

La prohibición legal frente a la realidad socioafectiva: Análisis crítico de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre las guardas de hecho

Autoras:

Beguiristain, Camila Denise

Fonollosa, Rocío

Cita: RC D 346/2023

Sumario:

I. Planteo. II. Los casos. III. (Re)pensando las guardas de hecho: Cuando las prácticas irregulares también están en el Estado. IV. Bases subyacentes y nuevas realidades consolidadas - Desafíos y propuestas para analizar la socioafectividad desde un enfoque de derechos humanos. V. Breves palabras de cierre.

La prohibición legal frente a la realidad socioafectiva: Análisis crítico de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre las guardas de hecho

I. Planteo

La presente columna tiene por objetivo analizar una de las aristas más controvertidas en materia de filiación adoptiva: la prohibición legal en materia de guardas de hecho de cara a las realidades socioafectivas consolidadas a través del paso del tiempo.

En este contexto, nos proponemos analizar los casos "Recurso de hecho deducido por los actores en la causa D., H. C. y otros s/ Guarda con fines de adopción - Declaración de adoptabilidad"[\[1\]](#) y "Recurso de hecho deducido por E. L. G. K. y A. C. G. en la causa G., A. C. y otro s/ Guarda con fines de adopción"[\[2\]](#), ambos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, en adelante) en fecha 20 de abril de 2023, a los fines de: i) llamar la atención, desde un enfoque de derechos y perspectiva de género e interseccional, sobre prácticas estatales irregulares en contextos donde los niños, niñas o adolescentes (NNA, en adelante) quedan a cargo de terceras personas sin intervención judicial de ningún tipo; II) exponer, desde la perspectiva de niñez, la trascendencia e impacto diferenciado que tiene en los NNA el paso del tiempo; III) plantear la necesidad de ponderar la realidad socioafectiva y de cuidado como un elemento clave para desentrañar casos complejos.

Para ello, proponemos dividir el trabajo en tres secciones. La primera, destinada a relatar brevemente los hechos de los casos mencionados en el párrafo anterior. La segunda, dedicada a plantear brevemente, el texto y contexto de regulación de las guardas de hecho. La tercera, dirigida a problematizar los abordajes contextuales y respuestas judiciales desde la interrelación tiempo-socioafectividad.

II. Los casos

El 20 de abril del corriente año, la CSJN dictó dos sentencias que, con plataformas fácticas similares, tuvieron como eje las guardas de hecho.

Con argumentos casi idénticos -incluso una de ellas remite a los fundamentos de la otra-, el máximo Tribunal revocó las sentencias apeladas que rechazaron las guardas con fines de adopción que solicitaron las partes actoras ante la entrega directa de niñas por parte de sus progenitoras por la imposibilidad que manifestaron estas últimas de asumir la crianza de aquellas. Veamos.

En el primer caso, "Recurso de hecho deducido por E. L. G. K. y A. C. G. en la causa G., A. C. y otro s/ Guarda con fines de adopción", un matrimonio guardador, solicitó en el año 2012 ante el Tribunal de Familia N° 3 de Lomas de Zamora, la guarda con fines de adopción de L., una niña nacida ese mismo año en la Provincia de

Misiones. Para así hacerlo, manifestaron que la niña les fue "entregada por su progenitora" en virtud de la imposibilidad de hacerse cargo de su crianza dada su precaria situación socioeconómica. Conforme surge de los hechos, la progenitora biológica de L. conocía al matrimonio guardador, ya que trabajaba como empleada, en la casa familiar de uno de ellos.

Un mes después de la presentación de la demanda, el Tribunal resolvió que la competencia le correspondía al Juez de Familia de Posadas, ya que los peticionarios eran ajenos a la provincia de origen de la niña que estaba bajo su cuidado por una presunta entrega directa, expresamente prohibida por el art. 318 del antiguo Código Civil^[3]. Sin embargo, decidió alertar sobre las consecuencias del transcurso del tiempo en un caso como el presente, sosteniendo que "por ser una situación irregular, la guarda debía manejarse con diligencia y celeridad excepcional, pues el transcurso del tiempo favorecía la creación de lazos con la familia tenedora de hecho y podía ser perjudicial para los intereses de la niña y de su familia biológica". Es aquí donde, si bien no de forma textual, se introduce la noción de socioafectividad.

Una vez radicada la causa en el Juzgado de Familia N° 2 de Misiones, la demanda fue rechazada in limine, con fundamento en el artículo 26 de la Ley Provincial XII-20, la cual rige el proceso de adopción. El rechazo estuvo fundado en que los peticionarios no acreditaron los extremos requeridos por la Ley y no se configuraba la excepción en ella prevista para el otorgamiento de la guarda.

El matrimonio guardador y la progenitora biológica interpusieron recurso de apelación. Mientras que la Sra. Defensora de Cámara dictaminó en contra de la demanda por considerar que la solicitud no respetaba la ley local, el Fiscal de Cámara opinó lo contrario, ponderando el transcurso del tiempo, el cual había generado vínculos afectivos entre la niña y el matrimonio.

