

Socio afectividad familiar e interés superior de niñas/os y adolescentes

Entrelazando afectos y derechos

Mariana A. De Lorenzi* y María de los Ángeles Nicosia**

“Lo que uno ama en la infancia se queda en el corazón para siempre”.

(Jean-Jacques Rousseau)

Resumen: Este trabajo tiene por objeto analizar la importancia de los vínculos generados por niñas/os y adolescentes tanto en sus familias como en formas de cuidado alternativas y en cómo las decisiones que deban adoptarse son tamizadas desde el interés superior del niño, dando lugar a que se entretengan el derecho y el afecto.

En este sentido, se indaga en ciertos conflictos que surgen a partir de las diversas formas familiares presentes en la actualidad. Aquellas que hoy en día resultan posibles, gracias al imparable desarrollo científico tecnológico como uniones conformadas por personas que, en razón de su género o de ciertas dificultades biológicas, no pueden reproducir conjuntamente de forma natural y recurren a la asistencia médica; incluyendo a quienes desean asumir un proyecto parental en soledad o junto a otra/s persona/s sin mediar una relación sexo afectiva o con las que se conforma una unión poliamorosa o una familia ensamblada. Igual consideración merece las conformaciones afectivas que con el transcurso del tiempo adquieren un cariz familiar, como las derivadas del acogimiento, las guardas informales o un marco institucional que luego concluye. Y, por último, se plantean situaciones de ausencia de socioafectividad por el fracaso de una relación parento filial tras el desistimiento durante el proceso adoptivo.

Una simple regla deductiva indica que en las mentadas hipótesis no solo aparecen nuevos vínculos y diversas formas familiares sino también una mayor complejidad. Dicho en otras palabras, la pluralización familiar multiplica los afectos, pero también los conflictos y es en estos últimos atendiendo a aquéllos que este trabajo centra su atención.

Palabras clave: Interés superior, Niños/as y adolescentes, Socioafectividad, Derecho

*Mariana De Lorenzi. Doctora en Derecho (Universidad de Barcelona). Abogada especialista en Derecho de Familia (Universidad Nacional de Rosario). Profesora titular por concurso de Práctica Profesional II (Praxis en Derecho de la Niñez) (Cátedra B) (Universidad Nacional de Rosario). Profesora titular de Derecho de la Niñez y la Adolescencia (Universidad del Centro Educativo Latinoamericano). E-mail: marianadelorenzi@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8287-5753>

**María de los Ángeles Nicosia. Doctoranda en Derecho (Universidad Nacional de Rosario). Abogada especialista en Derecho de Familia (Universidad Nacional de Rosario). Profesora Universitaria en Ciencias Jurídicas (Universidad del Centro Educativo Latinoamericano), Docente JTP de Práctica Profesional II (Praxis en Derecho de la Niñez) (Cátedra B) (Universidad Nacional de Rosario). E-mail: angelesnicosia@yahoo.com.ar. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5770-498X>

Abstract

The purpose of this work is to analyze the importance of the bonds generated by children and adolescents in their families as in alternative forms of care and in how the decisions that must be adopted are sifted from the best interests of the child, giving rise to Law and affection are intertwined.

In this sense, it investigates certain conflicts that arise from the various family forms present today. Those that today are possible thanks to the unstoppable scientific and technological development such as unions made up of people who, due to their gender or certain biological difficulties, cannot reproduce together naturally and resort to medical assistance; including those who wish to assume a parental project alone or together with another person/s without mediating an affective sexual relationship or with whom a polyamorous union or an assembled family is formed. The same consideration deserves the affective conformations that over time acquire a family look, such as those derived from foster care, informal guards or an institutional framework that later ends. And, finally, there are situations of lack of socio-affectiveness due to the failure of a parent-child relationship after giving up during the adoption process.

A simple deductive rule indicates that in the aforementioned hypotheses not only do new links and various family forms appear, but also greater complexity. In other words, family pluralization multiplies affections, but also conflicts and it is in the latter, attending to those, that this work focuses its attention.

Keywords: Best interest, Children and adolescents, Socioaffectiveness, Law

1.- Introducción

La frase de Rousseau que da pie a estas líneas expresa la trascendencia existencial constitutiva que el amor tiene en las personas. Solo desde este sentimiento, cada ser humano podrá edificar una vida plena y digna, principios consagrados en la propia Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN).¹

Pese a que Freeman (1983) afirma que el amor y el derecho no siempre hablan el mismo idioma, esta parece ser la aspiración del citado instrumento internacional cuando reconoce "(...) que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión". En esta dirección, y para que la familia pueda desempeñar el rol que le encomienda, obliga a los Estados a brindarle la protección y asistencia necesarias. Ello revela que la búsqueda de la felicidad, intrínseca a la naturaleza humana, es también objetivo principal de la doctrina de la protección integral de los derechos de niñas/os y adolescentes (en adelante, NyA o, eventualmente, NoA). En esta dirección, dicha convención y toda la normativa interna que la ratifica, desarrolla y completa, entretienen un lazo directo entre derecho y afecto.

Aun cuando no pueda sostenerse que el amor baste para garantizar el superior interés de NyA, tampoco puede ignorarse que este no se verá resguardado si se desconocen no pocos derechos que se sustentan en aquel.

En el primer sentido, desde que "el amor no tiene un código de conducta" (Archard, 2004), su sola presencia no garantiza este principio, ya que una persona puede querer a su hija/o y no respetar sus derechos más fundamentales (De Lorenzi, 2015). Ello explica la necesidad de reconocer a los NyA como sujetos de derechos, paradigma que lejos de menoscabar el cariño que pueda unirles con sus progenitores/as, asegura el mínimo que el amor otorga para el caso en que este falte (Archard, 2004, pág. 120).

En la segunda dirección señalada, debe contemplarse que la familia y otras figuras alternativas de cuidado son instituciones que brindan un marco jurídico a relaciones afectivas que se desarrollan entre sus integrantes. Es desde esta óptica que la valoración de los sentimientos, una tarea a simple vista ajena al ámbito legal,² se le imponga al Estado para dar cabal y primordial consideración al interés superior del NoA. De allí que, en ocasiones, resulte crucial atender a estos vínculos subjetivos, en

¹ El Comité sobre los Derechos del Niño ha reconocido que la vida y la dignidad son principios basales del sistema de protección integral, en las Observaciones Generales N° 4 "La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño" (2003), N° 6 "Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen" (2005), N° 7 "Realización de los derechos del niño en la primera infancia" (2005), N° 8 "El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes" (2006), N° 13 "Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia" (2011), N° 15 "Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud" (2013).

² Por lo general, el mundo jurídico es pensado como un sistema rígido, erigido y sostenido sobre "normas", que gira en torno a una ciencia en la que pareciera que poco puede hacer el amor. De hecho, si atendemos a la semántica, debe reconocerse que tal expresión ("normas"), hace referencia a reglas imperativas a las que deben ajustarse las conductas, en cuanto preceptos jurídicos, es decir, mandatos u órdenes a observar en pos de la obediencia a la jerarquía de la ley. En definitiva, un orden que, por preestablecido y superior, expresa una rigidez antónima a los maleables sentimientos.

pos de dicho paradigma, para garantizar la máxima satisfacción de los derechos que componen, a modo de abanico, el derecho a la identidad personal y familiar (identificación, inscripción, filiación, nombre, vida familiar, etc.).

Este trabajo tiene por objeto analizar la importancia de los afectos en las decisiones que deban adoptarse, tamizados desde el interés superior del NoA e indagar en ciertos conflictos que surgen a partir de las diversas formas familiares presentes en la actualidad.

En primer lugar, se debe atender a aquellas que hoy en día resultan posibles gracias al imparable desarrollo científico tecnológico. En este grupo se ubican, por lo general, familias que se alejan del estándar hetero, bi y bio normativo. Estas referencian a las uniones conformadas por personas que, en razón de su género o de ciertas dificultades biológicas, no pueden reproducir conjuntamente de forma natural y recurren a la asistencia médica. Es dable incluir también a quienes desean asumir un proyecto parental en soledad o junto a otra/s persona/s sin mediar una relación sexo afectiva o con las que se conforma una unión poliamorosa o una familia ensamblada.

Iguals consideraciones merecen las conformaciones afectivas que con el transcurso del tiempo adquieren un cariz familiar, pese a no haber sido así proyectadas *ab initio*, como las derivadas del acogimiento, las guardas informales o un marco institucional que luego concluye.

En tercer término, y como reverso de la moneda, se plantean situaciones de ausencia de socioafectividad por el fracaso de una relación parento filial tras el desistimiento durante el proceso adoptivo.

Una simple regla deductiva indica que en las mentadas hipótesis no solo aparecen nuevos vínculos y diversas formas familiares sino también una mayor complejidad. Dicho en otras palabras, la pluralización familiar multiplica los afectos, pero también los conflictos y es en estos últimos atendiendo a aquéllos que este trabajo centra su atención.

2.- Reconocimiento jurídico de la socioafectividad familiar

2.1. De afectos y familias

En la actualidad, las familias argentinas se construyen desde el deseo y cualquiera sea la vía elegida para hacerlas realidad, se sostienen y afianzan a partir del amor. La trascendencia sociológica de este sentimiento, sopesada desde el respeto a la diversidad y el interés superior del NoA, obliga al derecho a reconocer el peso de los afectos en la vida de NyA para brindar resguardo a los vínculos que a partir de ellos se concretizan.

La propia CDN, cuando destaca el valor elemental de las familias en la vida de NyA, expande su noción más allá de la de origen incorporando a las ampliadas o de la comunidad, a más de los diferentes mecanismos de cuidado que reconoce (como la

adopción, la kafala, los hogares de guarda, etc.).³ Del mismo modo, la Constitución Nacional manda su protección integral sin limitar el alcance de esta expresión.

Por su parte, la legislación nacional y provincial, en pos del interés superior del NoA,⁴ ordena el respeto del “pleno desarrollo personal, armónico e integral de sus derechos en su medio familiar, social y cultural”.⁵ En ella se consagra su derecho a crecer y desarrollarse en la familia de origen y con sus vínculos afectivos y comunitarios o, de no ser ello posible, en forma excepcional, en un grupo familiar alternativo o en una familia adoptiva.⁶ En concordancia, se impone al Estado su respeto y protección, en todas sus instancias y al tomar decisiones que puedan afectar derechos y garantías de personas menores de edad.⁷

A mayor abundamiento, el Decreto Reglamentario 415/06 de la ley nacional resalta la socioafectividad como vital para el NyA, cuando interpreta la expresión *familia* de forma integral y comprensiva de la familia nuclear, ampliada, de la comunidad y cualquier otro grupo alternativo y destaca que lo central es que represente “(...) vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección (...)”.⁸

En sentido similar, el CCyC, en el Libro Segundo, protege aquellas relaciones que surgen tanto de la filiación como en otros ámbitos de cuidado alternativo que constituyen centro de vida y contención del NoA.⁹

De acuerdo con el marco jurídico señalado, al indagar en la socioafectividad familiar este ensayo parte de una noción amplia de familia que no solo remite a la de origen y a los lazos parento-fraterno-filiales sino también a la que se forja en aquellos espacios y genera relaciones afectivas con pares y/o personas adultas.

