

La figura del referente afectivo: el factor tiempo y la noción de socioafectividad

The figure of the affective referent: the time factor and the notion of socioaffectivity

Judith Galletti | judithgalletti7@gmail.com

Instituto de Derecho Civil

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad Nacional del Litoral

Resumen

La norma del Art. 607 *in fine* al regular la figura del referente afectivo solo permite otorgar un marco legal a la relación personal entre el niño y su referente a través de dos instituciones: la guarda y la tutela; dejando fuera a la adopción. Del mismo modo, la rigurosa prohibición de la guarda de hecho del Art. 611 del Código Civil y Comercial veda la posibilidad de la adopción, impidiendo considerar aquellas situaciones en las que se generó un vínculo afectivo entre el niño/a y su cuidador/a, lo cual contraría el principio del interés superior del niño que debe imponerse en todas las decisiones que se adopten.

Palabras clave

adopción · referente afectivo · guarda preadoptiva · niño · socioafectividad

Abstract

The rule of Article 607 of the Civil and Commercial Code that regulates the figure of the affective referent only allows to grant a legal framework to the personal relationship between the child and his affective referent through two institutions, the guard and the guardianship, leaving out the adoption. Similarly, the strict prohibition of de facto guard that introduces article 611 of the Civil and Commercial Code inhibit the possibility of adoption, preventing the consideration of situations in which an affective bond was created between the child and his/her carer, which would contradict the principle of the best interests of the child that must be imposed in all decisions.

Key words

adoption · affective reference · preadoptive guard · socioaffectivity · child

1. Introducción: el diseño institucional del Sistema de Protección Integral y el Sistema de Adopción—La declaración de la situación de adoptabilidad

En el plano normativo, Argentina ha recorrido un largo camino desde la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño a su derecho interno, el dictado de leyes nacionales y provinciales que organizaron y pusieron en funcionamiento el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, la creación de Registros Únicos de

Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción, hasta la sanción del nuevo Código Civil y Comercial que terminó de *aggiornar* la normativa civil a los postulados convencionales constitucionales.

Es sabido que una de las soluciones más nobles al problema de las niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales es a través del instituto de la adopción, y por ello debe tener un sistema organizado y controlado por el Estado.

La sanción del nuevo Código Civil y Comercial ha constituido un avance importante en materia de adopción atento a que ha alineado la institución con los estándares convencionales constitucionales que tanto la doctrina como la jurisprudencia venían reclamando. Entre esas reformas, ha regulado la declaración de la situación de adoptabilidad como un proceso especial, bisagra entre la intervención previa de los órganos administrativos del Sistema de Protección Integral y la Adopción propiamente dicha.

En la provincia de Santa Fe, en el Poder Ejecutivo, en la órbita del Ministerio de Desarrollo Social, la Subsecretaría de Derechos de Niñez, Adolescencia y Familia, es el órgano administrativo de protección con competencia para el dictado de medidas excepcionales por las que se decide la separación del niño/a de su familia de origen y —en la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos— el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción (RUAGA) es el organismo al que compete el registro y evaluación de los pretensos adoptantes.

En el Poder Judicial, los Jueces de Familia son los encargados de controlar la legalidad de la medida de protección excepcional, de dictar la declaración de la situación de adoptabilidad, de otorgar la guarda con fines adoptivos a los pretensos adoptantes previamente seleccionados por el RUAGA y de dictar la sentencia de adopción.

Este esquema institucional, en el que interactúan algunas veces simultáneamente y otras sucesivamente, órganos administrativos y judiciales, se replica —con escasas diferencias— en todas las provincias argentinas que fueron diseñando sus Sistemas de Protección de Derechos tomando el modelo de la Ley Nacional n° 26.061. Resulta fundamental la adecuada y ordenada intervención de estos organismos para posibilitar —en aquellos casos en los que no sea posible el retorno de los niños/as a su familia de origen— que pueda resolverse en forma definitiva su situación legal, emplazándolos en una familia alternativa a través de la adopción o tutela.

En el Código Civil derogado, por ser anterior a las Leyes de Protección Integral, no se encontraba regulado el puente entre el funcionamiento del Sistema de Protección Integral y el Sistema de Adopción. La declaración de la situación de adoptabilidad (Art. 607 ccyc), vino a cubrir esta laguna legal y constituye el puente que une los dos sistemas. Constituye la puerta de entrada al instituto de la adopción cuando hubieran fracasado las medidas excepcionales adoptadas (607 c). Resuelta la adoptabilidad, el juez deberá oficiar al Registro único de pretensos adoptantes, a los fines de que seleccione y remita los legajos al juzgado interviniente para el otorgamiento de la guarda preadoptiva del niño/a al pretense adoptante que resulte seleccionado (Art. 609 c) conforme a las pautas establecidas en el Art. 613 ccyc.

En este trabajo me propongo mostrar, a partir del análisis del sistema normativo, cómo en algunas situaciones se ve dificultada su implementación efectiva, cuando entran en juego situaciones de la realidad y relaciones personales afectivas que se desarrollan previa

o simultáneamente con el desarrollo de los procesos administrativos y judiciales por los que se resuelve la situación definitiva del niño/a.

Es en la instancia de la declaración de la situación de adoptabilidad cuando, las relaciones afectivas que el niño pudo haber generado espontáneamente, son captadas por el orden legal a través de la figura del referente afectivo regulada en el último párrafo del art. 607 por el que se establece que no puede declararse la situación de adoptabilidad si un familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente se opone y ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de este.

Atento a que esta figura del referente afectivo no tiene una definición precisa en la ley, como otras figuras legales, ha sido una tarea de los jueces delimitar su contorno y contenido, aplicándola a distintas situaciones traspasando incluso sus propios límites, posibilitando en algunos casos, que el referente afectivo se transforme en adoptante.