El 18/06/2014, la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial confirmó lo decidido por el Juzgado de Primera Instancia. Para así decidir, ponderó que los peticionarios no habían cumplido con la Ley de Adopción, y que, si bien el transcurso del tiempo es un factor relevante en los casos de guarda, no puede convalidar la situación irregular motivada por el accionar de las partes.

Como consecuencia de ello, los peticionarios interpusieron recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, sosteniendo que la decisión resultaba arbitraria por incurrir en un exceso de rigor formal que vulneraba el interés superior de la niña, ya que la privaba de continuar viviendo con la familia con la cual había creado vínculos desde su nacimiento. Asimismo, resaltaron el derecho a obtener una eficaz definición judicial dentro de un plazo razonable.

El Superior Tribunal de Justicia, luego de un largo trámite para alcanzar la mayoría (4 años), declaró inadmisibile el recurso extraordinario local por considerar que la sentencia de Cámara no es una resolución definitiva ni asimilable a tal. Contra dicha resolución, las partes interpusieron un recurso extraordinario federal, el cual fue denegado, lo que motivó la queja de los pretendidos guardadores ante la CSJN.

Es interesante remarcar que la Defensora General de la Nación en su dictamen, solicitó se desestime el recurso y se exhorte a las autoridades provinciales a escuchar a la niña y regularizar su situación de manera urgente. Para ello, señaló que hubo una "importante pasividad por parte de los operadores judiciales provinciales, que generaron una afectación al plazo razonable que debe regir especialmente en esta clase de procesos" y "propiciaron que la situación irregular en la que mi defendida se encuentra inmersa se prolongue desde su nacimiento hasta el día de la fecha, pasados más de ocho años". Enfatizó en que "los jueces se limitaron a rechazar de plano la acción instaurada y se desentendieron de la situación de la niña, jamás se ocuparon de constatar su situación y eventualmente, tomar medidas para su protección y que se resuelva su estado familiar". A ello añadió que "entre la sentencia de cámara y la declaración de inadmisibilidad del recurso extraordinario local pasaron más de cuatro años. A esa altura la niña ya llevaba seis años residiendo con los guardadores". Concluyó que "el solo transcurso del tiempo sin una determinación de la situación jurídica de la niña causa un perjuicio de imposible reparación posterior que debe ser resuelto con la premura que esta afectación al plazo razonable implica". Asimismo, destacó que, tanto la Convención de los Derechos del Niño como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponen que los niños sean separados del grupo familiar como medida proveniente del Estado y únicamente como excepción previo agotamiento de todas las instancias posibles.

Previo a ingresar en el análisis del fondo de la cuestión, la CSJN sostuvo que, si bien es criterio reiterado que las resoluciones por las cuales los tribunales superiores de las provincias deciden sobre la procedencia o no de los recursos extraordinarios de carácter local, no son, en principio, revisables en la instancia del art. 15 de la Ley 48, el criterio admite excepción cuando la sentencia en cuestión conduce a una limitación sustancial de la vía utilizada por los recurrentes, afectando su defensa en juicio y la garantía del debido proceso. En el presente caso, para la CSJN la decisión de la Cámara resultó equiparable a una sentencia definitiva "susceptible de causar un agravio insuficiente o dificultosa reparación ulterior con clara repercusión en los derechos de la niña involucrada dada la incidencia que tendrá en su vida actual y futura, y por otro, torna inoperante para los interesados la posibilidad de deducir una nueva pretensión con idéntico objeto, aspectos que habilitan la admisibilidad del recurso".

Zanjada la cuestión relativa a la procedencia del recurso, la Corte introdujo un principio fundamental en materia de niñez y adolescencia: el interés superior del niño. A los fines de plantear una directiva a los tribunales argentinos, sostuvo que "El principio debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales llamados al juzgamiento de los casos que los involucran en todas las instancias, incluida esta Corte Suprema". Más aún, ingresando en el caso en concreto, mencionó que, la sola existencia de un riesgo para la niña derivado de una modificación en la guarda de hecho que atravesaba su vida hacía más de nueve años, producto de la modificación de la situación socioafectiva familiar en la que se encontraba inserta, así como la necesidad de garantizar el derecho de todo niño a crecer en una familia, exigía una respuesta diferente y apartada de la decisión recurrida.

Además, sostuvo que desconocer el tiempo transcurrido desde el comienzo de las actuaciones y mantener una decisión adoptada en un momento y contexto determinado y diferente al actual, importaría una evaluación del caso alejada de las directivas constitucionales que debían guiarlo. Asimismo, ponderó la opinión de la niña, señalando la importancia de tener en consideración su manifestación a la hora de evaluar la solicitud inicial a los fines de respetar su interés superior.