2.2. Afectividad en el ámbito familiar de origen

El CCyC expande los senderos hacia la parentalidad, al preveer tres caminos a partir de la filiación por naturaleza, por adopción y por técnicas de reproducción humana asistida (en lo sucesivo, TRHA). Si bien a cada una le reconoce una fuente propia que le da origen (nexo biológico, sentencia judicial y voluntad procreacional), lo cierto es que el deseo parental actúa como un puntal fundamental, principalmente en las dos últimas.¹⁰ Incluso frente a la paradoja que presenta el recurso a las TRHA, “(...)

³ Así resulta de la afirmación que trae en el Preámbulo, mencionada supra en la introducción, y de lo dispuesto en los arts. 5 y 20 de la CDN.

⁴ Art. 3 de la CDN: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (...)”.

⁵ Art. 3 de la Ley 9944, replicando casi textualmente la misma norma de la Ley 26061.

⁶ Arts. 11 de la Ley 26061 y 14 de la Ley 9944.

⁷ Ver art. 7 de la Ley 26061 y de su Decreto Reglamentario 415/06 y art. 41 inc. a) de la Ley 26061.

⁸ Ver. art. 14 de la Ley 9944.

⁹ Arts. 643 y 657 del CCyC.

¹⁰ Debe tomarse en consideración que, con excepción de la filiación por naturaleza, que se determina conforme establecen los arts. 565 y ss., en las otras dos clases filiales, la voluntad parental es central para determinar el vínculo.

para obtener, principalmente, ‘hijos biológicos’(…)”, la elección de esta vía evidencia el peso de la voluntad procreacional, pues, en definitiva, se dirigen a satisfacer y reforzar el anhelo filial (De Lorenzi M. , 2010), haciendo que la maternidad y la paternidad sean resultado del querer y no simplemente del suceder.

No obstante, *el querer* no siempre alcanza, ya que existen algunas formas familiares que no han sido objeto de previsión explícita en el ordenamiento jurídico nacional pese a su presencia en la realidad social. Mucha tinta ha corrido sobre la falta de recepción normativa de ciertas figuras propuestas por la comisión reformadora, tales como la gestación por sustitución o las prácticas reproductivas post mortem. Esta decisión de política legislativa ha hecho que tales supuestos queden relegados a una situación de *alegalidad*,¹¹ junto a otros casos como las prácticas denominadas caseras o domésticas.¹² A ellos deben sumarse las familias pluriparentales, que alzan sus voces exigiendo ser reconocidas pese a la prohibición a la existencia de más de dos vínculos filiales (art. 558 in fine CCyC).

En gran parte de los casos, estas situaciones son fuente de una socioafectividad y el reclamo de reconocimiento exige a la magistratura analizar y resolver cada una de ellas tomando como norte las pautas de los artículos 1 y 2 del CCyC.

En definitiva, las relaciones afectivas se van consolidando a diario, se afianzan y son generadoras de sentimientos entre NyA y sus pares, así como con las personas adultas que les brindan cuidados, contención y acompañamiento en su crecimiento. Estos lazos se desarrollan tanto puertas adentro como afuera, pues si bien se generan en la intimidad del hogar tienen reflejo en la vida social de cada integrante del núcleo familiar.

2.3. Afectividad en la adopción

Los gérmenes normativos del reconocimiento de los afectos se remontan a mediados del siglo pasado. La adopción es el primer instituto en poner en valor y dar recepción legislativa a la socioafectividad. Pese a la reticencia de Vélez Sarsfield a incorporar este mecanismo de protección como una forma de filiación, en el año 1948, la realidad triunfa por sobre la ficción retractora y se sanciona la Ley 13252.

En la actualidad, la socioafectividad adquiere protagonismo en diversas figuras previstas por el CCyC; sin embargo, donde mayor impacto sigue teniendo es en la adopción. Una manifestación de ello es la consagración garantista de la adopción de integración, evidente principalmente en tres cuestiones. Primero, cuando se prevé

¹¹ Para el Diccionario de la Real Academia Española, “alegal” es aquello que no se encuentra regulado ni prohibido.

¹² En honor a la brevedad, remito a la lectura de trabajos anteriores donde se desarrolla y fundamenta esta afirmación: De Lorenzi, Mariana. Pluriparentalidades y reproducciones caseras. Por los andariveles de la inclusión y la pluralidad. En Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Duran de Kaplan, Valeria. *Práctica de las relaciones de familia y sucesorias. A un lustro del Código Civil y Comercial. Libro homenaje a la memoria de Nora Lloveras*, pp. 421-435. Rubinzal-Culzoni Editores; De Lorenzi, Mariana y Cappella, Lorena, Las ‘TRHA domésticas’. Una realidad ¿silenciada? por el legislador. *Revista de Derecho de Familia* 2019 I, Abeledo Perrot, RDF 2019-I, 295; AP/DOC/1014/2018; Instrumentación de la voluntad procreacional como fuente de la filiación en las ‘TRHA domésticas’. *Revista de Derecho de Familia*. Abeledo Perrot, RDF 2019-I, 303; AP/DOC/1015/2018.

tanto para los casos de matrimonio como de convivencia. Segundo, al considerarla procedente incluso alcanzada la mayoría de edad cuando previo a ella hubiera existido posesión de estado (art. 597). Y, tercero, al permitirle aun en los supuestos en que la persona por adoptar tuviera doble vínculo filial, reconociendo así, la posibilidad de ampliar los afectos parentales e incluso familiares (art. 631, inc. b) y cs.).

En idéntico sentido, se incorpora la posibilidad de la adopción conjunta post mortem, cuando una/o de las/os aspirantes a la adopción falleciera antes de la sentencia (art. 605). De crucial importancia resulta también, la incidencia de la socioafectividad en la flexibilización de los efectos que producen las dos clases de adopción (plena y simple) en relación a la generación de más o menos vínculo con determinadas personas (art. 621).¹³

2.4. Afectividad en ámbitos familiares alternativos

La prioridad legal de la familia de origen como espacio preferente de desarrollo del NoA cede en los casos en que ello no fuera posible o resultara contrario a su interés superior. Cuando ello acaece, la legislación de protección integral establece que el NoA tiene derecho a crecer en un grupo familiar alternativo, entendiendo por tal a aquel de cualquier índole, incluidas las familias de la comunidad donde reside habitualmente.¹⁴

Si se sigue esta dirección, el CCyC admite ciertas figuras de referencia afectiva del NoA en diferentes institutos jurídicos, empleando para su denominación distintos términos.

Un ejemplo de ello es el de las “personas allegadas”, a quienes se autoriza a expresar el consentimiento informado para el acto médico a practicarse en pacientes con una absoluta imposibilidad para prestarlo (art. 59) o también a comparecer a dar testimonio (art. 711).

Es dable, asimismo, mencionar la legitimación que se reconoce a aquellos individuos que convivieran y “recibieran ostensible trato familiar” de quien hubiera fallecido o sufrido gran discapacidad para reclamar la indemnización por reparación de daños (art. 1741).

Se consagra además el derecho de comunicación del NoA con relación a aquellas/os referentes que presenten un interés afectivo legítimo (arts. 555 y 556); disposición coherente con la que establece el deber de las/os progenitoras/es de respetarlo y facilitararlo (art. 646).

¹³ Dispone la norma: “El juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño. Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción”.

¹⁴ Ver arts. 11 de la Ley 26061 y 14 de la Ley 9944. Esto se refuerza en los arts. 41 de la Ley 26061 y 49 de la Ley 9944, cuando para la aplicación de medidas excepcionales se dispone la permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos señalando a personas vinculadas a ellos a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad.

De igual modo, se prevén normas que atribuyen responsabilidades a parientes o progenitoras/es afines del NoA, habilitando la guarda judicial temporal a favor de los primeros (art. 657) o identificando deberes al cónyuge o conviviente del padre o madre a cargo del NoA (art. 673 y 676), siendo además posibles beneficiarias/os de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental (arts. 643, 672 y 674). Ante la ausencia de “responsable adulto” del NoA, y a los fines de proveer a su tutela, la legislación impone el deber de denunciar tanto a las/os parientes con obligación alimentaria como a guardadoras/es o delegadas/os del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 111).

Si se cierra el recorrido por la normativa civil, es dable destacar la valoración legislativa que hace de la existencia de afecto al prever que no puede dictarse la declaración judicial de la situación de adoptabilidad si algún “referente afectivo” ofrece asumir la guarda o tutela del NoA (art. 607), la que será dirimida tras su escucha y conforme a su interés superior (art. 608 in fine).

Por último, en el ámbito administrativo, la legislación crea alternativas de cuidado para aquellas/os NyA que se encuentran bajo una medida de protección excepcional. Un ejemplo de ello son los programas de acogimiento por las llamadas “familias solidarias” o “Familias para Familias” en Córdoba. Este mecanismo tiene una doble función: i) brindar al NoA el cuidado, cariño y contención necesarios en un hogar; y ii) acompañarle en su regreso al centro de vida o en su vinculación para la adopción.¹⁵ No es prudente desacreditar el rol fundamental de estas personas para el NoA en el tiempo de duración de dichas medidas, hecho que hace que sea factible que se generen lazos afectivos trascendentes que den lugar a reclamos judiciales de reconocimiento de derechos de índole familiar.

Otro ámbito alternativo de cuidado –aunque de *ultima ratio*– son los centros residenciales u hogares de tránsito,¹⁶ instancias en las que también pueden afianzarse los vínculos entablados con referentes adultos/os o pares que también ameriten consideración.

3.- Demandas sociales y respuestas legales

Tal como se desprende de lo hasta aquí expuesto, las diversas manifestaciones afectivas que se observan en la sociedad actual han ido encontrando un progresivo

¹⁵ Gobierno de Córdoba. Se convoca a familias para acoger temporalmente a niñas y niños. En *Noticias Gobierno Córdoba*, 01/11/2021. <https://prensa.cba.gov.ar/justicia-y-ddhh/se-convoca-a-familias-para-acoger-temporalmente-a-ninas-y-ninos/>, última consulta: 08/09/2022.

¹⁶ Hoy en día, los esfuerzos se dirigen a la desinstitucionalización. En este sentido, se plantea la necesidad de “(...) una estrategia global de desinstitucionalización, con fines y objetivos precisos, que permitan su progresiva eliminación”, existiendo consenso en que dicho carácter excepcional es aún más excepcional respecto a las/os niñas/os de corta edad cuyo cuidado debería ejercerse en un ámbito familiar (Asamblea General de Naciones Unidas, “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”, aprobada por Resolución A/RES/64/142 en fecha 24/02/2010, Parágrafos 22 y 23). Su procedencia se entiende debe ser limitada a entornos específicamente apropiados, necesarios y constructivos favorables al interés superior del NoA (Ibid., párrafo 21).

reflejo en el ámbito jurídico, mérito del ferviente reclamo doctrinal y de respuestas jurisprudenciales favorables (Kemelmajer de Carlucci, 2014).

Es claro, el derecho no podía quedar indemne a las transformaciones descriptas y debió *aggiornarse* para brindar un marco normativo que reconozca y ofrezca una adecuada protección a estos lazos. La versatilidad familiar viene, de este modo, a sacudir la rigidez de las normas y a flexibilizar las respuestas legales. Ahora bien, estos avances no logran *per se* frenar la presencia de conflictos que tensionan el interés superior del NoA. La previsión (o prohibición) legal de alguna de estas situaciones no exime del análisis en el caso concreto desde el principio rector del interés superior para brindarles un correcto encuadre jurídico, en resguardo del derecho del NoA a su identidad personal y familiar. Una solución justa exige interpretar las normas conforme a sus palabras, finalidades, analogía, desde los derechos humanos, principios y valores jurídicos del bloque constitucional convencional (arts. 1 y 2) y, concretamente, de los bastiones que sustentan el sistema de promoción y protección integral: especialidad, efectividad, no discriminación, participación y autonomía progresiva de NyA.