A partir de un análisis jurisprudencial me propongo mostrar los distintos diseños a los que han recurrido los jueces, algunas veces aplicando la figura del referente afectivo y otras recurriendo a otras instituciones como la tutela y la privación de responsabilidad parental o incluso la propia guarda preadoptiva, sorteando, mediante declaraciones de inconstitucionalidad, la rígida prohibición del Art. 611 que prohíbe la guarda de hecho o entrega directa y la falta de intervención de los Registros de Pretensos Adoptantes, sancionada con la nulidad absoluta. Todo ello con el objetivo de regularizar las relaciones afectivas generadas en el plano fáctico a través de la adopción.

Este esfuerzo argumental de la judicatura dirigido a dar entidad jurídica a una relación afectiva, traspolando el plano fáctico al orden legal en aplicación del superior interés del niño, muestra que, tanto el sistema de protección integral como el sistema de adopción en aras de la transparencia y en su intento por desterrar definitivamente antiguas prácticas que cosificaban al niño, han dejado fuera y lejos de ser consideradas, las relaciones afectivas genuinas generadas espontáneamente entre el niño, niña o adolescente y su cuidador o guardador.

Considero que debe repensarse el diseño institucional de la adopción de modo que —sin perder transparencia— posibilite transformar esos lazos afectivos previos y genuinos en vínculos adoptivos, en aplicación del superior interés del niño, máxima que debe guiar todas las intervenciones y decisiones que se adopten sobre niñas, niños y adolescentes.

2. La figura del referente afectivo

El Art. 607, última parte, establece que «la declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o *referente afectivo*¹¹⁾ del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste».

Este mandato legal, en consonancia con la normativa convencional constitucional, coloca a la adopción como última alternativa priorizando los vínculos familiares o afectivos.

Una noción de referente afectivo la encontramos en el Art. 7 del decreto 415/06 reglamentario de la Ley n° 26.061 que establece que «Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente,

¹¹⁾ El destacado en cursiva es nuestro.

vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección».

La figura del referente afectivo no tiene en la normativa de fondo una delimitación precisa, no se han establecido pautas concretas, caracteres, parámetros —como en las relaciones de parentesco, adopción, guarda o tutela— que permitan a los jueces unificar criterios a la hora de su aplicación.

Se trata más bien de una figura que se define a partir de la comprobación —en el caso concreto— de la existencia de una situación fáctica, de la presencia de un vínculo afectivo, emocional o de confianza generado espontáneamente entre un adulto y un niño/a que puede encontrarse o no bajo su cuidado y protección.

En la norma analizada, la comprobación de dicho vínculo afectivo produce el efecto de constituirse en un obstáculo a la declaración de la situación de adoptabilidad, atendiendo a que siempre será mejor para el niño/a a ser cuidado/a por alguien en quien confía y con quien ha forjado una relación afectiva de confianza que lo/a coloca en una situación de protección y cuidado, por lo que, de comprobarse dicha circunstancia, no procedería la declaración de adoptabilidad, procediendo en cambio la guarda o la tutela.

Considero que este obstáculo contenido en la norma analizada que impide al referente afectivo ser adoptante, encierra una contradicción evidente ¿Por qué privar al niño/a de la posibilidad de ser adoptado por una persona con la que ha forjado una relación de afecto y confianza?; ¿Por qué razón de comprobarse la existencia de una relación afectiva la adopción no sería la solución más beneficiosa para el niño/a?; ¿Por qué sólo es posible otorgar en esta circunstancia una guarda o tutela?

La jurisprudencia de todo el país —tal como se analizará seguidamente— ha hecho denodados esfuerzos interpretativos y argumentales para —aplicando el principio del superior interés del niño⁽²⁾— dar respuesta a estos interrogantes a través de diversos diseños que posibilitan crear un vínculo adoptivo entre el niño y su referente afectivo.

Esta figura, que solo fue regulada tangencialmente —a juzgar por la importancia trascendental que tiene en momentos en que se resuelve definitivamente la situación del niño, niña o adolescente— adquiere especial relevancia y demanda a la judicatura la delimitación de su contorno y contenido y ha dado lugar (a la hora de su aplicación) a diversas interpretaciones jurisprudenciales.

Se requerirá, por un lado, de una evaluación detallada de la situación del niño/a en particular y de la relación de este con el referente afectivo, merituando el vínculo subjetivo ya creado y, por el otro lado, una vez comprobada la existencia del vínculo alegado, corresponderá al juez interviniente encuadrar dicha situación fáctica en un marco legal adecuado recurriendo a figuras legales como la guarda, la tutela e incluso hasta la misma adopción. El objetivo será darle entidad jurídica a ese vínculo afectivo preexistente, que conceda al niño/a de forma definitiva, un ámbito familiar de cuidado y protección.

⁽²⁾ Según la Observación General N° 14 del año 2013, el artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada. Además, esa disposición establece uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño (el Comité) ha determinado que el Artículo 3, párrafo 1, enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, y lo aplica como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto.

La noción de socioafectividad viene imponiéndose poco a poco en el derecho argentino.

Socioafectividad es la conjunción de dos elementos que lo integran y que hacen que lo fáctico sea lo esencial: lo social y lo afectivo; cómo lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social y cómo lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos. A la vez, ambas ideas interactúan entre sí. (Herrera, 2014:75)

Esta traducción de la situación fáctica en una figura legal, muchas veces se ve dificultada y demanda del juzgador la construcción de un andamiaje jurídico especial para dar respuesta a la situación particular.