También, analizando la normativa, indicó que la entrega directa se encontraba expresamente prohibida en el antiguo Código Civil y que dicha prohibición se mantiene en el nuevo Código con la finalidad de preservar la legalidad del proceso de adopción, así como de respetar y asegurar los derechos de quienes intervienen en el mismo. Sin embargo, reconoció que en los casos donde los magistrados no tomaron una decisión inmediata para revertir una situación irregular y comenzó a tomar mayor dimensión el transcurso del tiempo, el cumplimiento tajante de la ley entra en tensión pues el interés superior del niño, se encuentra inmerso en otro contexto. En dicho sentido la Corte sostuvo que "El Tribunal de Lomas de Zamora advirtió que, por ser una situación irregular, debía procederse con diligencia y celeridad excepcional, ya que el transcurso del tiempo favorecía la creación de lazos con la familia de la niña y de su familia biológica que podía ser perjudicial para los intereses de la niña y de su familia biológica. Ese era, justamente, el deber que tenían los jueces de la causa que intervinieron durante el proceso".

Por último, analizó la decisión del Superior Tribunal de Justicia indicando que, al momento de rechazar la sentencia habían pasado más de seis años desde la resolución del Tribunal de Lomas de Zamora, y que "Llegada la situación a ese punto por la pasividad de los tribunales locales, no resultaba posible que el Superior Tribunal rechazara el recurso extraordinario provincial por falta de sentencia definitiva, sin considerar las circunstancias imperantes en dicha oportunidad y las medidas que fueran necesarias para remediar la situación en forma inmediata, teniendo en cuenta los intereses en juego". Por ello, resolvió hacer lugar a la queja y declarar procedente el recurso extraordinario, dejando sin efecto la decisión apelada.

En el caso, "Recurso de hecho deducido por los actores en la causa D., H. C. y otros s/ Guarda con fines de adopción - declaración de adoptabilidad", la Corte comienza relatando que la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Familia de la Tercera Circunscripción Judicial de la Provincia de Misiones confirmó la sentencia de primera instancia, la cual había rechazado la demanda deducida por la progenitora de M., nacida el 1 de septiembre del 2016, instaurada junto al matrimonio guardador, con quien convive desde su nacimiento.

Asimismo, la Cámara dispuso de forma inmediata el reintegro de la niña a su progenitora o a algún integrante de

la familia ampliada de origen, a los fines de avanzar con la revinculación con su madre biológica. Ahora bien, para el caso de que la revinculación no pueda desarrollarse de forma exitosa, el órgano judicial ordenó que se arbitraran las medidas necesarias para que la niña fuera cuidada por una familia sustituta o se procediera a la elección de guardadores, pudiendo en ese caso, el matrimonio guardador, solicitar la declaración de adoptabilidad y oficiar al RUAAM para la tramitación de su inscripción.

Al igual que en el caso anterior, se interpuso recurso de inaplicabilidad de ley ante el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Misiones que fue desestimado, y un recurso extraordinario federal que fue rechazado.

Por su parte, la Corte entendió necesario analizar el caso señalando que "atento a los derechos e intereses en juego -de indudable naturaleza federal-, y a fin de evitar que se prolongue aún más la adopción de una solución definitiva acerca de la situación de la infante, corresponde que este Tribunal entienda en los planteos realizados sobre el fondo del asunto vinculados con la desestimación in limine de la pretensión y las consecuencias que se derivan de ello".

Algunas de las explicaciones introductorias brindadas por la Corte para examinar el supuesto estuvieron vinculadas a la noción de que todos los niños, por el simple hecho de serlo, tienen derecho a una protección especial y que el interés superior del niño exige examinar el caso en concreto, teniendo en consideración sus particularidades, a los fines de arribar a una solución que contemple del mejor modo la situación real de niño y las consecuencias de la decisión cuestionada.

Para entender la realidad social y familiar de la niña, como así también la situación personal de los adultos involucrados, la Corte decidió solicitar información al Juzgado de Familia y Violencia Familiar N° 2 de Puerto Iguazú, recabada luego de las audiencias mantenidas con el matrimonio guardador, con la niña y con su progenitora, de las cuales surgía que la niña consideraba al matrimonio guardador como sus progenitores, que la progenitora biológica se encontraba viviendo en Brasil y que ratificaba su decisión de que M. sea adoptada. Asimismo, de la entrevista mantenida con la abuela materna (a los fines de analizar las posibilidades de permanencia en la familia ampliada) surgía que esta no tenía conocimiento de su nieta y señaló no estar en condiciones económicas para satisfacer sus necesidades.

Con relación al transcurso del tiempo, la Corte entendió que "no cabe desconocer la importancia y efectos que el paso del tiempo -por motivos que les son ajenos- tiene en los primeros años de vida de los infantes cuya personalidad se encuentra en formación. Ello pues, es en ese curso temporal en el que se desarrollan los procesos de maduración y aprendizaje, convirtiéndose entonces el tiempo transcurrido en un factor que -pese a no ser lo deseable y cuya configuración como elemento de ponderación debería procurar evitarse- adquiere una consideración especial a la hora de definir el asunto y determinar "su interés superior" en el caso en concreto que, como tal, no cabe que sea desatendido por quienes tienen a su cargo dicha tarea".