4.- Posibles conflictos devenidos de la socioafectividad

Desde esta perspectiva, el presente apartado pone foco en ciertas situaciones complejas en las que subyacen vínculos socioafectivos como fundantes de realidades familiares o en los que fracasa un proyecto de esta índole al no consolidarse las relaciones entabladas.

4.1. Petición de guarda con fines de adopción por familias solidarias

(E)l caso pone plenamente en juego el mandato convencional y legal de dar primacía al interés superior del niño, directiva que se torna particularmente exigente, cuando se trata de niños que están en su ‘primera infancia’, ‘un período esencial para la realización de los derechos del niño’, pues allí se sientan las bases ‘de su salud física y mental, de su seguridad emocional, de su identidad cultural y personal y del desarrollo de sus aptitudes’, responsabilidad que se intensifica más aun en el caso de niños ‘sin familia’, pues allí el Estado tiene el deber de ‘garantizar la seguridad, la continuidad de la atención y el afecto, y de ofrecer (...) la oportunidad de establecer relaciones a largo plazo basadas en el respeto y la confianza mutua’¹⁷

Una primera situación conflictiva se puede presentar en el contexto de los reseñados programas de familias solidarias cuando la relación de cuidado –

¹⁷ Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Santa Fe, Sala 2. “Subsecretaría de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia de la Provincia de Santa Fe (SDNAF) vs. H. J. L. s. Medidas de protección excepcional - Solicitud de control de legalidad”. Rubinzal Online, RC J 3092/18.

temporalmente limitada a la resolución de la medida de protección excepcional—deviene en el deseo de revertir su provisoriedad, recurriendo a un mecanismo legal que le brinde un encuadre jurídico definitivo.

Como sucede en cualquier grupo familiar, no parece absurdo pensar que la convivencia cotidiana acabe generando apego del NoA con las personas integrantes del hogar de acogimiento. Si resulta lógico que niñas/os de corta edad se aferren a quienes les cobijan al encontrar en ellas/os una figura parental, aún más verosímil es que ello acontezca tras la separación de sus progenitores luego de vivir una situación de vulneración de derechos.

Si se advierte esta circunstancia, los programas de este tipo impone, como exigencia legal para la incorporación/admisión de candidaturas, de aspirantes que no hubieran formalizado una inscripción en el Registro Único de Pretensos Adoptantes de su jurisdicción. Este requisito pretende demostrar que el afectuoso apoyo familiar que esta tarea impone, en primer lugar, tiene una duración limitada, y, en segundo término, responde a la finalidad concreta de acompañamiento durante el período de tiempo en el que se extienda la medida de protección excepcional.

Sin embargo, el desempeño de roles propios de toda forma familiar hace que eventualmente se pierda de vista dicho objetivo y, desdibujada su función, se desnaturalice la figura. No puede soslayarse que, en ocasiones, lamentablemente, es el propio Estado el responsable de dicha confusión. Dos ejemplos así lo demuestran.

En primer lugar, la pretensión adoptiva de las personas acogedoras evidencia una actuación al menos deficiente del Estado en su tarea de informarles con claridad y brindarles acompañamiento adecuado. Eventualmente, puede incluso ser este quien lo genere, como sucede cuando se recurre a afirmaciones ambiguas en campañas de difusión acerca de que la función de las familias solidarias consiste en recibir al NoA “...como si fuera un hijo, con disposición para brindar cuidado y cariño para su integración al hogar”.¹⁸

Una segunda manifestación de la responsabilidad estatal es el acaecimiento de situaciones de consolidación de la vida familiar por el transcurso de un tiempo mayor al legalmente dispuesto para la medida de protección excepcional por la falta de debido control.¹⁹ Se exponen, a continuación, dos casos resueltos en el año 2018, en la provincia de Santa Fe que espejan este supuesto.

Por un lado, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe valida la permanencia del niño con la familia solidaria y rechaza el cambio de alojamiento hasta tanto se resuelva, en la instancia correspondiente, la guarda pre adoptiva. Expresa el tribunal que:

(...) lo propio de la prudencia es tomar nota de las circunstancias particulares de cada caso y de las

¹⁸ Así reza el Programa Familias para Familias de la provincia de Córdoba, información extraída de la página oficial del Gobierno de la Provincia de Córdoba. <https://prensa.cba.gov.ar/justicia-y-ddhh/se-convoca-a-familias-para-acoger-temporalmente-a-ninas-y-ninos/>, última consulta: 08/09/2022.

¹⁹ Ver Art. 607 inc. c del CCyC.

consecuencias de toda decisión, llegando al extremo de ‘adaptar’, incluso, la respuesta general contenida en la norma legal a tales ‘particularidades’ cuando ello sea requerido por la justicia (...).

En este caso la *particularidad* consiste en que los plazos de la medida se encontraban ampliamente vencidos, responsabilidad primaria de control que –como se destaca explícitamente en la sentencia– le cabe a la Subsecretaría de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. Frente a ello, se resalta que la directiva del interés superior del niño es especialmente exigente cuando éste se encuentra en su primera infancia “(...) ‘un período esencial para la realización de los derechos del niño’ pues allí se sientan las bases ‘de su salud física y mental, de su seguridad emocional, de su identidad cultural y personal y del desarrollo de sus aptitudes’”.

Por otro lado, si bien el factor tiempo puede resultar crucial para estrechar vínculos, es factible que esto suceda aun cuando se respeten los plazos legales. Tales son las circunstancias que rodean a una familia solidaria que alega que el tiempo compartido permitió desarrollar un lazo con el niño transformando el hogar provisorio en su centro de vida, motivo por el cual se opone a la declaración en situación de adoptabilidad y a la elección de pretensas familias adoptantes.

La Sala I de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Rosario²⁰ no hace lugar a la petición del matrimonio recurrente. Sin cuestionar la existencia de un fuerte nexo afectivo entre el niño y sus guardadores o que la separación pueda resultar difícil y dolorosa, la resolución valora que la declaración en situación de adoptabilidad trasunta el interés superior del niño. Se descarta que “(...) los plazos comprometidos hayan desbordado los cánones legales (...)”, y constatándose además que estos respondieron al esfuerzo por dar respuesta a una realidad familiar compleja signada por la preservación de la fraternidad entre cuatro niñas/os y a lo que se dirige la declaración en situación de adoptabilidad. Entiende el magistrado de primera instancia que el afecto desarrollado durante el acogimiento familiar no autoriza a una respuesta contraria, máxime cuando “...los recurrentes se sometieron voluntariamente al régimen jurídico que ahora cuestionan” ; prestaron sendas declaraciones juradas respecto a conocer los términos y condiciones del programa y no encontrarse inscriptos en el RUAGA ni en ningún otro registro de la misma entidad en esta provincia u otra y de su compromiso de no ingresar a ellos durante el transcurso de la medida.

Observa el juez que “(n)unca, en ningún momento, hicieron manifestaciones en sentido contrario o dejaron siquiera entrever su intención de adoptar al niño”. La breve reseña de uno y otro caso sustenta la ausencia de soluciones generales o respuestas exactas, para resolver los conflictos que plantean los vínculos afectivos generados en el marco de los programas de acogimiento familiar, lo que hace ineludible el análisis casuístico de las circunstancias particulares para alcanzar una respuesta jurídica que concretice el interés superior del NoA.

²⁰ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Rosario. Sala I, “A., L.D y otros sobre Control de legalidad – Legajo de fotocopias”, Expte. Nro. 61/2018, 3/07/2018, Inédito.

4.2. Rechazo a la revinculación familiar

(...) Que, desde que se ha tomado la medida (...) hasta la fecha se trabajó con la familia ampliada de Germán,²¹ pero fue la propia decisión del adolescente y su singular biografía la que marcaron el camino seguido por el organismo administrativo. En compañía de su patrocinante (...) Germán planteó con claridad, incluso al punto de peticionar una medida cautelar de no innovar, permanecer en un Centro Residencial del Sistema de Protección Integral hasta su mayoría de edad.²²

Una de las pautas legales que permiten definir el interés superior del NoA es el respeto del pleno desarrollo de sus derechos en su medio familiar.²³ El que debe ser valorado en concreto; de allí que pueda suceder –como en el caso de marras– que, pese a la disposición de la familia ampliada a acoger al adolescente, este manifieste su voluntad en contrario y su deseo de permanecer en el centro residencial en el que ha afianzado vínculos personales con referentes afectivos.

En tales situaciones, se presenta un doble orden de conflictos. Por un lado, el interés del adolescente y el de su familia se encuentran enfrentados; hecho que exige, tras sopesar uno y otro, priorizar el primero.²⁴ Otra arista por considerar es la pugna entre diversos derechos de Germán, ya que su decisión de no abandonar el centro residencial donde se aloja para vivir con su abuela o con sus tíos, contraría la directriz de desinstitucionalización y la prioridad que la legislación brinda a la permanencia en el ámbito familiar.

Si se entiende al reconocimiento y al ejercicio de los derechos como prácticas configuradoras de la subjetividad que consideran al adolescente como sujeto activo y le permiten el libre desarrollo de su personalidad (Imhoff, Marasca, Marasca, & Rodriguez, 2011), no parece viable dar más peso a un criterio objetivo que a la decisión libre e informada prestada por el propio interesado con edad y grado de madurez suficiente. Si Germán referencia su historia vital al entorno que le ha sostenido y acompañado durante años, en el que ha construido su rutina diaria y del cual se siente parte, este es su centro de vida y no el de la familia biológica residente en otras provincias.

Es más, la propia mención del referido art. 3 al derecho a desarrollarse en su medio familiar, social y cultural avala la consideración de los vínculos generados en su lugar de residencia habitual (alojamiento y ciudad) no solo como su centro de vida sino como su “ámbito familiar”.

²¹ En el presente trabajo, se utilizan nombres ficticios al relatar las sentencias que se analizan, a los fines de respetar su intimidad, pero al mismo tiempo, facilitar la lectura y comprensión de los casos analizados.

²² Tribunal Colegiado de Familia N° 3 de Rosario, “A., G s/ Control de legalidad de medidas excepcionales y urgentes. Ley 12967”, 18/08/22, Inédito.

²³ Art. 3 de la Ley 26061 y art. 3 de la Ley 9944.

²⁴ Art. 3 in fine de la Ley 26061 y de la Ley 9944.

Tal como afirma Famá (2009):

(...) la concepción del niño como sujeto de derecho obliga a reformular las relaciones que lo atraviesan desde la perspectiva de una interacción democrática entre el niño y los terceros (el Estado y los particulares), que se basa en la consideración de su personalidad y el respeto de sus necesidades en cada período de su vida, y en el gradual reconocimiento y la efectiva promoción de su autonomía en el ejercicio de sus derechos fundamentales en función de las diferentes etapas de su desarrollo evolutivo.

En esta línea, en el caso en comentario, todos los organismos intervinientes (administrativo y judicial) escuchan y tienen debidamente en cuenta la opinión de Germán quien participó activamente del proceso con su propia abogada.

El adolescente expone con claridad su voluntad en un doble sentido: i) mantener como centro de vida la que ha sido en los últimos tiempos/años/meses su residencia habitual; y ii) continuar y profundizar lazos con su familia ampliada; es decir, sumar los nuevos afectos familiares biológicos a los vínculos de esa índole tejidos en el hogar donde se aloja.