Pueden ser muy disímiles las situaciones que hayan dado origen al vínculo entre el referente afectivo y el niño/a. Puede que esa relación haya surgido como consecuencia de la entrega del niño/a —generalmente por su madre— a su cuidador/a con o sin fines de adopción, la denominada entrega directa o guarda de hecho, definitivamente prohibida en el Art. 611 del ccyc. Así también, los fallos que seguidamente se analizan muestran que ese vínculo puede originarse en el marco de un proceso administrativo previo por el cual se adoptó una medida de protección excepcional, disponiéndose el alojamiento del niño/a en un ámbito familiar alternativo al de su familia de origen, generalmente una familia de la comunidad con la cual el niño/a no tenía un vínculo previo. Esto solo es posible por el excesivo tiempo de implementación de los procesos administrativos y judiciales por los que, una situación que comenzó siendo provisoria termina transformándose en definitiva.

El alojamiento de niños, niñas y adolescentes que se produce en el marco de los programas denominados de familias de acogimiento, solidarias, alternativas o sustitutas que los diferentes organismos de aplicación de las leyes de protección integral en las distintas jurisdicciones provinciales tienen organizado⁽³⁾ tienen siempre la característica de ser provisorios y limitados en el tiempo, dado que acompañan al dictado de la medida de protección excepcional que reviste el mismo carácter provisorio, hasta tanto se resuelva definitivamente la situación del niño, niña o adolescente.

En el Art. 41 de la Ley N° 26.061 se establecen específicamente las pautas a seguir para el alojamiento. En una primera instancia, el niño debe ser alojado de manera «temporal» en ámbitos familiares alternativos, ya sea que existan lazos de parentesco por consanguinidad o afinidad, e incluso también, con personas de la comunidad con las que el niño tenga un vínculo previo. Solo si esto no fuera posible, «excepcionalmente», «subsidiariamente» y por el más «breve lapso» posible podrá recurrirse a una forma convivencial alternativa, es decir con una familia con la que el niño no tiene vinculación previa, debiéndose propiciar rápidamente el regreso del niño con la familia de origen. De idéntico modo lo establece la Ley santafesina N° 12.967 en su Art. 52 y su decreto reglamentario 619/10.

De más está decir que el tiempo es crucial para la vida de un niño/a, más aún si es de corta edad, el tiempo es un factor forjador de identidad, por lo que, lo que comenzó siendo una intervención destinada a restablecer derechos vulnerados, puede convertirse en una intervención en sí misma vulneratoria cuando esta se cristaliza en el tiempo sin que se resuelva la situación del niño/a.

⁽³⁾ En la prov. de Santa. Fe, el Programa de Acogimiento Familiar, aprobado por Resolución del Ministerio de Desarrollo Social N° 1091 del 25/10/17.

El tiempo traducido en plazos procesales constituye un elemento importante de los procesos formales que, muchas veces, poco tienen que ver con los tiempos reales en la vida de las niñas, niños y adolescentes.

Todo individuo tiene derecho a no estar sujeto a un proceso judicial en forma prolongada, debiendo prevalecer la garantía constitucional del debido proceso legal (Art. 18 CN) a través de la tramitación de un proceso en tiempos razonables y cuando de niños se trata, la celeridad en la resolución definitiva de su situación constituye además un imperativo ético.

Los vínculos afectivos forjados por el transcurso del tiempo entre el niño/a y su cuidador/a, colocarán al juzgador en la encrucijada de tener que decidir entre regularizar o legalizar los hechos consolidados por el transcurso del tiempo, o bien, tomar la decisión salomónica de romper esos lazos y declarar la adoptabilidad, iniciando el proceso de búsqueda de una nueva familia en los Registros de Pretensos Adoptantes, tal como se establece en la prov. de Sta. Fe en el Art. 66 *quater* de la Ley n° 12.967 y en el Cód. Civ. y Com. en los Arts. 600 b), 609 c), 613 y 634 inc. h) que regulan la selección y la inscripción en los Registros como un requisito esencial sancionando su falta de intervención con la nulidad absoluta.

3. Análisis jurisprudencial

3. 1. Un fallo polémico en la provincia de Santa Fe

La provincia de Santa Fe fue el escenario de un caso que adquirió una gran repercusión mediática y conmocionó a la opinión pública, caso al que un año después le siguió otro⁽⁴⁾ de similares características con idéntica repercusión, y posteriormente, algunos otros más⁽⁵⁾. El caso que analizamos aconteció con anterioridad al dictado del nuevo Cód. Civ. y Com. y algunos de los que le siguieron se dieron con posterioridad a su entrada en vigencia, pero en ninguno de ellos se recurrió a la aplicación de la figura del referente afectivo.

El primero de ellos⁽⁶⁾, se trató de una beba recién nacida abandonada en la vía pública en la ciudad de Esperanza, hecho que motivó la intervención de la Subsecretaría de Derechos de Niñez, Adolescencia y Familia de la provincia, en cuanto órgano de aplicación de la Ley n° 12.967. Se adoptó una medida de protección excepcional, alojando a la beba con una de las familias de la Asociación Hogares en Tránsito de Santa Fe. Varios meses después,

⁽⁴⁾ Este caso también se originó con motivo de la adopción de una medida de protección excepcional de cuatro hermanas, generando una de ellas, vínculos con una familia perteneciente a un grupo de familias colaboradoras del Hogar. El TCF N° 2 de Sta. Fe rechazó el pedido de guarda preadoptiva sobre una de las hermanas. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal en Pleno y luego la Cam. de Apel. Civ. y Com. de Sta. Fe lo revocó otorgando la guarda preadoptiva respecto de dos de las hermanas, aplicando la excepción prevista en el inc. a) del Art. 8 de la Ley N° 13.093 para excepcionar el orden del Registro dado que los guardadores de hecho se encontraban inscriptos. D.T., R. M. y I., S. R. s/ Guarda Preadoptiva y SDNAF c/ S., M. y M., J. L. s/ Pedido de Estado de Adoptabilidad, TCF N° 2 de Sta. Fe.