Por ello, teniendo en consideración el tiempo transcurrido desde el nacimiento de la niña y el dictado de la sentencia -7 años-, como así también que no se encontraba acreditado en el caso que una decisión distinta implicara un mayor beneficio para ella, sostuvo que correspondía a los magistrados adoptar las medidas pertinentes para evaluar la idoneidad, previa declaración de adoptabilidad, del matrimonio guardador a los fines de continuar con el cuidado de M.

Para así decidir, sostuvo que mantener la decisión que desestimó por cuestiones formales la pretensión inicial compartida por la progenitora biológica y el matrimonio guardador implicaba realizar una evaluación alejada de principios y derechos constitucionales que debían guiar el caso. Asimismo, enfatizó en que los magistrados debían analizar las consecuencias derivadas de su decisión, a los fines de evitar que un apego excesivo a las leyes genere un daño mayor al que se pretende evitar.

Por último, la Corte mencionó lo que en la actualidad diversos autores denominan identidad dinámica, ya que, a través de la audiencia mantenida con la niña, pudo advertirse el lugar que ésta ocupaba en el núcleo social y familiar en el que se encontraba inserta. Por todo lo expuesto, resuelve revocar la sentencia apelada y dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda.

III. (Re)pensando las guardas de hecho: Cuando las prácticas irregulares también están en el Estado

Las guardas de hecho constituyen una de las aristas más controvertidas en materia de adopciones, pues son aquellas que tienen lugar cuando las y los progenitores se desprenden de la crianza de sus hijos/as y estos/as quedan a cargo de terceras personas sin ningún tipo de intervención estatal -administrativa o judicial-.

Sabido es que el Código Civil y Comercial (CCyC, en adelante) las prohíbe de manera expresa en el artículo 611, y la transgresión a dicha manda habilita la potestad judicial de separar al NNA de manera transitoria o definitiva de los/as guardadores/as de hecho y continuar con el proceso judicial a los fines de establecer si se está ante un supuesto de adoptabilidad o el NNA puede reintegrarse a su núcleo familiar de origen -ya sea nuclear o ampliado-.

Para comprender los motivos que dieron lugar a tal normativa, es necesario tener presente el contexto político-social y los hitos normativos y jurisprudenciales -tanto nacionales e internacionales- que delinearon la figura de la adopción en la República Argentina sobre la base de la perspectiva de niñez y enfoque de derechos humanos. En primer lugar, la aprobación de la Convención de los Derechos de la Niñez (en adelante, CDN) en el año 1990 y la posterior jerarquía constitucional otorgada en el año 1994 en el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. En segundo lugar, y como eco de lo anterior, la sanción de la Ley 26061 del año 2005, a través de la cual se deja atrás el régimen tutelar del Patronato de Menores, para instalar un sistema integral y transversal que, desde el enfoque de la promoción y restitución de derechos, concibe a las niñeces y adolescencias como sujetos plenos de derechos. En tercer lugar, la condena al Estado Argentino emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Fornerón e Hija vs. Argentina"[\[4\]](#) y una de las principales deudas que, derivado de ello, tiene pendiente nuestro país: la tipificación de la compraventa de NNA. Por último, la significancia que posee el derecho a la identidad en nuestro país, derivada de los hechos acontecidos durante la última dictadura militar.

Asimismo, el artículo resulta coherente con el resto de las previsiones contenidas en el CCyC. Entre ellas, y principalmente, la que exige agotar las posibilidades de permanencia del NNA en la familia de origen pues involucra de manera significativa el derecho humano a la identidad y la vida familiar y, en consonancia con la Ley Nacional 26061, busca prevenir la separación de estos/as de su ámbito familiar a través del trabajo de fortalecimiento y restitución y protección de derechos. Por otro lado, la que dispone la inscripción de las personas que desean adoptar en el registro de adoptantes (art. 600, inc. b) y la nulidad absoluta de la adopción frente a su incumplimiento (art. 634, inc. h).

Por todo ello, el imperativo contenido en el artículo 611, busca la actuación inmediata sobre la base del peligro que implica la demora y la permanencia del NNA en la familia que lo/a recibe y el riesgo de que el paso del tiempo genere y consolide lazos afectivos difíciles de revertir[\[5\]](#).

Ahora bien, como explican Silva y Videtta[\[6\]](#), estas guardas pueden tener distinto origen: a) en la entrega directa; b) en el desprendimiento de la crianza y cuidado en contextos de desequilibrio estructural entre la familia que entrega y la que recibe; o, 3) en la voluntad de los/as progenitores/as sobre la base de un vínculo previo fundado en el parentesco (previsto en el propio artículo 611) y/o en el afecto que, aunque no previsto[\[7\]](#), ha sido un elemento trascendental para hacer lugar a las mismas a través de la declaración de la inaplicabilidad o inconstitucionalidad de la mencionada norma.