Al hacer lugar al pedido de Germán, la resolución atiende debidamente a su voluntad, valora el ejercicio autónomo de sus derechos y respeta su libertad en la autodeterminación vital. Al priorizar su interés frente al de la familia ampliada, igualmente legítimo, el Estado brinda la protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial en toda decisión judicial.

4.3. Desistimientos de las guardas con fines de adopción

Esta situación en la que se encontraban los niños, que formaba su nueva identidad, perduró en el tiempo, haciéndolos sentir parte de una familia, con una madre y un padre de quienes recibían el trato de 'hijos' y a quienes reconocían como 'padres'. Asimismo, el matrimonio que pretendía la adopción plena se encontraba a la espera del dictado de la sentencia judicial que hiciera que ese vínculo afectivo, se transformara en jurídico.²⁵

Como contracara a las situaciones analizadas, se plantean casos, como el que se toma aquí como referencia de la Cámara Civil y Comercial de San Martín (2015), en los que pese al deseo del NoA de vivir en familia y la existencia de condiciones favorecedoras de la afectividad (como la convivencia que deviene del otorgamiento de la guarda pre adoptiva), el vínculo es truncado por las personas adultas.

²⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, Sala I, "L., M. A. y otros/ adopción — acciones vinculadas", 29/09/2015, Id SAIJ: FA15010088.

Se dice que la realidad supera a la ficción y ello es precisamente lo que sucede en este tipo de circunstancias en que los alcances del derecho son limitados. En términos ideales, puede ocurrir que se resuelva una medida definitiva, evaluada como la más acorde al interés superior del NoA y que, sin embargo, no se consolide un lazo en la pretensa familia adoptante. Agotados los esfuerzos por el regreso a la familia de origen o por encontrar referentes en la familia extensa o de la comunidad, es dable así, que se le declare en situación de adoptabilidad, que se designe judicialmente de entre las personas evaluadas y propuestas por el Registro las consideradas más adecuadas para ahijar a ese NoA y que los profesionales acompañen la vinculación entre ellas/os. No obstante, esta actuación conforme a derecho no es garantía de éxito si no se genera la afectividad necesaria para continuar con un proceso adoptivo o, lo que es aún más gravoso, si se produce un “arrepentimiento” de las/os guardadores que les conduce a desistir de la adopción.

Ello plantea tres cuestiones claves. En primer lugar, en situaciones como la descrita, que claramente no debieran suceder, no puede obviarse la responsabilidad que le cabe al Estado, en cuanto garante de los derechos de NyA y de la legalidad del proceso. Como expresan Herrera y Molina de Juan (2015):

(...) fácil se colige que la inconsistencia o el fracaso en el proceso adoptivo (...), compromete la tutela judicial efectiva, siendo que, inexorablemente, un déficit en el proceso conlleva de por sí una grave falencia en la operatividad de las normas sustanciales y, en consecuencia, de la efectividad del derecho de la niñez y adolescencia a la vida familiar.

En segundo término, es preciso considerar cómo debe jugar el factor tiempo en la decisión, frente a la tensión que existe “(...) entre la urgencia de proveer de una familia estable a un/a niño/a y el riesgo que por apurar demasiado los plazos las buenas intenciones acaben en un resultado negativo (...)” (Basset, 2016). Esto dispara una serie de interrogantes a saber: ¿cuál es el límite de intentos ante una vinculación fallida desde una mirada **interdisciplinaria que resguarde el desarrollo** psíquico y la salud mental del NoA? ¿Hasta dónde debe extenderse la jerarquización del derecho a vivir en familia? ¿Es posible cuantificarlo? ¿Quién debería delimitarlo? ¿El organismo administrativo? ¿El poder judicial? ¿El Registro de Aspirantes a la Guarda Pre adoptiva? ¿Todos ellos? ¿Cómo juega el tiempo? ¿Cómo sopesar la garantía de vivir en familia y evitar al mismo tiempo la revictimización? ¿Cuáles son los posibles efectos de estos rechazos en la salud psíquica? ¿Qué es más dañino, continuar revinculando o desistir de la búsqueda, en pos de la adopción? ¿Corresponde buscar otros dispositivos quizás menos garantistas, pero más realistas?

Sin dudas, estas preguntas no pueden ser respondidas por el derecho sin acudir a otros saberes; pero sí es viable poner estos temas sobre el tapete para invitar a reflexionar sobre las intervenciones de los organismos administrativos y judiciales, tarea necesaria para la propuesta de prácticas que eviten estos (en ocasiones, nuevos) abandonos.

En tercera instancia, se requiere un breve análisis sobre la responsabilidad que cabe a las personas adultas que desisten de la pretendida adopción. Si bien es cierto que no se puede imponer el afecto, involucrados los derechos de NyA, las decisiones deben ser tomadas con responsabilidad y conciencia. Bien sabido es que la existencia de un consentimiento libre exige la información previa prestada por el Estado y que se trasluce en la obligación de garantizar las instancias necesarias de formación e información para quienes decidan transitar el proceso adoptivo.

La ausencia de sanción explícita en estas situaciones no exime a la justicia de resoluciones. En una interpretación coherente del ordenamiento jurídico, se encuentran decisorios que imponen el mantenimiento de obra social o la fijación de cuotas alimentarias.²⁶

Las respuestas judiciales tienden a brindar algo de reparación a la ruptura intempestiva del vínculo afectivo y al nuevo abandono que sufre esa persona menor de edad cuando la declaración en situación de adoptabilidad sucede a la resolución de una medida de protección excepcional. Especialmente, debe ponderarse que la frustración de los vínculos afectivos no afianzados se suma a un pasado y un futuro de sufrimiento.

En este sentido, la crisis presente no solo revive en el NoA la separación de sus orígenes y en ocasiones su institucionalización, sino que también precede al regreso al centro residencial y, en honor a la cruda verdad, en gran parte de las situaciones, sentencia a muerte toda posibilidad de adopción futura.

4.4. Deber alimentario derivado de la responsabilidad parental pese al desplazamiento filial

La Cámara confirma la resolución que admite la impugnación del reconocimiento de la paternidad de una niña y que dispone que:

(...) tanto la madre biológica como el actor arbitrarán los medios tendientes a mantener y/o garantizar a la menor una cobertura de obra social que le permita afrontar las necesidades especiales de atención de su salud en virtud de la discapacidad que presenta.²⁷

En el caso referenciado, se impone al impugnante de su paternidad la obligación de garantizar a la niña, cuya filiación se desplaza, la cobertura de la obra social. Las sentencias de ambas instancias se sustentan en la socioafectividad, a la que definen como “(...) aquel elemento necesario de las relaciones basadas en hechos conjugados con el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo”. Los decisorios entienden que quien ha ostentado el título de verdadero padre, por un

²⁶ Cámara Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala I, “M. C. L. y otros s/adopción”, 28/12/2020. Cita: MJ-JU-M-131382-AR. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, Sala I, “L. M. A. y otro s/ adopción — acciones vinculadas”, 29/09/2015, Id SAIJ: FA15010088.

²⁷ Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, Sala III, “G. P., V. S. c. O., C. V. s/ ordinario - impugnación de paternidad”, 20/02/2017, AR/JUR/137/2017.

reconocimiento voluntario que él mismo realizara, no puede de modo instantáneo apartarse de la vida de quien ha sido en los hechos su hija durante años.

Si se atiende a la particular situación de vulnerabilidad de la niña, por su edad y discapacidad, no resulta procedente, desde el bloque convencional, la pretensión de que automáticamente cesen para el actor todas las obligaciones parentales en mérito a la inexistencia de nexo biológico. Si para las/os progenitoras/es afines el CCyC establece la obligación de continuar con la responsabilidad alimentaria tras la ruptura del matrimonio o de la convivencia cuando dicho cese pueda generar un grave daño al NoA, con más razón corresponde en este supuesto, a los fines de garantizar la continuidad de la atención integral sanitaria hasta tanto madre y padre biológico (con el apoyo del Ministerio Público de la Defensa y del Estado si fuera necesario) en un tiempo prudencial puedan asumir la exclusiva responsabilidad sobre su hija, no disrumpir su tratamiento.

Tal como ya se afirmó, (De Lorenzi M., 2018):

(...) el interés superior del NNA puede definirse como aquel principio jurídico garantista, imperativo y vinculante erga omnes cuya función principal y razón de ser es la de sostener sus derechos, para lo que se erige en directriz y norma de interpretación de las políticas públicas y los conflictos jurídicos, respectivamente.

Desde esta perspectiva, sin perjuicio del “pasotismo estatal”,²⁸ la solución dada al caso resulta acertada y plausible en virtud del reconocimiento que ella brinda a la solidaridad familiar.

4.5. Obstaculización al contacto con la familia ampliada

(...) la desvinculación de las figuras afectivas de referencia de un niño (...) es de un gran costo emocional, pues supone la brusca desaparición de una habitualidad, de una cotidianidad, de ritmos y expectativas de los vinculantes que los obliga a un trabajo psíquico mayor ante la pérdida del contacto con los abuelos.²⁹

Al hablar de amor, afecto y complicidad en los vínculos, adquiere protagonismo el rol que desempeñan las/os abuelas/os en la vida de NyA. En muchas ocasiones –más de las esperadas–, esta relación se ve teñida por los conflictos, discusiones y falta de comunicación entre las/os adultas/os, afectando ese lazo tan importante en la vida de las personas menores de edad.

²⁸ No puede ignorarse que la resolución “(...) pone sobre la mesa un problema ya antiguo y lamentablemente estructural, como es la ausencia del Estado en la garantía de los derechos y prestaciones fundamentales de las personas. Es a costa de esta asumida discapacidad del Estado administrador que la justicia avanza hacia el reconocimiento de la pluralidad” (De Lorenzi, 2018).

²⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires, Sala J., “S., C. D. y otro c/ A., E. D. s/ Régimen de comunicación”, 17/11/2020, AR/JUR/57020/2020.

A modo de ejemplo, se presentan dos resoluciones de segunda instancia que resuelven el reclamo por el régimen de comunicación planteado por las/os abuelas/os, ante el impedimento opuesto por las progenitoras de Valentín y Mariano, respectivamente, con fundamento en los perjuicios a la salud mental que el mismo generaba en ellos (art. 555 CCyC).

En el primer caso, resuelto en 2020, la madre de Valentín recurre el régimen de comunicación supervisado, dispuesto tres veces al mes y diferenciado de los encuentros con el padre, con fundamento en la historicidad de violencia y conflictiva intrafamiliar paterna. La Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones (2020)³⁰ entiende que “(...) el derecho que asiste a los abuelos a tener contacto con los nietos encuentra su fundamento en elementales principios de derecho, en la necesidad de mantener la solidaridad familiar y proteger los derechos legítimos que derivan de estas relaciones (...)”. De ello emerge que aquel “(...) no puede limitarse ni negarse sino por razones valederas que evidencien que la relación entre abuelos y nieto es nociva para este último (...)”. De lo contrario, dicha vinculación debe entenderse altamente positiva y conducente al interés superior de Valentín.

Desde que es un deber de las/os progenitoras/es “respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tengan un vínculo afectivo” (art. 646 CCyC), debe entenderse que aquellas/os:

(...) carecen de la prerrogativa de privar a sus hijos de la riqueza que tales valores comportan, en tanto se verifica la necesidad de que ellos sientan y perciban lo que es la solidaridad familiar y cómo se protegen los legítimos afectos que derivan de ese orden de relaciones (...).