⁽⁵⁾ P., Z. T. y B., A. C. s/ Medida Protección Excepcional (Ley N° 12967 – Art. 58 bis) y N., C. D. y F., V. E. s/ SDNAF s/ Medida Autosatisfactiva en trámite por ante el TCF N° 3 de Sta. Fe; SDNFA c/ H., J. I. s/ Medidas de Protección Excepcional–Solicitud de Control de Legalidad; SDNFA c/ H., J. I. s/ Resolución Definitiva de Medida de Protección Excepcional; M., C. C. y G., J. S. s/ Guarda con fines de adopción y M., C. C. y G., J. S. s/ Medida Cautelar prohibición de innovar ante el TCF N° 3 de Santa. Fe. En este último caso, en 1er. Inst. se resolvió declarar la situación de adoptabilidad y se solicitó al RUAGA la remisión de los legajos, fallo confirmado por el Tribunal en Pleno. La Sala 2da. de la Cámara Civ. y Com. de Sta. Fe declaró procedente el recurso de apelación extraordinario e hizo lugar a la medida cautelar peticionada por la familia solidaria.

⁽⁶⁾ S., E. E. y B., L. A. s/ Guarda Pre-adoptiva, S., E. E. y B., L. A. s/ Medida Cautelar, SDNAF de Sta. Fe s/ Medida Excepcional y Control de legalidad ante el TCF N° 2 de Sta. Fe.

la Subsecretaría resolvió definitivamente la medida a los fines de que la niña quede en situación de adoptabilidad, lo que ocurrió finalmente cuando la niña tenía ya la edad de un año y medio. Con el correr del tiempo, la familia en tránsito permitió la vinculación de la niña con un matrimonio que no podía tener hijos y que deseaba adoptar. El tiempo transcurrido propició que se generara un vínculo afectivo, y —conforme se desprende de los informes presentados en el expediente— la niña identificaba a sus guardadores de hecho como sus padres.

El TCF N° 2 de Santa Fe además de declarar la situación de adoptabilidad, ordenó seleccionar de la lista del Registro de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción a un matrimonio que se encontraba inscripto a quien le correspondía la selección por aplicación del orden de prelación previsto en la Ley N° 13.093. Paralelamente, los guardadores de hecho iniciaron un proceso de guarda preadoptiva.

El caso que comentamos generó una fuerte conmoción pública. La jueza debió recurrir a la fuerza pública para compeler a los guardadores de hecho a entregar a la niña en el Juzgado, argumentando que:

el interés superior del niño (Artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, incorporada a la Constitución Nacional), no puede erigirse en causal de justificación de procedimientos que pretendan, bajo la intención de ser interpretados como flexibles, escapar al marco normativo que en materia de niñez resulta de aplicación.

La Cámara de Apelaciones en FERIA, otorgó la guarda preadoptiva a los guardadores de hecho, con fundamento también en el interés superior del niño, argumentando además que el juez competente tiene la facultad de apartarse del orden de inscripción del Registro en forma fundada. Un año después se dictó la sentencia de adopción, cuando la niña ya contaba con casi tres años de edad.

El común denominador de estas situaciones que se describen y que a mi entender constituyen el caldo de cultivo para que se originen esta clase de conflictos, es el paso del tiempo y la prolongación —algunas veces injustificada— tanto de los procesos administrativos como judiciales, sin que se resuelva la situación del niño/a.

El paso del tiempo no es un devenir sin más, el paso del tiempo se traduce en incumplimientos de los plazos procesales. La medida excepcional no es indefinida, tiene un plazo máximo de 180 días (90 días prorrogable por otros 90 días más) que muchas veces no se cumple. El juez debe resolver la situación de adoptabilidad en un plazo máximo de 90 días (Art. 607 CCYC).

Una vez que los vínculos se generaron por el transcurso del tiempo —tiempo que transcurre bajo la mirada de los operadores del sistema administrativo y judicial— solo resta reconocer esos vínculos y regularizar lo que los hechos forjaron, lejos de ello, se advierte en los casos analizados, un reflejo por aplicar fríamente las normas del sistema en desconocimiento del discurrir de los hechos y los lazos generados.

3.2. Los vaivenes jurisprudenciales en torno a la aplicación de la figura del referente afectivo

La figura del referente afectivo cobra relevancia, cuando se solicita la declaración de la situación de adoptabilidad de un niño/a con quien se ha creado lazos afectivos. Esta figura

tibiamente regulada es el canal que posibilita ejercer una oposición fundada a la declaración de adoptabilidad y la posibilidad de transformar una relación fáctica en jurídica.

La jurisprudencia ha aplicado el último párrafo del Art. 607, ensayando distintas soluciones.

En algunos fallos se optó por resolver la privación de la responsabilidad parental otorgando la tutela y en otros, se otorgó la guarda preadoptiva y posterior adopción a quien fuera el referente afectivo del niño/a.

En un emblemático caso resuelto por el Juzgado de 1° Inst. de Villa Cura Brochero en fecha 27/03/17,⁽⁷⁾ se ratificó la medida de protección excepcional adoptada por el organismo administrativo y se rechazó la solicitud de declaración de la situación de adoptabilidad (607 c) haciendo lugar a la oposición formulada por el referente afectivo, el docente de computación del niño, quien asumió su cuidado durante más de tres años. Se acreditó en la causa que el niño se encontraba plenamente integrado a la vida familiar del guardador, entendiéndose que la solución contraria implicaría separarlo de esa realidad familiar, lo que significaría un dolor irremediable por constituir la pérdida de ese lugar simbólico que le da consistencia a su ser (Art. 607, último párrafo ccyc). Fue altamente significativa para la resolución del caso la escucha del niño quien manifestó que se lleva bien con su profe, que se quiere quedar con él y que no quiere permanecer con otra familia a la que no conoce. En el caso, se resolvió declarar la privación de responsabilidad parental de los progenitores (Art. 700 inc. c ccyc) y se emplazó al referente afectivo a iniciar el trámite de guarda preadoptiva.