Con ello, resulta claro que los primeros dos panoramas, bien se diferencian del tercero; y, en los casos que nos convocan, puede advertirse que sus plataformas fácticas se condicen con los primeros y se alejan del último, pues resulta patente la inexistencia de un vínculo afectivo previo entre las partes involucradas y se dejan al descubierto los contextos de vulnerabilidad(es) que los rodearon.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, en adelante), en su Opinión Consultiva N° 17 [\[8\]](#), relativa a la condición jurídica y derechos humanos del niño, sostuvo que "la carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención". Por ello, la prohibición de las guardas de hecho busca evitar que se invalide el trabajo con las

familias de origen y que las consecuencias negativas de la falta de políticas de fortalecimiento se vuelvan el centro de decisión. En el mismo sentido, el artículo 35 de la Ley 26061 al hablar de la aplicación prioritaria de medidas de protección, incluye a las que brindan apoyo o ayuda económica.

Además, no es menor resaltar la necesidad de articular la perspectiva de niñez con la perspectiva de género e interseccional, que también poseen un fuerte sustento constitucional-convencional^[9]. Por ello, no podemos dejar de mencionar que los casos involucran a dos progenitoras que hacen referencia a las condiciones socioeconómicas como motivos para desprenderse de la crianza. Con ello, resulta evidente que el aprovechamiento de las vulnerabilidades de las progenitoras -con raíz en la feminización de la pobreza- vuelve ilegítimas las motivaciones de tales guardas.

Sobre esto, la doctrina ha llamado la atención en la necesidad y obligatoriedad de accionar de manera crítica y categórica cuando las adopciones de origen irregular se dan con una madre empobrecida y una relación de fuerza de clase que se vuelve un valladar difícil de sortear para tomar elecciones autónomas y voluntarias. En uno de los casos, no puede obviarse que la progenitora conocía al matrimonio con motivo de haber trabajado como empleada doméstica del padre de uno de ellos y que, habiendo nacido la niña en la Provincia de Misiones, el matrimonio inicia la acción en el Tribunal de Familia N° 3 de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, lo que implicó el traslado de la misma de una Provincia a otra. Claramente, el "conocer" y la distancia, nos alejan de motivaciones socioafectivas genuinas, transparentes y consolidadas.

Entonces, si detectadas estas circunstancias el artículo 611 habilita la potestad judicial de actuación urgente, ¿por qué transcurrieron entre siete y diez años para que la situación de las niñas implicadas estuviera definida? ¿Qué pasó con la actuación corresponsable y articulada entre el poder judicial y el ejecutivo?

Frente a dichas preguntas, resulta relevante destacar que, en los casos reseñados, contrario a lo que suele suceder, las partes recurrieron a la justicia de forma casi inmediata solicitando la guarda con fines de adopción, y fue el poder judicial el que, no solo no adoptó las medidas pertinentes (en ambos casos se determinó una separación que nunca se hizo efectiva) sino que, incluso muchos años después, la situación sigue sin estar definida. En consecuencia, se deja en un limbo a las partes, y principalmente a la niña, con las repercusiones que ello genera en la seguridad jurídica y bienestar emocional de las mismas, así como en el goce y garantía de una multiplicidad de derechos humanos.

IV. Bases subyacentes y nuevas realidades consolidadas - Desafíos y propuestas para analizar la socioafectividad desde un enfoque de derechos humanos

De las sentencias bajo análisis, es posible advertir el abordaje que la CSJN realiza sobre la socioafectividad cuando refiere al transcurso del tiempo y las consecuencias derivadas de él. Sobre todo, cuando señala que las sentencias deben atender a las circunstancias existentes al tiempo de decidir la controversia y el impacto que puede generar modificar o mantener situaciones socioafectivas en la vida de lxs NNA.

Ello se debe a que el afecto ha irrumpido en el derecho a la identidad tradicional, el cual estaba basado en una cuestión puramente genética, para volcarse a un concepto dinámico, que no puede ser analizado y aplicado sino de una forma integral e interdisciplinaria. Por otra parte, la introducción del afecto al derecho ha estado vinculada al cambio de paradigma de la familia tradicional basada en la concepción biologicista hacia un concepto de familia en clave plural y diversa.

Respecto a sus antecedentes, fue el derecho brasilero quien introdujo la noción de socioafectividad como causa fuente filial autónoma. Tal como sostienen las autoras De la Torre y Silva, "el asidero legal de la filiación socioafectiva lo dio, primariamente, el Código Civil promulgado en el año 2022, al admitir no solo el parentesco natural y civil, sino también el parentesco de otro origen, añadiendo el concepto de socioafectividad"^[10].