La Cámara remarca la importancia de deslindar los conflictos existentes entre adultas/os del derecho que le asiste a Valentín a mantener un vínculo afectivo con integrantes de la familia paterna; haciendo primar su interés superior. Desvincular al niño de sus figuras afectivas de referencia “(...) es de un gran costo emocional, pues supone la brusca desaparición de una habitualidad, de una cotidianeidad, de ritmos y expectativas (...)”. No puede avalarse “la ruptura de un vínculo con características fundacionales de identidad (...)” entre las/os nietas/os y particularmente de las/os más pequeñas/os y sus abuelas/os que resulta beneficioso para su crecimiento y desarrollo espiritual, en “(...) la trasmisión de la historia familiar, su formación general y experiencia de vida”.

En un caso de características similares, un tribunal neuquino³¹ rechaza la oposición de la progenitora de Mariano al régimen de comunicación de este con su

³⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires, Sala J., “S., C. D. y otro c/ A., E. D. s/ Régimen de comunicación”, 17/11/2020, AR/JUR/57020/2020.

³¹ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial Laboral y de Minería de la 1ª Circunscripción Judicial de la provincia de Neuquén, Sala II, “L. C. H. E. c/ S. J. A. s/ Régimen de Comunicación”, 22/12/21. [fallo-regimen-comunicacion-abuelos.pdf \(errepar.com\)](#), última consulta: 08/09/2022.

abuela paterna por afectación grave a su salud psicoemocional. Además de negar haber incumplido las resoluciones dictadas, la apelante aduce que no se ha evaluado el material probatorio y que el régimen dispuesto judicialmente –y propuesto por el equipo interdisciplinario– no es el adecuado para la salud de su hijo.

La sentencia avala la actuación en primera instancia entendiendo que en ella se evaluaron debidamente las dificultades que manifestara la progenitora para permitir el contacto. Se concluye de manera tajante que el riesgo para Mariano deviene de la disputa entre sus progenitoras/es, y no por los encuentros que pueda mantener con su abuela paterna, relación eventualmente beneficiosa en el marco de tanta conflictiva. Por todo ello, se resuelve a favor de la procedencia de un régimen de comunicación provisorio y progresivo.

4.6. Pluriparentalidades

María ha construido su identidad junto a los Sres. Carlos, Franco y Amanda, significando también a los jóvenes Ismael, Darío, Luis y Pablo como sus hermanos. Dicha familia la ha cobijado a María y le ha dado entidad, estructura y estabilidad, le ha brindado la oportunidad de encontrar su lugar en el mundo: se ha construido día a día un vínculo familiar real, palpable y basado en el afecto.

(...) debo reflejar y reconocer la realidad familiar presentada, puesto que no se puede forzar la desintegración de lazos afectivos consolidados en pos de ceñirme a una prohibición legal.³²

Las situaciones de pluriparentalidad han llegado a la justicia con planteos dirigidos a sortear la limitación del art. 558 *in fine* del CCyC de que “(n)inguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación” y obtener así reconocimiento jurídico. Este fenómeno, enmarcado en el amplio abanico de diversidades familiares que la autonomía personal despliega, viene a poner en cuestionamiento el “cupó” de padres y/o madres posibles (Nanclares Valles, 2008). Este hace referencia a la relación social, afectiva y real en la que más de dos personas ahíjan a un NoA y que puede o no tener reflejo en un emplazamiento legal.³³

Los casos que se han presentado en nuestro país –en el ámbito administrativo y judicial– persiguen el reconocimiento de una “plurifiliación”, en su modalidad de “triple filiación”, a los fines de lograr la determinación del estado de familia a partir de más de dos vínculos parentales con todos los efectos que el ordenamiento jurídico le atribuye.³⁴ Dichas pretensiones conmocionan por igual a las diferentes clases

³² Juzgado de Familia Nº 3 de Córdoba, “F., F.C. – V., A.F. - F., C.A. – Adopción”, 18/02/2020. <https://drive.google.com/file/d/1uMzI5tLJyG-SWRauvGnnigCVTa4zarpy/view>, última consulta: 08/09/2022.

³³ Así se ha definido previamente, entre otros, en De Lorenzi, Mariana. (2017). La aritmética de la filiación: Cuando no hay dos sin tres, pero tres son multitud - El imperativo real de la pluriparentalidad. *RDF* 79, 17/05/2017, 227, AR/DOC/3561/2017.

³⁴ En sentido similar, Silva afirma que: “ (...) la triple filiación se inserta en el fenómeno socio-cultural y familiar en ascenso de la pluriparentalidad, es decir, aquellas familias en las cuales más de dos personas deciden ser los progenitores de un niño de manera conjunta, apartándose del principio rector sobre el cual descansa todo el andamiaje

filiales (adoptiva, por naturaleza o por TRHA) y, recientemente una resolución rosarina considera a la socioafectividad "(...) como cuarta causa fuente de la filiación, diferente a las ya enumeradas en la legislación vigente (...)".³⁵

El recorrido jurisprudencial muestra que la pluriparentalidad puede ser resultado del diseño de un proyecto compartido entre las personas adultas (pluriparentalidades "proyectadas", "de origen", "originarias" o "*ab initio*" como revelarse con posterioridad, durante el desarrollo de la vida familiar, por circunstancias de lo más variadas, poniendo en jaque la filiación determinada de forma única o binaria.

La presencia o ausencia de afectividad es la bisagra que determina las decisiones judiciales. El apego en la vida personal, familiar y social de un NoA es la unidad de medida para la aceptación o rechazo por la justicia de la pretensión de plurifiliación. En efecto, los pronunciamientos favorables (vía la declaración de inconstitucionalidad o inaplicabilidad del art. 558 *in fine* del CCyC) reposan en la demostración de la existencia de socioafectividad en el caso; del mismo modo que las denegaciones descansan en la falta de prueba de ella.

Así, por ejemplo, el Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nº 77, en 2019,³⁶ rechaza la acción de amparo interpuesta por el padre biológico y el pretense progenitor por voluntad procreacional solicitando se ordene inscribir el reconocimiento de filiación del último respecto al niño nacido por una inseminación casera, incorporándose el mismo en la partida de nacimiento junto con los dos polos filiales por naturaleza establecidos previamente.

Afirma la jueza que:

(...) no se ha acreditado la conveniencia para el niño, quien no ha mantenido vínculos afectivos hasta el momento con su padre y menos aún con el esposo de éste. Los conflictos interpersonales que atraviesan los involucrados están representados en doce (12) expedientes en trámite.

jurídico filial argentino (...)". Silva, Sabrina A. (2016). La triple filiación instalada en el escenario jurídico. Sobre cómo interpretar sus efectos jurídicos en el campo de la responsabilidad parental. En *Letra Derecho Civil y Comercial*, año I, nro. 2, p. 110). Para profundizar sobre las diferencias entre pluriparentalidad, plurifiliación y coparentalidad, véase: De Lorenzi, Mariana. La aritmética de la filiación..., Ob. cit.; y para hacerlo en las distinciones realizadas desde la antropología puede consultarse Grau Rubio, Claudia y Fernández Hawrylak, María. (2015). Relaciones de parentesco en las nuevas familias. Disociación entre maternidad/paternidad biológica, genética y social. *Gazeta de Antropología*, vol. 31, nro. 1.

³⁵ Tribunal Colegiado de Familia Nº 7 de Rosario, "G.M.M c/ M.M.R. y Otros s/ Filiación", 19/08/2022, Inédita.

³⁶ Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nº 77, "A., N.R. y otros y otro c. GCBA y otros s/ Amparo", 16/07/2019, AR/JUR/26167/2019.

Ante ello, mantiene la filiación biológica establecida, sin perjuicio del vínculo socioafectivo que puedan construir en el futuro el niño y el cónyuge de su progenitor como pariente afín.³⁷

En sentido contrario, la presencia constatada de un nexo parento filial sustentado cotidianamente en los afectos y cuidados es motivadora de resoluciones que disponen la triple filiación.

De tal modo, una sentencia cordobesa de 2020, otorga la adopción plena de María, de aproximadamente 10 años de edad, a favor de tres personas: una mujer, el hombre con quien se encontraba unida en matrimonio al iniciar la guarda con fines de adopción y su actual cónyuge.³⁸ En ella se reconoce que Amanda, Franco y Carlos ocupan un lugar de figuras parentales protectoras, lo que favorece la sensación de seguridad de María, quien:

(...) ha instaurado a los guardadores como su mamá y su papá, no solo en su referencia verbal, sino también en su respuesta frente a ellos en el orden afectivo, en la puesta de límites y en las demandas de toda índole que les solicita. Lo importante es ese nuevo vínculo que se forja, y en ese sentido, el deseo de la niña de poder insertarse de manera definitiva en esa familia tal como lo ha expresado en forma personal (...) manifestando su deseo de ser adoptada por sus referentes afectivos en pleno ejercicio de su autonomía progresiva (...).

También la justicia tucumana, en el conocido “Caso Juli”³⁹ de 2020, hizo hincapié en “(l)a relevancia de la filiación socioafectiva” y la necesidad de valorar el amor como elemento constitutivo de la función paterna tanto de Jorge como de Roberto. Con el fin de reforzar la familia de Juli en su constitución pluriparental devenida de la filiación socioafectiva-biológica-origenaria y garantizarle su derecho a crecer en esa familia, dispone el emplazamiento paterno de Roberto sin desplazar a Jorge, en resguardo del “(...) derecho a la dignidad personal de Juli (...)” y “(...) a ‘no elegir entre sus papás’ (...)”.

La magistrada considera que el mejor interés de Juli:

(...) se sintetiza en: a) reconocer y garantizar su derecho a mantener los dos padres que en la vida personal (íntima y familiar) tiene y disfruta; b) reconocer que es un derecho de Juli filiarse como hija de Jorge por el vínculo afectivo y legal que los ensambla, e hija de Roberto por el vínculo

³⁷ También recurre a esta figura del progenitor afín la suprema corte de la provincia de Mendoza en los autos “R, G.M c/ C.M., L.P.YA., M.E. p/ Impugnación de filiación y nulidad de reconocimiento”, 31 de marzo de 2022, Inédito.

³⁸ Juzgado de Familia N° 3 Córdoba, “F., F.C. – V.A.F. - F.C.A. – Adopción”, de 18/02/2020, https://drive.google.com/file/d/1uMzI5tLIyG_SWRauvGnnigCVTa4zarpy/view, última consulta: 08/09/2022.

³⁹ Juzgado Civil en Familia y Sucesiones de la Única Nominación de Monteros, “L.F.F. c/ S.C.O. s/ Filiación”, de 07/02/2020, AR/JUR/132/2020.

biológico y afectivo que también los ensambla; c) proteger la familia de Juli en la forma que está conformada y los vínculos jurídicos biológico-afectivos que los ubica en esa (su) relación paterno/filial; d) abstener al Estado de cualquier injerencia ilícita en su vida privada so pretexto de aplicar normas internas en vigencia que impliquen transgredir el máximo bienestar de la niña, y, en consecuencia, vulnerar los estándares convencionales dominantes.