Nótese que el juzgador incurre en una contradicción ya que, por un lado, se rechazó el pedido del órgano administrativo de que el niño sea declarado en situación de adoptabilidad haciendo lugar a la oposición formulada por el referente afectivo, y por el otro, se lo emplazó a iniciar el trámite de guarda preadoptiva. Esta contradicción fue salvada recurriendo a la aplicación del Art. 610 ccyc que establece que el efecto de la sentencia de privación de la responsabilidad parental es equivalente a la de declaración de adoptabilidad, por lo que en lugar de declarar la situación de adoptabilidad, se reemplazó por la privación de la responsabilidad parental.

Lo que verdaderamente resulta insalvable, más allá de los esfuerzos argumentales, es la falta de intervención del Registro conforme a lo establecido en los Arts. 609 inc. c y 613 del ccyc. Más allá de coincidir con la resolución del caso, no podemos dejar de señalar que el juzgador enderezó la decisión judicial para que sea el referente afectivo el único aspirante posible a la guarda preadoptiva y así otorgar un marco legal a la relación afectiva ya generada, pasando por alto la sanción de nulidad de los Arts. 600 inc. b y 634 inc. h) y la prohibición de la guarda de hecho como antecedente de la adopción prevista en el Art. 611 del ccyc.

Por lo demás, en el análisis que se efectúa en el fallo del factor tiempo, no se pone tanto el acento en la cantidad de tiempo transcurrido en el período de guarda de hecho —en el caso más de tres años— sino más bien, en el momento de inicio de la vinculación, es decir, que el vínculo haya sido preexistente, e incluso haya nacido con independencia al proceso de adopción de la medida excepcional. Este dato temporal es considerado trascendente por el magistrado al analizar la figura del referente afectivo, atento a que,

⁽⁷⁾ «Oposición del referente afectivo en un pedido de declaración de adoptabilidad de un menor», *La Ley*, 12/06/17.

de no darse, es decir, si la vinculación hubiera nacido en el marco legal de la medida excepcional y del programa de acogimiento, fácilmente se estaría burlando —a través de la figura del referente afectivo— las normas del Sistema de Protección que solo prevén una permanencia temporaria del niño/a con las familias de acogimiento mientras dura la medida excepcional.

En el caso resuelto por el Juzgado de Familia y Penal de Niños y Adolescentes de Villaguay,⁽⁸⁾ se resolvió hacer lugar al pedido de oposición a la situación de adoptabilidad del referente afectivo que detentaba una guarda de hecho desde que el niño tenía 8 meses de vida, contando al momento de la sentencia con casi cuatro años de edad, ordenando la privación de la responsabilidad parental de los progenitores (Art. 700 inc b y c), pero a diferencia del fallo anteriormente analizado, no se recurrió al Sistema de Adopción, sino que se otorgó la Tutela en favor del niño. Este caso también se da en el marco de un proceso de medida excepcional y al igual que en el caso anterior, la guarda de hecho se inició previamente al proceso de medida excepcional, por el conocimiento previo que tenía el referente afectivo de la familia de origen del niño, situación que fue convalidada luego por el órgano administrativo de protección, que enmarcó dicha guarda de hecho en el Programa de Familia de Acogimiento.

En opinión de Mizrahi:

La prohibición de entrega directa en guarda a niños del primer párrafo del art. 611 del Cód. Civ. y Com., únicamente se refiere a la guarda con fines de adopción. No incluye a otro tipo de guardas fácticas, las que no se las prohíben en tanto no se aspire a realizar el trámite adoptivo. En los supuestos de guardas fácticas, judiciales o de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, cuyos vínculos merezcan ser mantenidos (...) corresponde aplicar la figura de la tutela dativa (Art. 607, ante último párrafo y concordantes del Cód. Civ. y Com.) para lo cual el juez tiene que desempeñar un rol activo para que dicha tutela tenga lugar. (2019:3)

La tutela es una institución subsidiaria cuya finalidad es la protección de la niñez durante su tránsito hacia la etapa adulta⁽⁹⁾ pero no crea vínculos filiatorios entre tutor y pupilo a diferencia de la adopción que emplaza al adoptado en el estado de hijo del adoptante, por lo que, alcanzada la mayoría de edad o ante la emancipación, la tutela termina y finaliza toda relación jurídica entre ambas partes, la que volverá a desenvolverse en el plano fáctico. A mi entender, podría recurrirse en esta instancia en la que el niño ya es adulto y la tutela ha finalizado, a la adopción de mayores de edad, prevista para los casos en que hubo posesión de estado de hijo durante la minoridad fehacientemente comprobada (Art. 597 inc. b ccc).

3.3.1. Los vínculos afectivos y la voz de la jurisprudencia ante las guardas de hecho o entregas directas. El análisis de constitucionalidad

A su vez, y tal como se desprende de los casos analizados anteriormente, la figura del referente afectivo debe ser analizada en función de la prohibición establecida en el Art. 611

⁽⁸⁾ «C.F. y S.B. s/ Medida de Protección Excepcional», Expte. 2588, 14/09/16.

⁽⁹⁾ Ver Burundarena, Ángeles (2014). Comentario al Art. 104. En *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores.

del ccyc respecto de la entrega directa o guarda de hecho, prohibición que solo exceptúa a parientes y cuyo incumplimiento podría traer serias consecuencias como la separación del niño de quien detente una guarda de hecho.

Recordemos que en el Proyecto del Código Civil y Comercial se exceptuaban además de los vínculos de parentesco a los «afectivos».