Si bien en nuestro país, el CCC no consagra de forma taxativa la socioafectividad, su aplicación se deriva de los artículos 1, 2 y 3, que implican una clara obligación de resolver el caso en concreto utilizando, no únicamente la literalidad de la norma, sino también los principios constitucionales y convencionales receptados por instrumentos de derechos humanos. Asimismo, varios artículos contienen términos vinculados a las relaciones afectivas como

"allegados", "parientes por afinidad" y "personas con las cuales tenga un vínculo afectivo" (arts. 59, 555, 556 y 646, respectivamente).

Por lo tanto, el derecho argentino, a través de destacada doctrina^[11] y jurisprudencia^[12], ha incorporado la noción de socioafectividad para analizar e interpretar relaciones de familias que están fundadas en el afecto. En particular, dicha noción ha sido aplicada al instituto de la adopción, para resolver aquellas situaciones donde la realidad supera al derecho. En dicho sentido, Herrera ha indicado que "... la noción de socioafectividad observa un rol esencial a tal punto de desestabilizar el régimen legal establecido (...) la justicia se ha tenido que topar, en tantísimas oportunidades, a la obligación de dilucidar qué hacer ante una situación fáctica en la cual prima un vínculo afectivo consolidado entre un niño y sus guardadores quienes pretenden ser reconocidos como guardadores con miras a una adopción"^[13].

En definitiva, se trata de aquellas personas que, sin un vínculo de parentesco, tienen una relación afectiva. Puntualmente, en el caso de los niños y adolescentes "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"^[14].

A modo de ejemplo, hasta donde llega nuestro conocimiento, de los 33 casos planteados en la justicia a los fines de reclamar el reconocimiento de la triple filiación, dos^[15] de ellos tienen como fuente filial autónoma la socioafectividad. En el caso del Juzgado de Familia, 3a Nominación de Córdoba 11/04/2022, la Jueza al resolver favorablemente, se ha explayado sobre el concepto de socioafectividad indicando que "la filiación socioafectiva no se basa en un hecho biológico ni en la voluntad procreacional, tampoco surge de un proceso adoptivo. Por el contrario, el elemento central de este tipo filiatorio se encuentra en la realización de múltiples y diversos actos sostenidos a lo largo del tiempo que nos permiten apreciar que existe una verdadera voluntad de ejercer el rol paterno y consecuentemente el de hijo/a. En otras palabras, la filiación socioafectiva afirma y reafirma un vínculo que trasciende lo normativo, importa reconocer que tanto la paternidad como el ser hijo es una función que se ejerce día a día, un vínculo que se va forjando con el devenir de la vida, que exige afecto, entrega, dedicación, presencia, respeto y acompañamiento; actos que la ubican en la esencia de una verdadera filiación".

Asimismo, el reciente Código de Familias de Cuba, sancionado a través de la Ley 152/2022, ha consagrado al afecto como un punto de partida para las relaciones familiares, incluyéndolo incluso como fuente de filiación. En dicho sentido, destacados autores han sostenido que "sobre la base de la protección de la dignidad humana, el derecho de las familias que hoy se construye -a partir de este Código- se sustenta en un nuevo orden constitucional, que vuelca la mirada en las familias como unión de personas vinculadas por un lazo afectivo, psicológico, sentimental que se obligan a una comunión de vida, de modo que se apoyen los unos a los otros. Así, el afecto gana y se afianza como valor jurídico (19), toda vez que, sobre él, el derecho pasa a centrar la atención en áreas antes intocadas. El derecho de las familias que se construye -y que se contiene en el nuevo Código- ha de estar basado más en la afectividad que en la estricta legalidad, situando así el afecto a la par de la sangre (arts. 2.2, 3.1 e)"^[16].

Tal es la relevancia de la noción de socioafectividad en la actualidad del derecho que, en el año 2022, en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Mendoza, en la Comisión 7 de Familia, el eje de abordaje se tituló "La socioafectividad y la incidencia en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes". Algunas de sus conclusiones fueron:

-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. (Unanimidad).

-Las relaciones afectivas de niñas, niños y adolescentes con referentes afectivos derivadas de vínculos intergeneracionales deben ser resguardadas y fomentadas. (Unanimidad).

-Cabe entender por socioafectividad una especie de "afecto" calificado por la reciprocidad y la cercanía. (Unanimidad).

Ahora bien, a los fines de adentrarnos en el análisis de las dos sentencias de la CSJN comentadas en el presente, resulta menester resaltar que el fundamento más contundente de la Corte ha sido el transcurso del tiempo y la consolidación de las relaciones afectivas entre las niñas y los matrimonios guardados.

No puede cuestionarse que los matrimonios guardadores han creado con las niñas una relación socioafectiva que los une desde sus nacimientos, ya que han compartido -literalmente- toda su vida con ellos. Si bien el origen del vínculo estuvo dado en el marco de un accionar ilegal, el transcurso del tiempo generó una relación basada en el cariño, amor y contención, la cual se ha podido corroborar en las entrevistas realizadas a las niñas.