Si se sigue la misma línea de pensamiento, un fallo de la ciudad de Córdoba del corriente año⁴⁰ hace lugar al pedido de triple filiación formulado por Marcos respecto de Soledad con quien, pese a ostentar filiación paterna (Lucas) y materna (Rita), le une un fuerte vínculo socioafectivo, la considera como una hija tras haberla criado como tal desde los ocho meses y durante más de dieciséis años y se encuentra plenamente integrada a todos sus afectos, espacios familiares y redes sociales. Esto se da un contexto en el que el actor define su cooperación, solicita su emplazamiento filial como complementario al de los progenitores biológicos,⁴¹ conforme la opinión, deseo y autonomía de la adolescente.

En autos, constan una serie de actos que no solo dan cuenta del lazo afectivo sino también del compromiso, afecto, solidaridad y apego de Marcos en el cuidado de Soledad, quien desde los hechos ha ejercido la responsabilidad parental de un modo cabal y comprometido. La trascendencia de Marcos como referente afectivo de Soledad queda expuesta en diversas situaciones señaladas en el expediente en numerosos ámbitos de su vida como el familiar,⁴² educativo,⁴³ recreativo,⁴⁴ sanitario,⁴⁵

⁴⁰ Juzgado de Familia N° 3 Córdoba, “E.,M.M c/ A.,R.D.V y Otro s/ Acciones de filiación”, de 11/04/22, Inédito.

⁴¹ Marcos durante siete años fue su progenitor afín y pese a su ruptura con la progenitora siempre ha manifestado el deseo de mantener el vínculo con Soledad. Esto, avalado por los progenitores, se evidencia en tres acuerdos homologados judicialmente. A partir de una situación de violencia ejercida por la progenitora contra Soledad, se dispone el cambio de cuidado a favor del padre, ampliándose el régimen de comunicación respecto a Marcos. Este hecho fortaleció el vínculo entre ellos al punto que, durante los tres años previos a la sentencia comentada, Soledad decide convivir con Marcos y mantener un régimen de comunicación con sus progenitores.

⁴² Como expresa la autoridad judicial “(...) no puede ignorarse que desde mucho antes de la presente acción y aún en la actualidad, el Sr. Estévez se comportó y comporta como un verdadero padre (...); la cuida y ostenta su cuidado personal con residencia principal en su domicilio y convive con él desde hace más de tres años por propia decisión (...)”; “(...) a pesar de la separación con la progenitora procuró mantener el nivel de vida de que gozaba la niña durante la vida en común, “(...) le proporciona los alimentos necesarios para su subsistencia (...) y todos aquellos que se suceden en el devenir cotidiano de su vida. Todo ello se complementa con la integración de Soledad en el entorno familiar y social de Marcos.

⁴³ En la decisión, se señalan dos situaciones que “(...) sirven como ejemplo y dejan en claro que ha participado activamente en su proceso educativo. Una, el pago ininterrumpido de las cuotas escolares como mínimo desde julio de 2015. Otra, el hecho de que, en el año 2018, cuando Soledad tuvo un inconveniente en el colegio al que asiste, la joven solicitó expresamente a la directora del colegio que por favor se llamara al (...) (padre afín), a quien ella refiere como su padre del corazón. En esa oportunidad, la directora del colegio secundario puso en evidencia que era él quien firmaba las distintas notificaciones escolares y asistía a las reuniones convocadas por la escuela”. Asimismo, se destaca que Marcos ha procurado “(...) el bienestar y la superación personal de la joven tratando de que adquiriera las herramientas necesarias para que en un futuro pueda auto sustentarse. Así, a modo de ejemplo requirió autorización judicial para que la joven pudiera hacer efectivo su derecho de irse de viaje a Londres para participar de una experiencia multicultural”.

⁴⁴ Se señala que “(...) los momentos de recreación y acompañamiento a los espacios de distensión compartidos han quedado sobradamente acreditados con las autorizaciones otorgadas por los progenitores a favor Soledad y Estévez, para que, juntos, pudieran ingresar y salir de país (...)”.

⁴⁵ Se pone énfasis en que “(...) a expensas del señor Estévez, (...) rápidamente se consultó a una profesional especializada (psiquiatra infantil) para conocer sobre el estado emocional de Soledad, es decir, considerar sus necesidades específicas (...)”.

etc., poniendo siempre “(...) a Soledad y su interés, desde un primer momento, por encima de los suyos (...)”⁴⁶ y siendo un puntal fundamental en la relación de la adolescente con sus progenitoras/es y hermanas/os unilaterales y en el respeto y escucha de su opinión por todas/os.

En definitiva, expresa la jueza que entre Marcos y Soledad se ha construido a lo largo del tiempo una relación paterno filial socioafectiva merecedora de reconocimiento legal, como “padre e hija por elección”, prodigándose mutuo afecto como “(...) base de su relación familiar que no puede ser desconocida ni por la sociedad ni por el Estado y menos aún por esta magistratura”.

Como puede derivarse de las resoluciones analizadas, en la interpretación judicial de la limitación legal del art. 558 *in fine* del CCyC, la socioafectividad deviene crucial, entendiéndose por tal:

(...) un tipo de vínculo que no se afina ni en la consanguinidad, ni en ningún tipo de fuente filial, sino en la presencia, en el compartir una vida cargada de experiencias conjuntas, de vivencias plenas, que edifican a la persona como verdadero hijo o hija de aquel con quien pudo compartir esas vivencias, sintiéndose plenamente identificado con el amor que aquel le brindó y con el que él o ella pudo brindarle a modo recíproco, construyendo así un verdadero lazo familiar indisoluble, e imposible de ser invisibilizado por la interpretación estática y fría de la letra de ninguna norma vigente en un Estado de derecho, respetuoso de las garantías contenidas en los pactos y tratados internacionales a los que, con su suscripción, se obligó a hacer cumplir y respetar.⁴⁷

La significancia de los vínculos afectivos en la vida diaria de los NoA se proyecta tanto dentro como fuera del grupo familiar: “(...) y es allí cuando el hacer judicial y el ordenamiento jurídico son interpelados para dar respuestas que respeten esas construcciones de la realidad sociofamiliar”.⁴⁸

⁴⁶ La acompaña en su proceso educativo no solo formal, sino también informal (...). De hecho, destaca la judicante que Marcos “(...) rápidamente acudió a la jurisdicción para que se homologara un acuerdo con los progenitores biológicos, centrado fundamentalmente en un régimen comunicacional que le garantizara una relación durante la semana, con fines de semana, y vacaciones tanto en verano como en invierno”.

⁴⁷ Juzgado de Familia y Sucesiones de la 5ª Nominación de Tucumán, “G., J. M. c. G., O. D. y otro s/ Filiación”, 04/06/2021, AR/JUR/68820/2021.

⁴⁸ Juzgado de Familia de San Cristóbal, “P., R. R. vs. I., N. V. y otros s. Impugnación de filiación matrimonial y reclamación de filiación”, 14/03/2022, RC J 1934/22.

4.7. Prácticas de reproducción caseras

“Su existir (un hecho jurídico) genera polémica, obliga a recorrer este camino (legal) para que esa suerte sea el destino que... conmueva lo necesario para reivindicar su dignidad”.⁴⁹

Una práctica de incipiente presencia en la realidad social argentina que no recibe previsión explícita en el ordenamiento jurídico –encontrándose por tanto en la situación ya referida como de *alegalidad*– es la de las técnicas de reproducción caseras.

Se consideran tales a aquellos usos que tienen como base acuerdos particulares tendientes a obtener un embarazo a espaldas de los requisitos y exigencias legales y que debido a esa privacidad se caracterizan como *caseros* o domésticos (De Lorenzi & Cappella, 2019) (De Lorenzi M., 2020). Estas son conocidas como “TIC” (Técnicas de Inseminación Caseras), aunque la denominación Técnicas de Reproducción Caseras parece más adecuada al permitir comprender dos posibles fenómenos: i) la *inseminación intravaginal* de una persona que presenta voluntad procreacional (sola o en pareja) con semen de un tercero (conocido o anónimo), quien carece de cualquier deseo al respecto y cuya actuación se limita a donar su material genético; y ii) la *gestación por sustitución* a partir del pacto por el cual una mujer, sin voluntad de materner, es fecundada con los gametos de quien (solo o en pareja) presenta el deseo de afiliar al/la niño/a que pudiera nacer.

Se entiende que se trata de una TRHA por ser un recurso dirigido al logro de un embarazo no obtenido por la vía natural del acto sexual, con la particularidad que esta se realiza en un ámbito que queda fuera del control médico legal dispuesto por la Ley 26862. El vínculo biológico, como fuente de la filiación por naturaleza, encuentra sustento en el coito, supuesto de hecho que al faltar en el caso en estudio hace inoperantes las reglas previstas en el CCyC para aquella.⁵⁰ Del mismo modo, la ausencia de mediación de un centro médico especializado, conforme lo dispuesto en la ley especial, no permite aplicar las pautas civiles sustentadas en la existencia de un consentimiento informado aquí inexistente.⁵¹ Es así que, las personas nacidas de estos procedimientos no solo quedan fuera de la órbita de la filiación por naturaleza sino también de la filiación por TRHA, esto afecta su derecho a la identidad, al quedar inciertos diferentes aspectos: identificación, filiación, nacionalidad, nombre, etc.

Ello explica que se hayan presentado ya algunos antecedentes en nuestro país, aunque de momento solo respecto a las inseminaciones caseras.⁵² El primero que

⁴⁹ Juzgado de Familia y Sucesiones Única Nominación de Monteros, “A., M.L. y P.M.S. s/ especiales (residual)”, 02/02/2022, AR/JUR/7867/2022.

⁵⁰ Capítulos 3 a 8 del título V del libro 2 del CCyC.

⁵¹ Capítulo 2 del CCyC. conforme al art. 2 de la Ley 26862, los procedimientos y técnicas regulados por dicha ley son los de reproducción médicamente asistida, de allí que la ley y su decreto reglamentario hablen de “técnicas de reproducción médicamente asistidas”, al entender que son aquellas practicadas en “establecimientos sanitarios habilitados” al efecto (art. 4 de la Ley 26862) que conforme al Decreto 956/2013 deben encontrarse registrados.

⁵² Respecto a la gestación por sustitución, existe un antecedente reciente en Canadá que deja en descubierto las complejidades que estas prácticas presentan en los hechos y la situación de desprotección en que se encuentran las personas así nacidas. Se recomienda la lectura del fallo, así como de su comentario: Suprema Corte Columbia Británica, “K. B. c. M. S. B. y N. B. B.”, de 30/06/2021, AR/JUR/187058/2021, con nota de De la Torre, Natalia y

toma estado público tiene lugar en Entre Ríos (2017) y se resuelve en el ámbito administrativo. La Dirección del Registro de esa provincia hace lugar al pedido de inscripción materna conjunta del niño nacido por este procedimiento doméstico con espermatozoides de un donante conocido con los apellidos de ambas mujeres.⁵³ No obstante, dispone que previo a proceder a la registración, el aportante comparezca y, tras ser informado de los límites de la última parte del art. 558 del CCyC, preste declaración jurada de los datos de interés que hacen a su identidad y a su salud como información relevante para la vida del niño.⁵⁴

La funcionaria expresa atender a la vasta prueba que acredita la voluntad procreacional y el proyecto parental de las solicitantes; las normas de rango constitucional que reconocen el interés superior del niño y “el derecho a la identidad de estos, identidad como un todo y no solo como nombre”; así como al dictamen favorable del defensor interviniente.⁵⁵

Una plataforma fáctica similar se plantea en CABA (2018) y es resuelta por la justicia ante el rechazo registral, lo que lleva a la medida cautelar individual y ordena, al RECCP, completar de manera provisoria la inscripción igualitaria de comaternidad del niño.⁵⁶ La magistrada entiende la existencia de voluntad procreacional de la madre no gestante, formalizada mediante declaración jurada firmada ante autoridad notarial, así como la ausencia de voluntad procreacional de quien aportó el material genético. Comprende que aquella manifestación se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el art. 562 del CCyC, estima que de no hacerse lugar al pedido “(...) podría considerarse vulnerado el derecho a la igualdad y a la identidad de J. y de todos los derechos que por añadidura le corresponden”; pues, “(...) al ser hijo matrimonial se lo estaría privando de la completa identidad que la presunción legal establece (...)”.

