 33 de la Constitución de la Provincia de Río Negro, arts. 3 inc. c), 7 y 10 de la ley 26.061 y arts. 4 y 5 de la ley provincial 4109); su derecho a la intimidad (art. 19 CN, art. 20 Const. Pcia de Río Negro, art. 10 Ley 26.061 y art. 17 de la ley 4109) y el respeto por su centro de vida (arts. 3 y art. 20 de la CDN, 3 inc. f) de la Ley 26.061, arts. 10, art. 12

y art. 27 de la ley 4109).

13) Párrafo aparte merece la consideración que entiendo corresponde realizar sobre el derecho a la identidad de (DATO RESERVADO), es decir su derecho a conocer claramente su realidad biológica.

Es que de las constancias de autos, especialmente de la entrevista con la niña, el informe técnico obrante a fs. 78 y el informe socioambiental de fs. 92/95, surge que se encuentra confundida respecto de su realidad biológica, que es un tema que la angustia, del que pretende evadirse utilizando recursos acordes a su edad y madurez. Por ejemplo tanto de la entrevista con la niña, plasmada en el informe de fs. 78, como de la visita social a su domicilio, se vislumbra lo nerviosa que se pone cuando se nombra a su madre biológica ((DATO RESERVADO)). "...Al ser consultada sobre si conoce a (DATO RESERVADO) se puede apreciar ...como que la niña comienza a incomodarse, se tapa los oídos sutilmente, comienza a hablar como si la conociese y luego sigue hablando de su prima (DATO RESERVADO). ...Hay un saber no sabido sobre su origen y que es necesario que las dos figuras adultas ((DATO RESERVADO)) comiencen a trabajarlo con ella, a ponerlo en palabras, para poder organizar los elementos constitutivos de su identidad. En el juego que más le gusta, la muñeca embarazada que habla por teléfono, da cuenta de un intento de la niña por saber su origen y la necesidad de comunicación..." (fs. 78).

Por su parte, con relación a ello, el informe socioambiental expresa que "En cuanto el vínculo con su red de origen asume un comportamiento evasivo a través del cual procura, por diferentes medios, no ahondar en el tema, inclusive ante la re pregunta, sin poder nombrar a (DATO RESERVADO) como su progenitora, ni realizar ninguna referencia a sus fraternas unilaterales por esta vía, visibilizando la movilización personal que le produce este aspecto fundamental para su constitución subjetiva y que deberá en lo sucesivo ser abordado a fin de aclarar dudas y aportar así a la construcción de su identidad, aspecto de fundamental importancia en su proceso de crecimiento..." (fs. 94 vta.).

En ambos casos, las profesionales intervinientes sugirieron la concurrencia a

un espacio terapéutico donde se pueda trabajar la situación familiar y ayudar a (DATO RESERVADO) a clarificar el origen de (DATO RESERVADO) y su inclusión en la familia actual, lo que permitirá abordar la situación entre todos, a efectos de que la niña pueda elaborar e historizar sus orígenes y su identidad.

Por lo que corresponde hacer saber a la Sra. (DATO RESERVADO) y al Sr. (DATO RESERVADO) que deberán dar cumplimiento con la asistencia a un espacio terapéutico -público o privado-, durante el tiempo que los profesionales entiendan pertinentes, debiendo acreditar a autos su cumplimiento y la presentación de un informe final emitido por el profesional interviniente que deberá dar cuenta de lo trabajado, las estrategias implementadas y el resultado logrado.

Por ello;

RESUELVO:

I.- Declarar la inconstitucionalidad del art. 657 del CCyC en cuanto limita el otorgamiento de la guarda únicamente a los parientes, dejando por fuera de la norma a los referentes afectivos (socioafectividad), por vulnerar derechos humanos y fundamentales de la infancia reconocidos por los Tratados Internacionales, la Constitución Nacional, leyes nacionales y provinciales, vulnerando el interés superior de (DATO RESERVADO) (art. 3 CDN, art. 3 de la ley 26.061 y art. 10 de la ley 4109); su derecho a vivir en familia (art. 14 bis CN, art. 21 CDN, art. 31 y art. 33 de la Constitución de la Provincia de Río Negro, arts. 3 inc. c), 7 y 10 de la ley 26.061 y arts. 4 y 5 de la ley provincial 4109); su derecho a la intimidad (art. 19 CN, art. 20 Const. Pcia de Río Negro, art. 10 Ley 26.061 y art. 17 de la ley 4109) y el respeto por su centro de vida (arts. 3 y art. 20 de la CDN, 3 inc. f) de la Ley 26.061, arts. 10, art. 12 y art. 27 de la ley 4109).-

II.- Otorgar la guarda de la niña (DATO RESERVADO) DNI N° (DATO RESERVADO), al Sr. (DATO RESERVADO) DNI N° (DATO RESERVADO) y a la Sra. (DATO RESERVADO) DNI N° (DATO RESERVADO), por el plazo dispuesto en dicha norma (1 año).-

III.- Ordenar al Sr. (DATO RESERVADO) y a la Sra. (DATO RESERVADO) la

asistencia a un espacio terapéutico -público o privado-, donde se pueda trabajar la situación familiar y ayudar a (DATO RESERVADO) a clarificar su origen y su inclusión en la familia actual, lo que permitirá abordar la situación entre todos, a efectos de que la niña pueda elaborar e historizar sus orígenes y su identidad, todo ello durante el tiempo que los profesionales entiendan pertinentes, debiendo acreditar a autos su cumplimiento y la presentación de un informe final emitido por el profesional interviniente que deberá dar cuenta de lo trabajado, las estrategias implementadas y el resultado logrado.

IV.- Hacer saber a los peticionantes que queda bajo su responsabilidad el resguardo de la integridad psicofísica de la niña y que se encuentran facultados para tomar las decisiones relativas a las actividades de su vida cotidiana; así como también se encuentran autorizados para percibir las asignaciones familiares ordinarias y extraordinarias y/o asignación universal que por la guarda de la niña correspondan, haciendo extensivos los beneficios de la obra social pertinente, salvo que existan otros beneficiarios que los perciban.-

V.- Hacer saber al Sr. (DATO RESERVADO) y a la Sra. (DATO RESERVADO) que, finalizado el término de un año por el que fue otorgada la presente, deberán presentarse ante este mismo Juzgado de Familia con patrocinio letrado a los fines de su renovación o con la petición que entienda pertinente respecto de la situación de la niña.-

VI.- Costas a los peticionantes (art. 68 del Cód. Pr.). Regular los honorarios de las Dras. Mónica Navarro y Victoria Molteni, merituando la extensión, complejidad y resultado de la tarea realizada, en la suma equivalente a 20 jus, en forma conjunta (arts. 6, 7, 11, 48, 49 y 50 Ley 2212). Cúmplase con la ley 869. Notifíquese a Caja Forense.-

VII.- Regístrse, protocolícese y notifíquese.-

MARÍA LAURA DUMPÉ
JUEZA