La problemática no se centra en identificar o no la existencia de vínculos socioafectivos, porque de la simple lectura de los hechos se deriva su afirmativa, sino de analizar y cuestionar la aplicación de la socioafectividad como fundamento para consentir las relaciones de hecho derivadas de hechos ilícitos como son las entregas directas de NNA, sobre todo en casos donde está comprobada la situación de vulnerabilidad de las progenitoras biológicas.

El artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño establece que los Estados parte deben comprometerse a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas las relaciones familiares. Asimismo, indica que "cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados parte deberán prestar asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer **rápidamente**^[17] su identidad".

De dicho artículo se desprenden dos cuestiones interesantes para el análisis de la problemática: la conceptualización de la identidad en miras al derecho de familias contemporáneo y la obligación de los Estados de actuar de forma rápida.

En relación con la primera, es menester destacar la importancia de la doble conceptualización del derecho a la identidad en el derecho de las familias: la identidad estática y dinámica. Las autoras Silva y Lopez han sostenido que "La identidad estática responde a la concepción restrictiva de identificación y se construye, como regla, sobre los datos físicos de una persona. En cambio, la identidad dinámica involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida, comprendiendo su historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural"^[18]. Tal como surge de los hechos del caso, las niñas en cuestión han sido escuchadas conforme el derecho al cual son titulares, en el marco de entrevistas realizadas por los Juzgados de primera instancia, y de sus manifestaciones se deriva su sentimiento de pertenencia en la familia que conformaron muchos años atrás con los matrimonios guardadores; tal es así, que para ellas y para los terceros, sus progenitores son ellos. De allí la importancia de que los magistrados interpreten y resuelvan los casos teniendo en consideración la identidad no solo estática de las personas, y particularmente de los niños, sino también la faz dinámica, realizando una ponderación articulada y armoniosa de las mismas.

Por otra parte, la consolidación de los vínculos se deriva del transcurso del tiempo, que en ambos casos ha sido resultado de los tiempos de la justicia, a diferencia de muchos otros supuestos donde los guardadores son quienes inician las acciones judiciales luego de muchos años, para que el afianzamiento de las relaciones entre ellos y el transcurso del tiempo resulte a su favor.

Dicha cuestión se vincula con la segunda parte del artículo, ya que, si el Estado no actúa de forma rápida ante los casos similares a los presentes, una vez que los magistrados deben resolver, resulta complicado respetar y garantizar el interés superior del niño, consagrado en el artículo 3.1. de la Convención de los Derechos del Niño, sin soslayar la aplicación del artículo 611 y las reglas derivadas del instituto de la adopción, dado que, no hay forma de acreditar que la separación del niño de esa familia resulte más beneficiosa que su permanencia.

Teniendo en consideración lo expuesto, es notable que no existe un criterio unificado a la hora de resolver los casos analizados, ya que, quedará a criterio de los magistrados la aplicación literal del artículo 611 o evitar su utilización a los fines de preservar los vínculos socioafectivos que en definitiva ya son una realidad, en miras a respetar y preservar el interés superior de los niños. Todo ello, como consecuencia de un trasfondo mucho más profundo y problemático del sistema de justicia como lo son: las entregas directas de los niños, niñas y adolescentes y su regulación, la situación de vulnerabilidad y la desprotección de los progenitorxs biológicxs -en

su mayoría mujeres- que muchas veces se ven obligadxs a delegar el cuidado de sus hijox en otras personas por falta de recursos económicos y el transcurso del tiempo y su impacto en la tutela judicial efectiva, el acceso a justicia y la determinación de los derechos en tiempo razonable.

V. Breves palabras de cierre

En el presente trabajo se procuró demostrar la complejidad que atraviesa a los procesos adoptivos en los que el Estado actúa de manera irregular; máxime en aquellos contextos atravesados por múltiples vulnerabilidades en los que lxs operadores judiciales deberían actuar con mayor celeridad y diligencia y poner a disposición políticas públicas que potencien la garantía de los derechos humanos de las personas involucradas y eviten una pluralidad de violaciones y escenarios irreversibles.

Sobre ello, nos parece importante remarcar las responsabilidades del Estado en materia de protección integral de los derechos de NNA, pues como hemos señalado los hechos reflejan un accionar negligente, sin ningún tipo de actuación inmediata; más bien, se advirtieron respuestas tardías y descontextualizadas que pretendían revertir las consecuencias de aquella falta de hacer en tiempo oportuno y el impacto de ello en el interés superior de NNA.

Asimismo, se intentó poner de resalto el rol de la socioafectividad en las relaciones familiares y, en particular, su repercusión en las guardas de hecho, pues aun sin tener una regulación expresa en nuestro ordenamiento se convirtió en una herramienta clave para resolver casos complejos.

Al respecto, consideramos que las sentencias del Máximo Tribunal del país vienen a aportar claridad y significancia al tema, y al mismo tiempo nos invitan a reflexionar sobre la rigidez del actual artículo 611, pues aun cuando las plataformas fácticas analizadas partieron de situaciones irregulares, queda expuesta la importancia de preservar vínculos afectivos consolidados, y cuánto más si surgen de relaciones genuinas previas.

Sin embargo, consideramos que ante semejante retardo de justicia y las consecuencias derivadas de ello, la CSJN poco dijo a los responsables, pues hubiera sido una buena oportunidad para expedirse al respecto.

- [1] D., H. C. y otros s. Guarda con fines de adopción - Declaración de adoptabilidad, CSJN, 20/04/2023; Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 1310/23.
- [2] G., A. C. y otro s. Guarda con fines de adopción, CSJN; 20/04/2023, Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 1308/23.
- [3] Artículo 318 del Código Civil de Vélez: "Se prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo".
- [4] Fornerón e hija vs. Argentina, CIDH, San José, Costa Rica, 27/04/2012, Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 4594/12.
- [5] González del Vicel, Mariela, en Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Infojus, Buenos Aires, 2015, tomo II, p. 403 y ss.
- [6] Silva, Sabrina A. y Videtta, Carolina, Guardas de hecho, en Herrera, Marisa y De la Torre, Natalia (directorxs), Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado con perspectiva de género, tomo 4, Editores del Sur, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022.
- [7] La redacción finalmente aprobada se alejó del texto propuesto por el entonces Anteproyecto de reforma, pues eliminó la noción de socioafectividad.
- [8] CIDH, 28/02/02, Opinión Consultiva OC-17/2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, CIDH. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea-17-esp.pdf>. (Consultado el

27/07/2023).

- [9] Herrera, Marisa; De la Torre, Natalia y Beguiristain, Camila, Declaración en situación de adoptabilidad - Decisión autónoma de no maternar e interés superior del niño: ¿Tensión o articulación?, Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC D 701/2022.
- [10] De la Torre, Natalia y Silva, Sabrina Anabel, Análisis retrospectivo y prospectivo del derecho filial argentino: voluntad procreacional y socioafectividad, en Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa (directoras), De la Torre, Natalia (coordinadora), Tratado de Derecho de Familia, Tomo VI-B, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2023.
- [11] Entre otros: Moreira, Mariela, De la socioafectividad y su irrupción en el derecho de las familias. A propósito de un caso de delegación de la responsabilidad parental, TR L.L. AR/DOC/3036/2022; Socioafectividad como criterio fundante para el reconocimiento de la triple filiación en la Argentina. A 7 años del Código Civil y Comercial de la Nación: ¿regulación o eliminación de la prohibición?, TR L.L. AR/DOC/2923/2022; Seba, Sonia C., Las fuentes filiales normativamente reguladas de modo expreso y el debate en torno a la socioafectividad como una nueva fuente, TR L.L. AR/DOC/2602/2022; Salituri Amezcua, Martina y Videtta, Carolina, La interseccionalidad de tres principios del contemporáneo derecho de las familias: socioafectividad, interés superior del niño y perspectiva de géneros, TR L.L. AR/DOC/48/202, etc.
- [12] Entre otros: M., G. E. y otro s. Adopción, Juzg. Civ. en Fam. y Suc., Monteros, Tucumán, 21/04/2023, Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 1947/23; P., M. y otro s. Autorización judicial, Juzg. Pers. y Fam. 2a Nom., Orán, Salta, 16/02/2023, Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 509/23 y M., D. V. s. Control de legalidad - Ley 26061, Juzg. Nac. Civ. N° 83, 07/02/2023, Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 3009/23, entre otros.
- [13] Herrera, Marisa, en Tratado de Niños, Niñas y Adolescentes, Fernández, Silvia Eugenia (directora), Abeledo Perrot, CABA, 2015, Tomo I, pág. 982.
- [14] A., O. E. s. Incidente, SCJ, Buenos Aires, 11/11/2015, Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 7211/15.
- [15] V. M., G. A. s. Adopción integradora, Juzg. Fam. 1ª Nom., Córdoba, Córdoba, 11/11/2022, Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 2699/23 y E. M. M. vs. A. R. D. V. y otro s. Acciones de filiación, Juzg. Fam. 3ª Nom., Córdoba, Córdoba, 11/04/2022, Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 3315/22.
- [16] Pérez Gallardo, Leonardo B., Álvarez-Tabio Albo, Ana María y González Ferrer, Yamila, TR L.L. AR/DOC/3590/2022.
- [17] El destacado nos pertenece.
- [18] López, Daniela A. y Silva, Sabrina A., Estática y dinámica: idas y vueltas en busca de un abordaje omnicomprensivo de la identidad, disponible en https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Lopez-silva_ESTATICA.pdf. (Consultado el 27/07/2023).