Más recientemente, una resolución tucumana (2022), ordena la inscripción del nacimiento del niño y del emplazamiento de la comaternidad a favor de dos mujeres que se encuentran en una relación de convivencia desde el año 2019 y que, en virtud

Silva, Sabrina A. Interés superior del niño/a y perspectiva de género(s). Algunos retos del derecho filial contemporáneo. En *RDF 2022-I*, 294, *La Ley* AR/DOC/3637/2021.

⁵³ Dos mujeres de Santa Elena hicieron una inseminación casera y pelean para anotar al bebé como hijo de dos mamás. En *Análisis Digital*, 18/07/2017. <http://www.elojomiradordelapaz.com.ar/2017/07/dos-mujeres-de-santa-elena-hicieron-una.html>, última consulta: 08/09/2022. Véase, asimismo: Matrimonio igualitario e inseminación casera en Santa Elena: no pueden anotar a su bebé. En *Noticias Villaguay*, 20/07/2017. <http://noticiasvillaguay.com.ar/matrimonio-igualitario-e-inseminacion-casera-en-santa-elena-no-pueden-anotar-a-su-bebe/>, última consulta: 08/09/2022.

⁵⁴ Se tuvo acceso a la Resolución comentada gracias a la colaboración de la entonces directora del Registro de Estado Civil y Capacidades de las Personas de Entre Ríos, Vanesa Visconti, quien tuvo la amabilidad de facilitárnosla para ser empleada con fines académicos.

⁵⁵ El defensor considera que debe exigirse una “declaración jurada del donante” respecto a su condición de tal y de ser ajeno al proyecto procreacional, ya que es improcedente una privación ilegítima de la filiación paterna, así como de los datos relativos a su identidad, su salud y demás que pudieran eventualmente ser de utilidad como información para la vida del niño. A fin de evitar que este último pueda verse sorprendido en el futuro con eventuales planteos filiales, entiende que el donante debe ser anoticiado de las especiales circunstancias del caso y de los límites del art. 558, última parte, del CCC.

⁵⁶ Juzgado N° 19 en lo Contencioso-administrativo y Tributario de CABA, “Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans (FALGBT) y otros contra GCBA y otros sobre Amparo”, 09/11/2018, *La Ley* AR/JUR/58217/2018.

de su voluntad procreacional, recurren a una inseminación casera con donante anónimo.⁵⁷

La jueza avizora que la reticencia registral vulnera –entre muchos otros– los derechos del niño a la identificación, inmediata inscripción, nacionalidad, salud y gozar de los beneficios sociales al impedirle ser beneficiario de la obra social de la co-madre. Considera que tal denegatoria carece de todo fundamento ético, moral y jurídico y que la probable exigencia de que se denuncie el nombre del padre o se identifique al donante sería absolutamente infundada desde que tales requisitos de la fuente filial no se exigen en los supuestos de tratamientos médicamente asistidos. Se trata asimismo de un requerimiento discriminatorio, y por tanto arbitrario, irrazonable y contrario al interés superior, respecto a otras progenitoras no unidas en matrimonio a quienes no se les exigen tales recaudos.

Sin perjuicio de las diferencias que la letrada destaca que existen entre las TIC y las TRHA, asevera que también en las primeras la voluntad procreacional es el elemento central determinante de la filiación. Este se considera acreditado durante todo el proceso de la concepción y posterior nacimiento del niño, a partir de los testimonios aportados, el informe social acompañado, las entrevistas con las madres y el certificado de nacido vivo.

De las decisiones analizadas resulta que conforme a una interpretación de los casos a la luz de los arts. 1 y 2 del CCyC, la filiación en los supuestos comentados deviene de la voluntad procreacional en cuanto elemento fundante de la socioafectividad proyectada desde antes de la práctica particular realizada. En este contexto es irrelevante el modo empleado para que una/un niña/o forme parte de una determinada familia si existió un proyecto de vida previo con voluntad de procrear, a partir del que se han ido forjando indefectiblemente lazos afectivos que deben ser resguardados por el derecho.

Debe reconocerse que la falta de regulación de las TIC no solo genera inseguridad jurídica sino también una dificultosa respuesta estatal, generalmente tardía por los tiempos propios de los procedimientos (administrativos y judiciales). Este hecho es el que acaba poniendo en jaque el principio del interés superior del niño/a y el que de continuar presentándose imponga la reflexión y el debate sobre una futura respuesta legal; consideraciones aparte sobre la pertinencia o no de la participación médica como garante del control, acompañamiento y cuidados sanitarios necesarios.

4.8. Gestación por sustitución

(...) garantizar el interés superior implica proteger y asegurar el derecho del niño a gozar de una filiación acorde a su realidad existencial, y a la voluntad expresada

⁵⁷ Juzgado de Familia y Sucesiones Única Nominación de Monteros, “A., M.L. y P.M.S. s/ especiales (residual)”, 02/02/2022, *La ley* AR/JUR/7867/2022.

por todos los participantes de este proyecto familiar, en el que el niño es un integrante más (...).⁵⁸

Otra praxis atravesada por la socioafectividad, que parece haber venido ya para no marcharse, es la de la gestación por sustitución. Luego del traspie sufrido por el Anteproyecto de Reforma al Código Civil en su intento de regular esta figura, persiste una desidia legislativa que no ha logrado impedir la avalancha de casos que continúan presentándose ante la justicia y que hoy en día rondan la setentena. La falta de seguridad jurídica que el silencio legal provoca condena a todas las personas involucradas a un estado emocional y legal de incertidumbre; “limbo jurídico” del que solo pueden ser rescatadas hoy en día por la magistratura (De Lorenzi & Cappella, 2016).

En tal sentido, en forma casi unánime, se ha hecho justicia al priorizar el peso de los afectos de quienes emprenden este proyecto familiar por sobre la letra fría y rígida de la norma que dispone la determinación de la maternidad por el parto (art. 562 CCyC). Dos han sido los carriles por los que la jurisprudencia ha transitado con este destino: la declaración de inconstitucionalidad de dicho precepto o su inaplicabilidad e interpretación de la respuesta legal conforme a las pautas de los arts. 1 y 2 del CCyC. De esta manera, las decisiones tribunales determinan la filiación de las personas nacidas por estas TRHA a partir de la voluntad procreacional, emplazándolas conforme a un proyecto parental que debe considerarse amparado por el art. 19 de la CN.⁵⁹

Numerosos son los argumentos sobre los que descansan estas resoluciones,⁶⁰ pero su piedra angular es sin duda la voluntad procreacional. Además de actuar como fuente de la filiación se constituye en generadora de una socioafectividad que, en ocasiones, llega a los estrados demandando el reconocimiento jurídico de un estado parento filial consolidado.

Así se ha dispuesto que, en pos de tutelar los derechos emergentes del niño/a así concebida/o corresponde establecer lazos jurídicos con quienes han asumido el rol parental, brindando afecto y seguridad a esa relación familiar desde el día del nacimiento.⁶¹ De esta forma, se valora que el emplazamiento debe recaer en las personas que fueron y son responsables directa y efectivamente de su crianza,

⁵⁸ Juzgado de Familia N° 4 de Morón, “A.,P.Y. y Otro/a c/ A.,M.G. y Otro/a s/ Acciones de Impugnación de Filiación”, 05/03/2020, AR/JUR/17521/2020.

⁵⁹ “(...) Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

⁶⁰ Entre ellos, cabe mencionar el respeto al derecho a la identidad, la solidaridad y el altruismo, que se trata de una práctica permitida, la conformidad de las partes, principio pro persona, respeto y garantía de diversos derechos (a formar una familia, a su protección, a la vida privada y familiar, a la integridad personal, a la salud reproductiva, a la identidad, a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, etc.) y principios convencionales (interés superior, autonomía de la voluntad, igualdad y no discriminación –por la orientación sexual – discapacidad–, libertad, dignidad, etc.), la aptitud psicofísica de las/os intervinientes –y principalmente de la gestante–, la ausencia de cosificación y explotación, etc.

⁶¹ Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, “S. G. G. y otros s/ filiación”, 27/05/2016, AR/JUR/37971/2016. En el mismo sentido, Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 102, “C.,F.A. y otro c. R.S.,M.L. s/ impugnación de maternidad”, 18/05/2015, AR/JUR/12711/2015, Citar ABELEDO PERROT N°: AR/JUR/42506/2016; Juzgado de Familia N° 2 de Moreno, “S.P.,B.B. c. S.P.,R.F. s/ materia a categorizar”, 04/07/2016, AR/JUR/42506/2016; Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 8, “B.,B.M. y otro c. G.,Y.A s/ Impugnación de Filiación”, 20/09/2016, AR/JUR/70743/2016.

educación y sostenimiento.⁶² Estas circunstancias hacen al interés superior, complementándose con su derecho a la identidad.⁶³

Se entiende que resultaría un “(...) impacto emocional desfavorable que podría conllevar que el niño (...) siga portando una filiación con la que no se identifica (...)” cuando se encuentra inserto exclusivamente en el universo simbólico y afectivo de los comitentes, “(...) cohesionado por lazos afectivos fuertes y un relato común que coloca a ‘la verdad’ en primer plano”.⁶⁴ Hacer efectivo dicho principio “(...) supone identificar jurídicamente a las personas responsables de su educación, satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar, así como la posibilidad de que el niño crezca y se desarrolle en un entorno estable”.⁶⁵

Ahora bien, la mencionada resistencia a legislar esta figura es reflejo del rechazo sostenido por un sector social y jurídico que no hace sino reiterar el proceso por el que, a lo largo del tiempo, han debido atravesar diferentes formas familiares alejadas del estándar tradicional para finalmente conseguir reconocimiento. “La desaprobación a ciertos hechos genera como reacción la ‘negación’ (...)”, alejando la legalidad de la realidad y “(...) relegando un suceso de existencia objetiva, efectiva y verdadera al limbo jurídico (...)” (De Lorenzi M., 2020). Ello coloca a la persona nacida en una situación de alegalidad, pudiendo conducir, incluso, a una verdadera inexistencia legal que le anule deliberadamente en su condición de sujeto de derecho (De Lorenzi & Cappella, 2016). De este modo, “(l)os efectos derivados de las TRHA padecen del estupor que caracteriza a la parálisis legislativa; circunstancia que ha desplazado la responsabilidad a los jueces” (De Lorenzi & Cappella, 2016, pág. s/p), pasando a ser la alegalidad la consecuencia menos dañina que puede provenir de ese limbo jurídico. Así, el panorama es “(...) aún más preocupante (...) cuando la *alegalidad* conduce a la *ilegalidad*” (De Lorenzi & Cappella, 2016, pág. s/p).