La rigidez de esta severa prohibición se explica en función de la intención del legislador de desterrar aquellas prácticas instaladas en todo el país bajo el marco legal del Código derogado, que posibilitaba la entrega de hecho de un niño con consentimiento de su madre —quien muchas veces se encontraba en una situación de extrema vulnerabilidad— para luego iniciarse un proceso de guarda preadoptiva que culminaba con una sentencia de adopción.

Este proceder coexistía paralelamente con el funcionamiento de los Registros de Adoptantes que, como es de suponer, intervenía en pocas situaciones, dado que por la otra vía, se lograba una adopción con mayor celeridad para los adoptantes pero sin que estos fueran evaluados por ningún organismo especializado, sino que bastaba con la entrega directa del niño con más el consentimiento de la madre otorgado en sede judicial en el marco del proceso de guarda preadoptiva en el que, si bien los adoptantes debían acreditar solvencia económica y moral para detentar la guarda, la evaluación de su idoneidad era posterior, cuando el niño ya se encontraba bajo el cuidado de estos (lo cual podía ser de larga data) dependiendo de cuando los pretensos guardadores decidieran iniciar el proceso de guarda preadoptiva y dando lugar a que se genere de hecho un vínculo afectivo entre el niño y los guardadores de hecho que luego difícilmente podía desconocerse.⁽¹⁰⁾

Esta práctica que ahora el nuevo Código prohíbe, se encontraba justificada en el derecho de la madre a elegir a los adoptantes de su hijo, cosa que muchas veces no sucedía porque en pocos casos había una relación previa entre la madre y los pretensos adoptantes, por el contrario, generalmente eran intermediarios con un accionar legalmente dudoso quienes conectaban a ambos miembros de la relación. En los Fundamentos del Anteproyecto se señala que el objetivo es evitar reducir «a los niños y niñas a la condición de objeto de transacción —onerosa o gratuita— a través de mecanismos irregulares o ilegales (...) lesiva de la persona y de sus derechos humanos fundamentales».

Conforme a lo regulado en los Arts. 600 inc b) y 634 inc. h) del ccyc la actuación de los Registros de Pretensos Adoptantes constituye un requisito esencial y su falta de intervención es sancionada con la nulidad absoluta. A partir del nuevo Código Civil y Comercial, quien pretenda adoptar a un niño, niña o adolescente, deberá inscribirse indefectiblemente en el Registro sin que quepa legalmente otra opción, lo cual brinda transparencia y equidad al régimen de adopción. Las únicas excepciones se encuentran previstas para la adopción de integración en el Art. 632 b) y para la guarda con fines de adopción en favor de un pariente (Art. 611).

Consecuentemente con ello, los Registros no evalúan proyectos adoptivos cuando el propósito no es el de integrar la nómina de inscriptos sino adoptar a un niño determinado.⁽¹¹⁾

⁽¹⁰⁾ CSJN, «S.C.», 02/08/05; CSJN, «M.M.S s/ Guarda», 27/05/15; CSJN, «D.L.A. y otro s/ Guarda», 27/10/15; CSJN, guarda 27/11/18.

⁽¹¹⁾ Resolución adoptada en la 9ª Sesión del Consejo Consultivo de la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 8/6/2012.

Esta posición respecto a las guardas de hecho adoptada por el ccyc motivó rápidamente declaraciones de inconstitucionalidad de los Arts. 600 inc. b), 609 inc. c), 611, 613 y 634 inc. h) por entender que la normativa cuestionada dejaba fuera a aquellas situaciones en las que, la guarda de hecho o entrega directa en favor de pretensos guardadores sin vínculo de parentesco, tenía carácter legítimo ya sea porque se encontraba sustentada en una real decisión de la madre quien tenía conocimiento previo de la familia guardadora, o bien, porque la guarda de hecho se encontraba afianzada en el tiempo transcurrido habiéndose generado un vínculo entre el niño y sus guardadores de hecho, que de producirse la separación, se perjudicaría indefectiblemente al niño, siendo esta decisión contraria a su superior interés.

En efecto, la severa sanción que la ley impone a la guarda de hecho debe ser analizada a la luz del principio del superior interés del niño en cuanto máxima legal que impone considerar su interés en toda decisión que se adopte.

En las Jornadas Nacionales de Derecho Civil del 2015 se votó por unanimidad que:

se debe entender de manera sistémica de conformidad con los Arts. 1 y 2 del ccyc, que la excepción a la prohibición de la guarda de hecho no se circunscribe a los parientes, sino a aquellas situaciones excepcionales de socioafectividad en el que la relación entre la familia de origen y la guardadora es cierta, previa y genuina.

Decíamos que algunos fallos se han pronunciado por la inconstitucionalidad de los Arts. 600, 609, 611, 613 y 634 inc b) atendiendo a la situación fáctica y a los vínculos afectivos generados con la familia cuidadora.

En este sentido, se ha pronunciado el TCF N° 5 de Rosario⁽¹²⁾ en un caso en el que también se trató de una relación entre una docente y su alumno generada espontáneamente, relación que se forjó después del fallecimiento de la mamá y con el consentimiento del papá. Esa relación afectiva posteriormente también se extendió a la hermana del niño, solicitándose la adopción de ambos niños. La demanda de guarda preadoptiva se inicia con anterioridad a la vigencia del ccyc cuando los niños tenían 8 y 1 año y medio de edad y la sentencia se dicta 10 años después, luego de su entrada en vigencia, declarándose la inconstitucionalidad de los Arts. 611 segundo párrafo, 600 inc. b y 634 inc h del ccc. Se señala que:

La prohibición de ponderación de la guarda de hecho, las guardas judiciales y las delegaciones de ejercicio de la responsabilidad parental en el marco de una adopción es una norma calificable al menos de inelástica. En este punto el Código desconoce la riqueza y variedad de los vínculos humanos y también se coloca un poco más allá de las propias normas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en tanto y en cuanto obliga al juez a desestimar lo cotidiano en la vida de un niño, es decir, la realidad de ese niño o esa niña en particular. La norma, tal cual está escrita, no tiene válvula de escape y bloquea la mirada del juez sobre aquellos casos donde los vínculos de hecho construidos por los propios niños son la voz cantante del derecho.

⁽¹²⁾ «L., A. s/ Guarda Preadoptiva» y su conexo «L., A. sobre Adopción», 07/09/16.

La rigidez de la prohibición de la norma del Art. 611 CCYC colisiona con la CDN y la CN (Art. 75 inc. 22), contrariando el principio del interés superior del niño (Art. 3 y 21 CDN), el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta en todas las decisiones que se adopten (Art. 12 CDN), a ser criado en el seno de una familia en primer lugar en la familia de origen (Art. 9 CDN) y de no poder ser posible en otra (Art. 5 y 20 CDN), a la identidad desde una concepción dinámica ya que los vínculos de afecto creados con la familia cuidadora construyen identidad en el niño que se siente y vive como parte de la familia que lo contiene y aloja (art. 8 CDN). De allí, su declaración de inconstitucionalidad, no admitiéndose —por la dureza y contundencia de la prohibición— la posibilidad de integrarla con otras normas del orden convencional constitucional en aplicación del diálogo de fuentes de los Arts. 1 y 2 del CCYC. «La inflexibilidad e inelasticidad de la prohibición no habilita una interpretación integradora. La norma del Código establece un mandato claro y nítido al juez que no admite la aplicación de una norma superior que la integre sin contradecirla.»

En el mismo sentido pero sin apelar a la declaración de inconstitucionalidad, la Cámara de Mercedes⁽¹³⁾ revocó el fallo de 1er. Inst. que con fundamento en el Art. 611 CCYC había resuelto rechazar el pedido de guarda preadoptiva ordenando que el órgano administrativo competente adopte una medida de abrigo sobre el niño, remitiendo copia de las actuaciones al Registro de Aspirantes con Fines de Adopción. La Cámara revocó el fallo entendiendo que la entrega en guarda realizada por la madre del niño a la guardadora tuvo lugar con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo CCYC cuando no había una prohibición tan tajante como la actual, por lo que había sido válidamente otorgada.

Recientemente en fecha 06/08/20 el Juzgado de Familia de Tandil declaró la anti-convencionalidad del art. 611 del CCC para otorgar la adopción plena de una adolescente solicitada por los actores, entendiendo que dicha norma resulta estrecha, soslayando las relaciones afectivas honestas o genuinas y otros supuestos de relaciones socioafectivas, no previéndose ni siquiera a modo de excepción, las situaciones de hecho que nacieron, se desarrollaron y estuvieron marcadas por la socio-afectividad o identidad dinámica. (B.O.I. s/ adopción. acciones vinculadas)

3.3.2. Las guardas de hecho y las familias de acogimiento.

Los vínculos y la cuestión constitucional

Idénticos fundamentos en favor de la inconstitucionalidad de la norma del Art. 611 que prohíbe las guardas de hecho o entregas directas han sido utilizados tanto cuando el niño/a ha sido entregado por su madre a la familia pretensa guardadora como cuando se trata de un vínculo surgido en el marco de una familia de acogimiento, quienes habían alojado temporariamente al niño en el marco de una medida de protección excepcional, habiéndose transformado —por el transcurso del tiempo— dicha situación transitoria en definitiva, generándose un vínculo afectivo entre el niño y sus cuidadores.

En un caso resuelto en Santa Fe,⁽¹⁴⁾ se declaró la inconstitucionalidad de los Arts 600 inc. b, 609 inc. c, 611 tercer párrafo, 613 primera parte y 634 inc. h, declarando la situación de adoptabilidad y otorgando la guarda preadoptiva de un niño, seis años después de que fuera entregado bajo el Programa Familia Solidaria en el marco de una medida

⁽¹³⁾ «S.C.E. s/ guarda con fines de adopción», Cam. Civ. y Com. de Mercedes, Prov. de Bs. As., 17/04/18.

⁽¹⁴⁾ «SDNAF c/ C.V.N. s/ Resolución definitiva medida excepcional y control de legalidad», TCF N° 2 de Sta. Fe, 17/09/18.

de protección excepcional adoptada por la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de Niñez, Adolescencia y Familia de la provincia de Santa Fe, cuando el niño tenía un año y ocho meses de vida.⁽¹⁵⁾

En el fallo resuelto por el Juzgado de Familia n° 6 de Morón,⁽¹⁶⁾ se declaró la inconstitucionalidad de los Arts. 600 inc. b y 634 inc. h. y no la del art. 611 atento a que se consideró que en el caso no se configuraba una guarda de hecho ya que no había habido entrega por parte de la madre de la niña, quien fuera entregada a la familia en tránsito por el órgano administrativo de protección por una medida de abrigo. En primera instancia se declaró la situación de adoptabilidad de la niña y se seleccionó del Registro a un matrimonio, siendo posteriormente interrumpida la vinculación. La Cámara revocó el fallo ordenando se dicte una nueva resolución por la que se hizo lugar al pedido de guarda preadoptiva solicitada por la familia en tránsito en su carácter de referente afectivo.

En los casos que analizamos, se destacaron algunas pautas que podrían ser tenidas en cuenta al momento de tener que decidir situaciones similares, a modo de test que permita perfilar la figura del referente afectivo a los fines del otorgamiento la guarda preadoptiva.

Se tuvo en cuenta que los jueces han de indagar en cada situación, construyendo el relato en base a sus antecedentes particulares, con especial referencia al origen de la relación custodio/niña; no se debe observar ningún manejo espurio de la situación en cumplimiento del principio de buena fe (Art. 9 ccyc); se debe tener en cuenta el tiempo transcurrido con la familia de acogimiento y la edad de la niña, poniendo de relevancia que la demora no fue —en el caso— atribuible a la familia acogedora; que todo cambio implica en su medida un trauma para el niño/a por lo que debe demostrarse que llevarlo a cabo le causaría un daño mayor; tener en cuenta el centro de vida de la niña. Se debe merituar la buena y prominente realidad familiar y amorosa que rodea al niño/a. Y por último, los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles.⁽¹⁷⁾

4. Conclusión

La norma del Art. 607 *in fine*, al regular la figura del referente afectivo, solo permite otorgar un marco legal a la relación personal entre el niño y su referente afectivo a través de dos instituciones: la guarda y la tutela; dejando fuera a la adopción. Del mismo modo, la rigurosa prohibición de la guarda de hecho del Art. 611 del ccc veda la posibilidad de la adopción, impidiendo considerar aquellas situaciones en las que se generó un vínculo

⁽¹⁵⁾ En el mismo sentido, el caso resuelto por el Juzgado de Familia y Penal de Menores de Villaguay, 08/11/16, R.M.C.Y.D.J.S. s/ Guarda con Fines de Adopción, se trataba de una niña de once meses de edad, que había sido abandonada en una garita de ómnibus, por lo que intervino el órgano administrativo de protección (COPNAF) y bajo el programa de acogimiento hizo entrega de la niña a la familia que —luego del transcurso de un tiempo considerable— promueve la acción de guarda preadoptiva, también con anterioridad a la vigencia del Cód. Civ. y Com. Al momento del dictado de la sentencia la niña ya contaba con 4 años de edad. Se declara la inconstitucionalidad del Art. 611, del Art. 600 inc b y Art. 634 inc. h, y se concede la guarda con fines de adopción, exceptuando a los guardadores de cumplir con el requisito de inscripción en el Registro. En idéntico sentido, «C.R.V.–M.R.–Adopción», Juzgado de Control, Niñez, Juventud y Penal Juvenil y Faltas de Río Tercero, Córdoba, 12/10/2017.

⁽¹⁶⁾ «G.B. s/ Protección y Guarda de Personas», 16/03/17.

⁽¹⁷⁾ Juzgado de Familia y Penal de Menores de Villaguay, 08/11/16, R.M.C.Y.D.J.S. s/ Guarda con Fines de Adopción.

afectivo entre el niño/a y su cuidador/a, lo cual contraría el principio del interés superior del niño que debe imponerse en todas las decisiones que se adopten.

Un exhaustivo análisis de cada situación particular y del sistema normativo debería posibilitar resolver en forma definitiva la situación del niño/a aplicando las figuras e instituciones legales que mejor satisfagan el derecho del niño/a a vivir en familia, ya sea a través de la guarda, tutela o adopción.

La situación del niño/a debe resolverse en tiempo razonable, cumpliendo con los plazos legales de los procesos administrativos y judiciales, evitando que las respuestas de carácter transitorio se conviertan en definitivas. Cuando por el excesivo transcurso el tiempo sin que se resuelva la situación del niño/a, se haya generado un vínculo afectivo deberá reconocérselo, siempre que sea genuino y no tenga un origen ilícito.

Una correcta interpretación de los derechos fundamentales en juego, tanto los de los niños, niñas y adolescentes como los de sus progenitores, guardadores, cuidadores, referentes afectivos, obliga a efectuar un análisis complejo de cada situación particular, por lo que, lejos de amarrarse a soluciones apriorísticas, deberá buscarse el mejor camino para la resolución adecuada de la situación del niño/a, a través de la puesta en juego del conjunto de principios de protección de niños, niñas y adolescentes.

Bibliografía

- BURGÉS, Marisol (2016). Responsabilidad parental, tutela y adopción en el Código Civil y Comercial. Aportes e implicancias en las medidas de protección excepcional. *DFyP*. Cita Online: AR/DOC/333272016.
- FARAONI, Fabián (2013). La prohibición de la guarda de hecho en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. *RDF*, Abeledo Perrot AP/DOC/40/2013.
- FERNÁNDEZ, Silvia (2015). *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Tomo II, Abeledo Perrot.
- (2013). Adopciones. Personas, tiempos y procesos. Sobre las principales razones de una regulación renovada de los procesos de adopción. *RDF* N° 58.
- (2014) El desafío al tiempo en la adopción. Nuevas perspectivas del Código Civil y Comercial. *Infojus*.
- HERRERA, Marisa (2015). Comentarios a los Arts. 607, 609, 613, 611, 634. En Lorenzetti, Ricardo (Dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación—Comentado*, Tomo IV, Editorial Rubinzal Culzoni.
- HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II. Infojus.
- JAUREGUI, Rodolfo (2011). La opinión de los niños, un proceso crónico: Una respuesta restauradora que empodera a los sujetos víctimas del abandono parental y de negligencias estatales. *RDF*, N° 2011-V.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora (2014). *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo III, Rubinzal Culzoni Editores.
- MEDINA, Graciela (2015, 6 de agosto). La guarda directa en el Código Civil y Comercial y en la jurisprudencia de la Corte Suprema. *La Ley*, LL-2015-D-268. Cita online AR/DOC/2698/2015.
- MIZRAHI, Mauricio (2019). Niños en guardas de hecho y judiciales. Interpretación equívoca del artículo 611 del Código Civil y Comercial. *DFyP*. Cita online: AR/DOC/2542/2019.
- SEDA, Juan Antonio (2015). Oposición a la declaración de estado de adoptabilidad. *SJA*. Cita Online: AR/DOC/4839/2015.