Esto es lo que sucede en tres casos, a la fecha, pendientes de resolución ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que mantienen incierta por años la identidad de las/os niñas/os involucradas/os,⁶⁶ vulnerándose todos los derechos que de la misma devienen.⁶⁷

⁶² Juzgado de Familia de Gualeguay, “B.M.A. c. F.C.C.R. s/ ordinario”, 19/11/2013, AR/JUR/89976/2013. Son las/os testigos ofrecidos en la causa quienes remarcan “...que el niño T. se encuentra totalmente integrado al grupo familiar”, al decir que “...es una relación de familia, viven todos en la misma casa...”, de tipo “...afectuosa entre el niño T. y su hermana y entre ellos y sus padres”.

⁶³ Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 102, “C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad”, 18/05/2015, AR/JUR/12711/2015; Juzgado Nacional Civil N° 7, “A.R.,C. y Otros c/ C.,M.J. s/ Impugnación de Filiación”, 15/06/2016. <https://m.exam-10.com/pravo/38561/index.html>, última consulta: 08/09/2022.

⁶⁴ Juzgado de Familia N° 4 de Morón, “A.,P.Y. y Otro/a c/ A.,M.G. y Otro/a s/ Acciones de Impugnación de Filiación”, 05/03/2020, AR/JUR/17521/2020.

⁶⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, “S., M.D. y otros c. A., S. S. s/ Filiación”, 28/08/2020, AR/JUR/35471/2020.

⁶⁶ Las edades oscilan entre cuatro y siete años.

⁶⁷ Los casos llegan ante este tribunal en recurso de queja o el recurso extraordinario federal contra las sentencias dictadas por la Cámara Nacional Civil sala E (30/10/18), sala I (28/8/20), sala H (24/10/16 y 15/3/18), a instancias del Ministerio Público, en el sentido contrario al emplazamiento, en virtud de la voluntad procreacional en casos de filiación de gestación por sustitución; Citas: TR La ley AR/JUR/35471/2020) y TR La ley AR/JUR/5414/2018

Frente a los argumentos que avalan las resoluciones de rechazo,⁶⁸ la procuración general ha concluido favorablemente respecto a la gestación por sustitución y a la determinación de la filiación por la voluntad procreacional. En este sentido, los diferentes dictámenes consideran a la gestación por sustitución una práctica permitida por ley (art. 19 CN), a la sazón, único procedimiento del que disponen las personas y las parejas de igual o distinto sexo sin capacidad de gestar para tener hijas/os, por lo que debe ser garantizada en pos del principio de igualdad y no discriminación. Los intervinientes, en ejercicio de su autonomía personal, la cual debe ser celosamente custodiada de cualquier injerencia arbitraria del Estado, expresan libremente encauzar su voluntad procreacional a través de estas técnicas, luego de recibir detalladamente de manera clara, precisa y completa datos del tratamiento y sus consecuencias, que queda debidamente asentado en los consentimientos informados.

Se señala que, conforme a los principios generales del derecho y a la analogía, corresponde, en cuanto TRHA, dar preeminencia al elemento volitivo por sobre el componente biológico. En pos del interés superior de las/os niñas/os, se ha de resguardar su derecho a la identidad, garantizando su inmediata inscripción tras el nacimiento y la registración de los vínculos filiales acordes con la realidad, en protección de su derecho a la vida privada y familiar. Este no se vería resguardado si se instituyera a la gestante como madre –cuando nunca tuvo intención ni deseo de serlo– y se desconociera la condición de padre/madre de quien manifestó tal propósito. “De este modo, se tergiversaría la información esencial relativa a los vínculos jurídicos familiares que definen la identidad de la persona nacida a través de ese procedimiento”, afirma el Dr. Abramovich Cosarin. (2020)

Es de resaltar que estas situaciones que se encuentran a la espera de una respuesta judicial, el interés superior de esas/os niñas/os se ve vulnerado por la inacción del propio Estado. Si se deja de lado a salvo estos casos, debe notarse que la jurisprudencia ha seguido una línea clara en el sentido de preservar los vínculos afectivos brindando reconocimiento a la socioafectividad. No obstante, las soluciones individuales no otorgan la seguridad jurídica que la regulación específica de este tipo de técnicas requiere y quedan sin disiparse las dudas que la alegalidad conlleva.

5.- Palabras de cierre

El dinamismo con que se presentan los vínculos familiares en los que NyA forjan lazos afectivos conlleva a que, en muchas ocasiones, el derecho vaya detrás de lo acontecido, intentando brindar un marco legal a la situación particular. Esto se ha podido observar en los diferentes fallos jurisprudenciales citados, donde deben resolverse relaciones vinculares afectivas por ausencia legislativa o por conflictos planteados con la regulación existente.

⁶⁸ Entre ellos, la falta de planteo de la inconstitucionalidad del art. 562, la ausencia de laguna o vacío legislativo, debido a que la supresión de la figura del cuerpo civil está prohibida, el carácter de orden público de la determinación de la maternidad por el parto, la inaplicabilidad del art. 19, la lesión del bien común, la prohibición de los contratos sobre el propio cuerpo y la vulneración del interés superior del niño por la deliberada exclusión de la maternidad.

En este contexto, aparece trascendente la aplicación del interés superior del NoA como garante de la socioafectividad, constituyéndose en hilo conductor de la decisión a la cual se arribe. Como aval de los afectos, no puede recurrirse a este paradigma sin desarrollar su contenido en cuanto continente de aquellos derechos que deban resguardarse. Es tarea inexcusable de la autoridad brindarle significado, al exponer con claridad y profundidad, de qué modo se le garantiza en el caso concreto. No es suficiente su mera mención o cita lábil cuando el desafío es rescatar a los NyA del limbo jurídico al que la alegalidad les condena.

Resguardar el derecho a la vida familiar de NyA no se logra con la aplicación automática de las normas, sino que impone un reto superlativo como es enlazar el amor y el derecho. Cuando se toma conciencia de que se trata de resolver sobre la vida de un NoA, sopesada en los tiempos limitados, tiranos e interpelantes de la niñez y la adolescencia, la respuesta debe ser inmediata y justa. No puede ignorarse que, como afirma Carlos Ruiz Zafón (2001), “una de las trampas de la infancia es que no hace falta comprender algo para sentirlo” y que “(p)ara cuando la razón es capaz de entender lo sucedido, las heridas en el corazón ya son demasiado profundas”. No puede el derecho ser cómplice de esas laceraciones/de esos desgarros?, sino que debe garantizar el mandato convencional de que el NoA crezca “(...) en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”, con la conciencia de que “lo que uno ama en la infancia se queda en el corazón para siempre”.

Referencias bibliográficas

- Abromovich, V. (09 de 09 de 2020). *Fiscales.gob.ar*. Recuperado el 08 de 09 de 2022, de <https://www.fiscales.gob.ar/procuracion-general/solicitan-inscribir-como-hijo-de-dos-copadres-a-un-nino-concebido-mediante-ovodonacion-anonima-por-gestacion-por-sustitucion/>
- Archard, D. (2004). *Children: Rights and Childhood* (2da. ed.). Routledge.
- Basset, U. (2016). Cese intempestivo de la guarda preadoptiva: responsabilidad civil o alimentos? *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. ID SAIJ: DACF160483
- De Lorenzi, M. (2010). La voluntad parental ¿Cuánto vale el 'sí, quiero' para ser madre o padre? La autonomía de la voluntad en la reproducción humana asistida. En N. Lloveras, & M. Herrera. *El Derecho de Familia en Latinoamérica I* (pp. 721-723). Nuevo Enfoque Jurídico.
- De Lorenzi, M. (2015). *El derecho a conocer los orígenes biológicos – La necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos de reproducción humana asistida*. Recuperado el 08 de 09 de 2022, de Dipòsit Digital – Universitat de Barcelona. Recuperado: http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/96722/1/DE%20LORENZI_TESIS.pdf,
- De Lorenzi, M. (2018). El amor familiar, balsamo de las personas vulnerables. La solidaridad familiar al auxilio de los derechos fundamentales. En F. Lledó Yagüe, M. Ferrer Vanrell, J. Torres Lana, & M. Achon Bruñen. *Estudio sistemático de la ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*. Dykinson S.L. Recuperado el 08 de 09 de 2022.
- De Lorenzi, M. (2020). Gestación por sustitución. Silencios que gritan y derechos que interpelan. En G. Tavip, *Semanario Jurídico Especial - El Derecho de las Familias en el CCCN, tensiones y proyecciones actuales - Homenaje a Nora Lloveras* (págs. 51-58). Comercio y Justicia.
- De Lorenzi, M. (2020). Pluriparentalidades y reproducciones caseras. Por los andariveles de la inclusión y la pluralidad. En A. Kemelmajer de Carlucci, & V. Duran de Kaplan. *Práctica de las relaciones de familia y sucesorias. A un lustro del Código Civil y Comercial. Libro homenaje a la memoria de Nora Lloveras* (pp. 421-435). Rubinzal-Culzoni.
- De Lorenzi, M., & Cappella, L. (2016). Gestación por sustitución cuando el derecho habla el lenguaje del amor. *Revista Derecho de Familia, IV*, 136.
- De Lorenzi, M., & Cappella, L. (2019). Las 'TRHA domésticas'. Una realidad ¿silenciada? por el legislador. En De Lorenzi, Mariana. Pluriparentalidades y reproducciones caseras. Por los andariveles de la inclusión y la pluralidad. *Revista de Derecho de Familia, 1*, 295.
- Fama, M. (01 de 07 de 2009). Alcances de la participación de los niños y adolescentes en los procesos de familia. Recuperado el 08 de 09 de 2022 de [https://villaverde.com.ar/archivos/novedades/varios/011-fallo-coment-fama-salai-arts12cdn-27ley26061\(2\).doc](https://villaverde.com.ar/archivos/novedades/varios/011-fallo-coment-fama-salai-arts12cdn-27ley26061(2).doc).

- Freeman Michael. (1983). *The Rights and Wrongs of Children*. Dover N.H.: Frances Pinter.
- Herrera, M., & Molina De Juan, M. (2015). El derecho humano a tener una familia y el lugar de la adopción cuando fondo y forma se encuentran. En S. Fernández. *Tratado de Derechos de niños, niñas y adolescentes - La protección integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial (Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación)*. Abeledo Perrot.
- Imhoff, D., Marasca, R., Marasca, M., & Rodríguez, R. (2011). Pensar la participación sociopolítica infantil a partir de los paradigmas de infancia. *Ficha de Cátedra, Seminario Electivo No Permanente "Psicología Política"*. Recuperado el 08 de 09 de 2022 de <http://www.ocw.unc.edu.ar/facultad-de-psicologia/psicologia-politica/actividades-y-materiales/ficha-de-catedra-pensar-la-participacion-sociopolitica-infantil-a-partir-de-los-paradigmas-de-infancia>
- Kemelmajer de Carlucci, A. (08 de 10 de 2014). Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014. *La Ley, 2014-E*, 1267. Recuperado el 07 de 09 de 2022.
- Nanclares Valles, J. (2008). Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza. *Aranzadi civil* (7), pp.2243-2270.
- Ruiz Zafón, C. (2001). *The Shadow of the Wind*. (L. Graves, Trad.).
- Subsecretaría de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia de la Provincia de Santa Fe (SDNAF) vs. H. J. L. s. Medidas de protección excepcional - Solicitud de control de Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Santa Fe, Sala 2 22 de 05 de 2018. Recuperado el 07 de 09 de 2022

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.7618234>



Atribución – No Comercial (by-nc): Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales. Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales.