

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO XXI



TRABAJO FINAL DE GRADO (TFG)

Referente Afectivo: una novedosa respuesta a situaciones de vulnerabilidad del niño.

Noelia Yanina Carol Lugones

Abogacía

2018

Trabajo Final de Graduación

Agradecimientos

Al finalizar este trabajo quiero utilizar este espacio para agradecer a Dios por todas sus bendiciones, a mi abuelo Adelmo que ha sabido darme su ejemplo de trabajo y honradez, a mi esposo Ramiro por su apoyo incondicional y paciencia en este proyecto de estudio y a mi amiga Carolina quien no me permitió bajar los brazos a lo largo de este período de mi vida a través de su apoyo moral que me permitió permanecer con empeño y dedicación, y a todos quienes contribuyeron con un granito de arena para culminar con éxito la meta propuesta.

Trabajo Final de Graduación

Resumen

A lo largo de este Trabajo final de Graduación, se ha abordado la problemática que emerge, cuando en pos de respetar el vínculo biológico del niño, el derecho a la vinculación con los lazos paterno-filiales biológicos, esto es, el resguardo de “los vínculos con los progenitores” nos encontramos frente a un niño que se encuentra en estado de riesgo, muchas veces con estos vínculos biológicos. ¿Cómo se resguarda el estado jurídico vulnerable en que se encuentra el niño? Es allí donde encontramos como remedio a determinadas situaciones, la delegación de la responsabilidad parental, al referente afectivo, pariente afín, ordenada por el Juez.

Las controversias jurídicas que pueden surgir entorno al principio de familia mencionado supra -resguardar y fortalecer siempre los vínculos de contacto con su familia biológica- y el derecho de resguardo, seguridad física y psíquica de ese menor frente a esa realidad concreta y las situaciones de riesgo, son el punto de partida de mi inquietud por la temática seleccionada al considerar a los niños como sujetos de derecho sumamente vulnerables, lo que justifica por sí solo la relevancia de la temática seleccionada para este trabajo final de graduación.

Entonces el mundo del Derecho deberá legislar con suma claridad, la temática abordada para asistir a aquellos niños que aspiren continuar con los lazos afectivos que sin surgir de sus vínculos biológicos le brindan la contención de una “familia” a través de la figura del referente afectivo, sin que se vea coartado sus derechos por falta de una legislación adecuada.

Conceptos clave: Interés superior del niño, estado de vulnerabilidad, referente afectivo, delegación de la responsabilidad parental, guarda.

Trabajo Final de Graduación

Abstract

Throughout this Final Work of Graduation, the problem that emerges has been addressed, when in order to respect the biological link of the child, the right to the link with the paternal-filial biological ties, that is, the safeguard of "the links with parents "we are faced with a child who is in a state of risk, often with these biological links. How is the vulnerable legal status of the child protected? It is there where we find as a remedy to certain situations, the delegation of parental responsibility, determined by the Judge.

The legal controversies that may arise around the above-mentioned family principle - always safeguard and strengthen the contact links with their biological family - and the right of protection, physical and mental security of that child against that specific reality and risk situations , are the starting point of my concern for the selected theme when considering children as highly vulnerable subjects of law, which alone justifies the relevance of the subject selected for this final work of graduation.

Then the world of law should legislate with utmost clarity, the theme addressed to assist those children who aspire to continue with the affective ties that without arising from their biological ties provide the containment of a "family" through the figure of affective referent, without their rights being curtailed due to lack of adequate legislation.

Key concepts: Child's best interests, vulnerability status, affective referent, delegation of parental responsibility, guardianship.

Trabajo Final de Graduación

Índice

Introducción	6
Capítulo 1: Los Aportes Doctrinarios	10
1.1. El concepto de Derecho de Familia	11
1.2. Familia	13
1.2.1. Evolución	13
1.2.2. Regulación Jurídica de la Familia en el Derecho Argentino	16
1.3. Responsabilidad Parental	19
1.3.1. Terminología y Principios.	19
1.3.2. Titularidad y Ejercicio de la Responsabilidad Parental.	23
1.4. La Delegación de la Responsabilidad Parental. Clases.	24
1.4.1. Delegación de la Responsabilidad Parental a un Pariente	24
1.4.2. Delegación de la Responsabilidad Parental al Progenitor Afín	25
1.5. Conclusión	26
Capítulo 2: Interés Superior del Niño y Estado de Vulnerabilidad	27
2.1. El Niño.	28
2.2. El Interés Superior del Niño.	30
2.2.1. Concepto Conforme a la Ley 26061 y Ley 9944	32
2.3. Estado de Vulnerabilidad	35
2.4. Derecho del Niño a Ser Oído	37
2.5. Conclusión	38
Capítulo 3: Guarda a un Pariente – Art.657 – Lege Ferenda – Incorporación de la Figura del “Referente Afectivo”.	39
3.1. Guarda. Conceptualización	40
3.1.1. Guarda Otorgada a un Pariente: Análisis Art.657	43
3.2. La Figura del Referente Afectivo.	45
3.2.1. Terminología	45
3.2.2. Evolución	46
3.3. El Referente Afectivo y Análisis Ley N° 26061	47
3.4. La Jurisprudencia	49
3.4.1. La falta de regulación específica sobre la figura del Referente Afectivo Resueltos desde la Jurisprudencia.	49
3.4.2. Análisis de los Fallos	50
3.5. Conclusión.	53
Capítulo 4: Derecho Comparado.	55
4.1. El Contexto Mundial luego de la Convención de los Derechos del Niño (CDN)	56
4.2. El Referente Afectivo como uno de los Supuestos dentro de la Figura de la Delegación de la Responsabilidad Parental en el Derecho Comparado.	57
4.2.1. La Legislación Vigente en España – Referente Afectivo- Concepto definido en la Norma, 103.1 c.c. aunque sin auto denominación como tal.	58
4.2.2. La Legislación Vigente en Chile – Referente Afectivo – Concepto incorporado en el ordenamiento, aunque en pos de evolución.	62
4.3. Conclusión	65
Conclusiones	67
Referencias Bibliográficas	72

Introducción

La sanción del actual Código Civil y Comercial de la Nación ha traído a la luz muchas cuestiones vinculadas al Derecho de Familia, fundadas en los nuevos paradigmas que enrolan a las relaciones afectivas y personales. Tal es el caso de la delegación de la responsabilidad parental a un pariente que dispone el art. n.º 657 del plexo legal citado “...la cual debe ser otorgado, en un supuesto especial de gravedad por el Juez, por un plazo que no deba ser mayor a un año y con la posibilidad de ser prorrogable por razones fundadas...”

Si bien la norma ut supra mencionada tiene carácter subsidiario, provisorio y no sustitutivo, no debemos alejarnos de los aportes de la norma nacional Ley n.º 26061 y provincial Ley n.º 9944 que admiten como medida excepcional de protección la posibilidad de situar al niño con personas ajenas a su familia biológica. Lo que se circunscribe en un concepto amplio de derecho a una familia contenido en el art. 14 de la Ley n.º 9944, el art. 11 de la Ley n.º 26061 y en los arts. 9, 19, 20, 21 y concordantes de la Convención de los Derechos del Niño en donde esta prerrogativa no se reduce únicamente a la familia biológica.

Siguiendo esta línea de pensamiento, nace la novedosa posibilidad de delegar la responsabilidad parental al “referente afectivo” del niño, entendiéndose por tal a una persona significativa en la vida del niño, niña y adolescente por el rol que cumple tanto en su desarrollo como en su protección y los vínculos significativos y afectivos que se generan en la historia personal del niño.

En este contexto surge la necesidad de reflexionar si lo mejor para el niño en estado de vulnerabilidad es la vinculación con un pariente, que por el solo hecho de tener un vínculo biológico tiene el derecho incuestionable de ejercer la responsabilidad parental, contraponiendo este derecho al interés superior del niño.

La falta de regulación específica existente frente a los supuestos de vulneración o amenaza de los derechos de los niños por dificultades que los progenitores demuestren para desenvolver un eficaz ejercicio de la responsabilidad parental, ha quedado al descubierto, y como consecuencia de ello, la necesidad imperiosa de resolver de la manera más efectiva posible, la afonía en relación de la temática abordada puntualmente.

Trabajo Final de Graduación

Ahora bien, el presente trabajo de investigación se desarrolla en torno al siguiente interrogante:

Frente a un menor en estado de riesgo efectivo y revalorizando el interés superior del niño **¿Por qué no considerar un pariente afín por sobre el vínculo biológico?**, si cuando hablamos de “el interés superior del niño”, remontándonos a su origen que es de raigambre internacional, Estados Unidos, como Nación que proporciona su verdadero origen nos habla “del mejor interés del niño”.

Para analizar la situación jurídica y la relevancia de los derechos que se contraponen en el caso del niño en estado de vulnerabilidad, a los fines de arribar a la mejor resolución frente al dilema planteado, se delinea el siguiente objetivo general: Analizar la situación jurídica del niño en estado de riesgo efectivo frente al referente afectivo, pariente afín, como novedosa respuesta a la situación de vulnerabilidad existente. Y consecuentemente se delinean, objetivos particulares: Definir desde los aportes de la doctrina los conceptos de familia, niño, responsabilidad parental, guarda, interés superior del niño, estado de vulnerabilidad, vínculo biológico y referente afectivo, delimitar cuando es viable recurrir a la delegación de la responsabilidad parental conforme el ordenamiento jurídico argentino, examinar doctrinariamente los alcances de la delegación de la responsabilidad parental, planteando desde la jurisprudencia la falta de regulación específica sobre el otorgamiento de la responsabilidad parental de un niño con un referente afectivo sin que exista un vínculo biológico entre ambos y presentar, a partir del Derecho Comparado, la responsabilidad parental, su delegación, y la figura del referente afectivo.

El tipo de proyecto que se considera pertinente para llevar adelante el presente, es el Proyecto de Investigación Aplicada (PIA), a través de la investigación, exploratoria, descriptiva y explicativa. En la investigación, se utilizará el método cualitativo. Con la intención de profundizar aspectos teóricos que refieren a la temática planteada. Para ello se hace necesaria una recopilación y análisis de datos bibliográficos, doctrinales y jurisprudenciales, a través de fuentes primarias, secundarias y terciarias, a los fines lograr un conocimiento más acabado del tema de investigación. En este caso en particular, poner el acento sobre el interés superior del niño, como sujeto de derecho, ante una situación de vulnerabilidad. El presente TFG comprende el período temporal que nace desde la sanción del Código Civil y Comercial

Trabajo Final de Graduación

de la Nación, 1 de agosto del 2015, momento en el cual se logra un gran avance respecto a la temática indagada en el presente trabajo, hasta julio del 2018.-

La relevancia del tema presentado se justifica en que, no será necesario realizar un análisis exhaustivo para darse cuenta de las graves consecuencias, cuando en pos de fortalecer el vínculo biológico del niño y en un supuesto especial de gravedad el juez puede otorgar la guarda a un pariente, quedando así según la normativa vigente en el derecho argentino en un plano de desigualdad toda aquella persona que sin ser familiar es para el niño un “referente afectivo”. Las controversias jurídicas que pueden surgir frente al otorgamiento de la guarda a un pariente, en caso excepcional, ya sea dentro del código, dentro de los tratados de raigambre constitucional, como de las leyes regulatorias y las lagunas legales dejan al descubierto el “Interés superior de niño” en cuestión.

Una probable solución estaría dada, considerando al referente afectivo como la solución en el supuesto en el que la responsabilidad parental, no sea posible de ser ejercida por los vínculos biológicos, en razón de significar para el niño un estado de vulnerabilidad, frente al riesgo efectivo.

Y desde una perspectiva jurídica, una nueva legislación, que pueda sanear las lagunas del derecho que hoy en día se visualizan en relación al otorgamiento de la guarda a un tercer (referente afectivo). Atento a la relevancia social, que ofrezca a los operadores jurídicos una alternativa más, a la hora de poner en resguardo el interés superior del niño cuando “está a la vista, de manera incuestionable”, que la vinculación con el entorno familiar biológico y/o familiares con los cuales el niño no tiene algún lazo afectivo es lo mejor para la integridad física y psíquica del niño frente a una situación de vulnerabilidad. Frente a la situación fáctica, realizar una interpretación normativa que permita superar posiciones doctrinarias o jurisprudenciales irreconciliables en la identificación y sistematización de situaciones efectivas que podrían encuadrar en una figura jurídica determinada “*legem ferenda*”. Desarrollando nuevos criterios que permitan agilizar ciertos tramites o procedimientos, como también encuadrar la figura afín (otorgamiento de la guarda a un familiar) dentro de un concepto o figura. Por todo lo ut supra mencionado, será impostergable e imperativo, de inmediato superior, revisar la normativa vigente frente al otorgamiento de la guarda a un familiar con el que el niño no tiene un lazo afectivo, habiendo un tercero como referente afectivo, en pos de atender como prioridad el interés superior del niño,

Trabajo Final de Graduación

justifican por si solo la relevancia de la temática seleccionada para este Trabajo Final de Graduación.

En post de dar una suerte de esquema de abordaje a los fines de una acaba justificación que responda al interrogante planteado en el presente, se abordará en el capítulo 1, el desarrollo doctrinario de cada noción general e histórica de la problemática jurídica elegida, con el fin de proporcionar la información necesaria, que en el trascurso de esta investigación servirá de base para todo el posterior análisis, en su capítulo 2, y 3, se abordarán las diferentes dimensiones específicas que esta investigación comprende, haciendo ahínco en conceptos claves como serán el interés superior del niño, el estado de vulnerabilidad, sus leyes específicas, el referente afectivo, como alternativa válida en pos de la solución probable a plantear, vinculando fallos jurisprudenciales que sentaron precedente, para concluir en su capítulo 4 recorriendo en forma comparativa esta figura en algunos otros ordenamientos legales.

Capítulo 1: Aportes Doctrinarios

Trabajo Final de Graduación

Capítulo 1: Los Aportes Doctrinarios

En el desarrollo del presente capítulo se abordará un recorrido doctrinario de cada noción general e histórica de la problemática jurídica elegida, con el fin de proporcionar la información necesaria, que en el transcurso de esta investigación servirá de base para todo el posterior análisis.

Se partirá de las nociones generales a los fines de facilitar las plataformas que luego se desglosarán en las dimensiones específicas, en capítulos posteriores.

Partiendo de los **conceptos de familia, niño, responsabilidad parental, guarda, interés superior del niño, estado de vulnerabilidad, vinculo biológico para finalizar con el concepto de referente afectivo como el resultado de la hipotética solución que se planteara al concluir la presente investigación.**

1.1. El Concepto de Derecho de Familia:

A fin de dar una conceptualización base a lo que será el presente trabajo de investigación, se comenzará por dar aproximaciones que permitan caracterizar esta institución “derecho de familia”, dado que la misma se halla en constante evolución principalmente por los cambios sociales, el impacto de la biotecnología etc.

Siguiendo el diccionario de Ciencia Jurídicas, Políticas y Sociales, la Familia puede definirse de muy diversas maneras y esto por responder a contenidos jurídicos legales y matrices históricas que jamás coincidirán en tiempo y espacio. (Ossorio, 2008, p.406) trasladando la misma al Derecho, hablaremos de Derecho de Familia citando la definición de Lloveras:

(...) la rama del derecho privado que estudia las normas y reglas jurídicas que tratan las diferentes relaciones familiares. (Lloveras, 2016, p. 96).

Si se entiende, que el derecho de familia, se encuentra contemplado dentro de la rama del derecho privado y, entonces dentro de él, en el derecho civil. En nuestro actual CCyCN se halla ubicado en el libro Segundo, y se denomina “Relaciones de Familia”. Es importante destacar, que dentro de lo que el derecho de familia contempla, se regula el estado de familia, los actos que emplazan en ese estado y sus efectos personales y patrimoniales. Siempre se debe tener presente y no debemos

Trabajo Final de Graduación

olvidar que el concepto de familia ha ido evolucionado y en consecuencia lo ha hecho el derecho de familia. Es así que hoy se puede hablar de derecho de las Familias, considerándolo como un conjunto de normas que determinan a las relaciones familiares, noción que la doctrina comparte en general, así deja claro la Dra. LLoveras, antes citada en varias de sus publicaciones.

Si se hace una interpretación integral del capítulo, “Relaciones de Familia”, dentro del Código Civil y Comercial de la República Argentina, ordenamiento encargado de resguardar, proteger y definir dichas relaciones en el marco de las normas vigentes, a todas luces se concluye que al juez familiar se le conceden atribuciones de oficio, propias de un magistrado encargado del trámite con fuerte presencia en la causa. Pero lo que lo distinguirá en forma fehaciente, es el acompañamiento que efectúa, en pos de pacificar el conflicto con el fin de evitar un quiebre de las relaciones familiares, en este contexto cumple una función mediadora e instructiva, innovadora incorporación que revela la última y mejorada reforma del CCyCN, tendiente a acompañar e incoarse, aggiornarse a los continuos cambios y matices sociales, con esto se garantizará en principio ir adaptando el derecho al caso concreto y no a la inversa como traslucía antes de la reforma.

En el transcurso de este trabajo de investigación se seguirá profundizando en los innumerables cambios que la última reforma ha incorporado en el actual proceso de familia, pero al ser un campo de conocimiento exageradamente amplio, se tratará de centrar en lo que es objeto de esta investigación y con esto se centrará en la responsabilidad parental y su delegación al pariente afín.

Lo importante a destacar como base del presente será entender que a partir de estos vínculos o relaciones se genere el estado de familia, es decir, el lugar que ocupa cada individuo dentro de un determinado grupo, familia; ejemplo, el estado de esposo/a, el estado de hijo/a, hermano/a, tíos/as, **“del corazón”, pariente afín innovadora, aunque visionaria incorporación en la última reforma y tan sentida y real en la práctica actual.**

“el emplazamiento determinado por la existencia de dichos vínculos o por la ausencia de ellos, implica un conjunto de derechos subjetivos y deberes correlativos, atribuidos a las personas que configuran su estado de familia.” (Bossert y Zannoni, 2000, p.25).

Entonces si se establece que el estado de familia es lugar-ubicación que cada persona tiene dentro del grupo-familia si se intenta crear un estado de familia o hacerlo valer por que se tiene en los hechos, pero no dentro del derecho o se busca desplazar a un vínculo biológico para emplazar a un pariente afín al mencionado estado es donde el derecho-juzgado deberá actuar a los fines de un pronunciamiento judicial que cree, modifique o extinga un estado de familia. (Díaz de Guijarro, 1963). Distinto a las acciones de ejercicio estado de familia, que exceden el marco de este trabajo de investigación.

A modo de cierre, se cita al Dr. Belluscio, 1987, p.1ss,

(...) se persigue mediante un pronunciamiento judicial trasladar al mundo del derecho una situación ya existente en el ámbito de la realidad (...). (Belluscio, 1987, p.1ss).

1.2. Familia

1.2.1- Evolución

Los seres humanos son biológicos, psicológicos y sociocultural, será por ello, que las fluencias socio históricas son concluyentes, de ahí que factores azarosos como lugar, época, clase social y peculiaridades de la familia en que se nace influye de manera importante desde antes de la concepción. Por esta razón nunca se podrá generalizar las condiciones humanas individuales y menos aún la de las instituciones, entre ellas la institución familiar, ya que son muy diferentes las condiciones y posibilidades de desarrollo de quienes nacen en el medio rural o en el medio urbano; de quienes padecen carencias básicas, que empiezan por la falta de techo y alimentos y que continúan con las posibilidades de acceso a la educación y al empleo, en relación con aquellos que tienen todo eso resuelto con amplia solvencia.

En esta sociedad actual, aquella imagen de familia nuclear y heterosexual como sinónimo de "familia" aferrada en la "naturaleza humana" y, por lo tanto, implantada en la noción de propagación en la que los hijos derivan del acto sexual, hoy

Trabajo Final de Graduación

comparte la realidad social con otras estructuras de formación familiar. En cita a Gonzalves , FD , UNCuyo Kemelmajer de Carlucci, 2014, p10¹,

(...)"La familia llamada 'tradicional', esa familia matrimonializada (fundada en el matrimonio), paternalizada y patrimonializada (o sea, dependiente económicamente y en otros aspectos del padre), sacralizada (nacida de formas más o menos solemnes) y biologizada (su fin principal es tener hijos), viene sufriendo cambios desde hace más de un siglo".

En consecuencia, a todas luces se desprende, frente a los cambios sociales hoy declina por sí solo, en las sociedades actuales ya hace unos años, el modelo de familia patriarcal, jerárquico y desigualitario, ha quedado arcaico tras las diferentes necesidades y situaciones sociales y legales que fueron surgiendo en nuestra sociedad.

Atento a ello, se puede vislumbrar, el surgimiento de parejas que no se casan, parejas de idéntico género que deciden contraer matrimonio, hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida con material de la propia pareja o de un donante, que vuelve innecesaria la heterosexualidad, mujeres que deciden llevar adelante la maternidad solas, surgiendo así, las familias monoparentales. Por otro lado, se produce el surgimiento de las denominadas "familias ensambladas" como consecuencia de matrimonios que se divorcian y uno o ambos miembros de la ex pareja vuelven a conformar otro núcleo familiar, situación que en el actual Código Civil y Comercial de la Nación, es regulada en el art 672, que refiere a los derechos y deberes de los progenitores afines, entendiéndose por tales "*al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente*".

Sumado a lo ut supra, mencionado, y con la supremacía que adquiere hoy la "identidad de género", se les reconoce el derecho a las personas cuya identidad auto percibida no se condice con el sexo con el que nacieron, que recurren a una tercera persona para que geste a su hijo, estas son algunas de las tantas realidades sociales que impactan de manera directa en la configuración de otras formas familiares con reglas

¹ Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Introducción", en Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa - Lloveras, Nora, tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial 2014, t. i, Rubinzal-Culzoni, santa fe, 2014, p. 10. Extraído de http://www.ejuristicosalta.com.ar/files/Manual_de_Derecho_de_Las_Familias.pdf. Fecha de consulta: 29/11/2018.

Trabajo Final de Graduación

propias y bien diferentes a la única tipología que ha estado presente desde siempre en la regulación civil.

Atento al cambio en las estructuras familiares, nuestro actual Código Civil y Comercial de la Nación, debió aggiornarse para no dejar abierta la posibilidad a la falta de regulación específica, que desde ya hace unos años fueron surgiendo. Considerado lo ut supra mencionado nuestro código, da un giro imperioso en la regulación de las relaciones de familia, colocando a la persona como vital sujeto de protección, quien debe elegir con libertad la forma de organización familiar sin verse coartada esta “libertad” por las leyes. En este contexto, se pasa de una "protección de la familia", a una “protección de la persona”, como sujeto de derecho. Y así, a modo de cierre se puede vislumbrar que, frente a un escenario familiar más complejo, nace la necesidad de un régimen legal más amplio, flexible y plural de modo inminente.

En pos de no sobreabundar y dar con esto meramente una conceptualización base se cita un extracto recuperado de Fuente: Díaz de Guijarro, 1987, págs. 21/35² ;

“(…) La evolución de la familia ante nuestra realidad jurídica es el tema que más actualidad tiene en estos momentos en el país. Estamos asistiendo a un proceso de agudísima transformación, de acontecimientos sensacionales, como el que acaba de ocurrir con la jurisprudencia de la Corte Suprema. (...)”

Y continúa diciendo:

“(…) Esto es el fruto de la evolución, precisamente, desde el punto de vista social, desde el punto de vista individual y desde el punto de vista jurídico, que está sufriendo la familia, no sólo entre nosotros, sino en el mundo entero. (...)”

Para concluir con una somera definición:

²

Título, La Evolución de la Familia ante la Realidad Jurídica Argentina, Díaz de Guijarro, Enrique Argentina
Publicación, Revista Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, 14-08-1987Cita: IJ-XXX-568

Trabajo Final de Graduación

“(...) vamos a repetir nuestro concepto del Derecho de Familia, que tenemos expuesto en orgánica obra: "La familia es la institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación (...)”

Si hablamos del Código Civil y Comercial argentino, al mencionar la familia se estará hablando de una acepción restringida o técnica, siguiendo al jurista Butteler Caceres diremos, *“(...) la palabra estado o las locuciones estado de persona o estado de familia tan solo se refieren al estado de familia, (...) dentro de sobresale estado de hijo, (...) de esposo, (...) de padre, (...) de pariente”*. (Buteler Caceres, 1999, p.53).

A los fines de este trabajo será puesto el interés en el menor, el cual conocerá de los afectos que sus padres han querido proporcionarle. Por tanto su vida no puede quedar en suspenso, ni modificarse de forma intempestiva, cuando fue el único que no pudo elegir, sufriendo las consecuencias de los actos de los adultos a su cuidado siendo los mismos adultos los que afronten las consecuencias frente al interés superior del menor, el mencionado interés se justifica en pos de valorar por un lado al niño en su condición de tal y por el otro el emplazamiento del mismo a un estado familiar distinto, con esto no privar al menor de los vínculos jurídicos que lo unen a su familia biológica pero respetar con quien es amado, cuidado y seguro.

A modo de cierre se dirá citando al prestigioso jurista Zannoni y Bossert *“(...) la estructura paternalista de la familia pertenece al orden natural, (...) un conocimiento de la evolución y las transformaciones de las organizaciones familiares en su devenir histórico permite evaluar críticamente la estructura y el desenvolvimiento que, en la actualidad, presenta la familia”* (Zannoni y Bossert. 2016, p.21.).

En pos de no sobreabundar y tal se dijo supra el interés del presente trabajo de investigación es el niño es que no se explayara más que en conceptualizaciones básicas a los fines de dar un somero análisis a modo introductorio.

1.2.2. Regulación Jurídica de la Familia en el Derecho Argentino.

En nuestro país la base de contenido se encuentra en el Código Civil y Comercial, si bien con posterioridad se dictaron las leyes que organizaron el Registro Civil, la Ley N° 10903 que crea el patronato de menores, la Ley N° 11357 estado jurídico de la

Trabajo Final de Graduación

mujer casada, la Ley 13252 de adopción de menores luego modificada por la Ley 19134 que incorpora la adopción simple y la plena, la Ley N° 13944 que tipifica el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, la Ley N° 14367 que suprime la distinción de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, la Ley N° 14394 reforma la edad mínima para contraer matrimonio, divorcio vincular, bien de familia, etc., la Ley N° 17711 de 1968 que en materia de familia introduce el divorcio por presentación conjunta “hito en Derecho de familia”.

Aunque la mayor reforma en derecho de familia es concretada por las Leyes N° 23264 y Ley N° 23515, con la primera de estas se legisla la responsabilidad parental eje del presente trabajo de investigación.

Si bien nuestro ordenamiento respeta como tratado de raigambre constitucional la Convención Interamericana de Derechos Civiles de la Mujer, la Convención de New York de 1956, consentimiento para el matrimonio, su registro etc., nuestro país la firma en 1964, la Convención Americana sobre Derechos Humanos-Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por la Ley N° 23054.

No se debe olvidar la incidencia de la reforma constitucional del 94 con la incorporación en su art. 75 inc. 22 y con esto la relevancia y supremacía que esta le confiere no sólo a los tratados sino además a las organizaciones internacionales como lo es la Santa Sede.

Para este trabajo de investigación será de gran importancia por ejemplo la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada en nuestro país por la Ley N° 23849, “(...)establece que los estados parte tomaran todas las medidas apropiada para asegurar el pago de la pensión alimentaria por los progenitores u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si vive en el estado parte como si viviera en el extranjero(...)la Argentina se adhirió por Ley N° 17159 a los fines de hacer operativo el principio” (Zannoni y Bossert. 2016, p.15)

Como es de destacar el derecho de familia no se debe olvidar que sus normas son de orden público lo que las hace exentas de ser modificadas por los particulares.

Si bien nuestro derecho positivo incorpora la mediación familiar, previa a la contienda judicial, la misma aun no goza de facultades que le den el imperativo cumplimiento si no que deben ser sujetas a homologación judicial por tanto si bien esto coadyuva a descomprimir la tarea judicial aún no se han propuesto los lineamientos

Trabajo Final de Graduación

definitivos para su exigibilidad. Con esto se dirá que si bien es una opción solo lo es en forma alternativa.

Seguirá siendo un conjunto de voluntades un tercero, y mediador, neutral y negociador, abogados patrocinantes litigantes que deberán mutar el rol al de abogado mediador induciendo a su cliente a aceptar, llegar a un acuerdo para luego solicitar “una homologación judicial” fácilmente a todas luces queda al descubierto que seguirán siendo híbridos que seguirán evolucionando día tras día.

Si bien se debe reconocer tal lo refiere Zannoni y Bossert “(...) *en nuestra doctrina ha predominado este criterio, que permite aludir al acto jurídico familiar como una especie dentro del género acto jurídico (...)*”

(...) la sanción de la ley 26944 en el año 2014, nuestro país sustituyó el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield...” (Zannoni y Bossert. 2016, p.4)

Cabe mencionar la presente cita a los fines de seguir comprendiendo las continuas modificaciones que debe y sufre el Derecho de Familia día tras día. A los fines de dar un acabado recorrido por la legislación vigente es importante destacar el aporte de la OEA (Organización de los Estados Americanos) cuando se recepa el decreto 415/06 a los fines de dar protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes a los fines de aprobar la reglamentación de la Ley N° 26061. El mencionado decreto que surge desde el Ministerio de Desarrollo Social en la provincia de Buenos Aires si bien consideró con el art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional otorga a la Convención sobre los derechos del niño la jerarquía constitucional como bloque de constitucionalidad federal, es en este sentido que se promulga la Ley N° 26061 antes mencionada precisamente con el objeto de promover acciones positivas que se direccionen a asegurar ese ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, mediante ella se establecieron los procedimiento explícitos aplicables judicialmente.

1.3. Responsabilidad Parental

1.3.1. Terminología y Principios

Al definir familia, siguiendo los lineamientos del Dr. Zannoni se puntualizó en relaciones jurídicas, interdependientes, recíprocas, emergentes de una unión intersexual y de procreación. Si se amplía con los lineamientos del Dr. Bossert se dirá que la familia no se reduce al mero núcleo cónyuge-hijos, sino que las relaciones interdependientes y recíprocas se van a extender por imperio de la ley entre aquellas personas que reconocen entre sí generaciones biológicas anteriores o posteriores, consanguíneos entre un cónyuge y los consanguíneos, afines, entre el adoptado y el o los adoptantes, etc. Cualquiera de estas relaciones determinará lo que se llama parentesco.

Ahora bien, si puntualizamos en el Código Civil y Comercial se citará el art. 529, quien define el parentesco como:

“el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad” (Código Civil y Comercial de la Nación Infojus 2014, p.103).

A fin de acotar el inmenso conceptual y con esto profundizar en lo que será motivo de esta investigación se hablará del parentesco por afinidad, vale decir vínculo que liga a un cónyuge con los parientes consanguíneos del otro y a éste efecto el mismo art 538 del mismo plexo normativo, que por su propio imperativo obliga a cumplir alimentos en casos excepcionales.

Ahora bien, acotando el abanico inmenso de cambios frente a las últimas reformas que proporciona la nueva legislación vigente en contra posición de la que regía se dirá, el vigente Código Civil y Comercial de la Nación viene a suplantar lo que anteriormente se denominaba "patria potestad" atento al art. 264 del C.C., caracterizándola como *“el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”*.

Sosteniendo esta línea de pensamiento “patria potestad” responde a concepciones arcaicas, provenientes del latín “el poder del padre”, hoy en la actualidad se debe

Trabajo Final de Graduación

centrar en una responsabilidad compartida, tendiente a no imponer sino y solo respetar o ponderar el interés supremo del niño, no entendiendo con esto se pretenda justificar en caprichos, sino asumiendo frente a sus necesidades las decisiones responsables en forma mancomunada que mejor encuadraran para el bienestar del menor. Y frente a este escenario nace como necesidad social evolutiva lo que se da a llamar “responsabilidad parental”.

Trasladando dicho concepto al plano jurídico, será menester citar el artículo 638 del Código Civil Y Comercial de la Nación

“La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado ”Art 638 CCYCN. 2015, p.124.

Será de destacar por muy relevante al presente, mencionar a la Ley Nacional 26.061 “*de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes*” que en su art. 7º, refiere a la “responsabilidad familiar” y define:

“La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones.” Ley N°26061.2005. p,2.

Frente a la mencionada cita previa lo que se pretende es vislumbrar la diferencia conceptual en el nombramiento, aunque en el contenido jurídico, se está hablando de lo mismo “responsabilidad parental”, tan solo la mencionada ley lo nombra “responsabilidad familiar”.

Ahora bien, a modo de cierre en cita a la Doctora Krasnow quien manifiesta:

“(…) La nueva denominación estaría revelando no sólo una adecuación a las tendencias dominantes en el derecho comparado sino, además, una adaptación a las nuevas exigencias sociales, las cuales demandan la sustitución del “sistema vertical creado por el codificador por un sistema horizontal donde los progenitores e hijos, al ser reconocidos como sujetos de

Trabajo Final de Graduación

derecho, interactúan por medio de relaciones de coordinación que se sustentan en el principio de igualdad. De esta forma queda en el recuerdo el régimen originario que respondía a relaciones jerárquicas propias de la familia patriarcal, pasando a entender el instituto como una función que ejercen los progenitores en beneficio de los hijos”. Krasnow, 2012, P 99

Citando el anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación:

“(…) aparece vinculada a los principios de verticalidad y de superioridad de los padres sobre sus hijos, los de la “responsabilidad parental” aparecen relacionados con los principios de horizontalidad de los vínculos, lo cual no constituye sino una expresión particular del principio general de “democratización de la familia”, que el Proyecto reconoce haber seguido de cerca al tiempo de la proyección del Libro II ³.

En cuanto al concepto de responsabilidad parental, puede citarse la definición de Mizrahi (2015):

“(…) es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado (...)”. Mizrahi. 2015. P, 242.

Tal lo define este autor, seguimos sosteniendo la existencia de deberes-derechos en las relaciones paternofiliales aunque siendo realistas, como criterio rector en el proceso judicial práctico actual los padres tienen solo derechos y los deberes son impuestos por la sociedad, y por ello que debemos replantearnos la idea eje “interés superior” para llevarla a la práctica desde un lugar si bien realista, sea este más acorde a cada realidad y en particular, caso concreto, y alejarnos un poco más de lo estrictamente escrito, y así dar la apertura a un concepto que si bien es aceptado aún no se encuentra empoderado como lo es en casi la mayoría de los casos actualmente, una figura afín, lo que trivialmente hemos dado en llamar “pariente por afinidad”.

Cuando hablamos de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental el art. 643 del Código Civil y Comercial tal lo relata Mizrahi, siguiendo a Basset, incidencia en el derecho de la familia del proyecto de código con media sanción, 2013-

³ Véase *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación...*, p. 555.

Trabajo Final de Graduación

f-1056, punto XVII, “el texto sancionado elimino del artículo la posibilidad de que la delegación recayera en un tercero idóneo-no pariente, como respuesta a la necesidad de eliminar el riesgo de que se utilice la institución para el tráfico de niños”.

He aquí, uno de los puntos de mayor discordancia, uno de los puntos móviles para este trabajo de investigación, si bien, es entendible y de vanguardia creer que protegemos al niño frente a todo riesgo, nos alejamos cada vez más de la protección del interés superior de ese niño, dado que, en la actualidad se utilizan mayormente familias guarda, institutos de protección al niño sin priorizar al niño en sí mismo dado que el mismo pasa años protegido por un sistema que a la vez lo desprotege dejándolo al cuidado de terceros más extraños aun. Es así como resulta replantearnos al interés superior como el superior interés para ese niño y en esa situación.

Y para concluir, resulta necesario destacar los tres elementos distintivos de esta norma: 1) la responsabilidad, como eje fundante del conjunto de deberes y derechos de ambos progenitores; 2) el reconocimiento del principio de coparentalidad en un pie de igualdad, sin preferencias de un género sobre el otro, sean del mismo o diferente sexo; y 3) con una clara finalidad: la protección, desarrollo y formación integral de los niños, niñas y adolescentes, receptando el principio de autonomía progresiva, al incorporar el desarrollo a la fórmula del art. 264 CC.

A modo de dar un acabado recorrido a este punto, se mencionarán los principios que hacen a la responsabilidad parental, plasmados en el artículo 639 del Código Civil y Comercial de la Nación

“Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: a. el interés superior del niño; b. la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características sicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c. el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez” Código Civil y Comercial de la Nación. 2015. p, 641

A razón de no sobreabundar dado que los mismos serán motivos de próximos capítulos se hace en el presente una somera mención.

1.3.2 Titularidad y Ejercicio de la Responsabilidad Parental

Si bien el presente apartado no sería eje del presente trabajo de investigación, es necesario hacer un somero análisis diferenciador en estos conceptos que determinan el efectivo ejercicio de lo que se ha dado a llamar “responsabilidad parental” en el Código Civil y Comercial de la Nación o “responsabilidad familiar” en la Ley N° 26061 ordenamiento base en temas de familia. A los fines prácticos se cita el artículo 641 de la norma:

“Ejercicio de la responsabilidad parental. El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde: a) en caso de convivencia con ambos progenitores, a éstos. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos contemplados en el artículo 645, o que medie expresa oposición; b) en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del inciso anterior. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades;

c) en caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, al otro; d) en caso de hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial, al único progenitor; e) en caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, al otro progenitor. En interés del hijo, los progenitores de común acuerdo o el juez pueden decidir el ejercicio conjunto o establecer distintas modalidades.” Código Civil y Comercial de la Nación. 2015. P, 124.

Si bien ambos conceptos están directamente relacionados en cita a la doctora Lloveras, se seguirá su misma línea de pensamiento diferenciador entre ambos llevados a su efectiva práctica y con esto:

“(…) la titularidad hace referencia a ese conjunto de deberes y derechos, que ambos progenitores ostentan, (...) el ejercicio (...) es la facultad que la ley le confiere a los progenitores para actuar concretamente en virtud de esos derechos – deberes que titularizan (...)” Lloveras, 2016. p, 564

Trabajo Final de Graduación

Frente a la mencionada cita, no es necesario sobreabundar en distinciones explicativas al respecto tan solo valdrá aclarar que frente a cualquier desacuerdo entre progenitores será el ordenamiento judicial con sus auxiliares quienes resolverán mediante dictámenes jurídicos, sentencias, autos interlocutores, con intervención de equipos auxiliares y oyendo a los menores, siempre que estos cuenten con la madurez y edad para hacerlo, los que resolverán la contienda en el caso concreto.

1.4. La Delegación de la Responsabilidad Parental – Clases -

A razón de ser este uno de los apartados más importantes por ser una de las herramientas indispensables a lo que hace la presente investigación, frente a tan variadas situaciones presentes en la realidad social actual, este “remedio legal” que ha incorporado la última reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, viene de alguna manera a subsanar la falta de regulación específica que se observa en esta materia, el mismo incorpora precisamente frente a esas situaciones diferentes soluciones y con esto distintas clases de delegación.

1.4.1. Delegación de la Responsabilidad Parental a un Pariente

Como se venía expresando una de las respuestas que otorga el mencionado supra, conjuntamente con la Ley 26061, su decreto reglamentario 415/06 y la Constitución Nacional quien en su artículo 75 inc22 incorpora los tratados internacionales que dan base a toda la legislación, en este punto se enfocara en el artículo 643 del Código Civil Y Comercial de la Nación el mismo ordena:

“Delegación del ejercicio. En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades.” Código Civil y Comercial de la Nación. 2015.p, 125

Frente a lo manifestado y la cita trascrita no será mucho en lo que se pueda ahondar, esta norma es clara, y fundamentalmente proporciona las condiciones inexcusables que deberán estar presente a los fines de este supuesto, y con esto y a modo de cierre se dirá, que la medida es excepcional, homologable vía judicial, que ambos padres deben estar de acuerdo, que todas las partes deben ser escuchadas, incluso hijo/a, que es por un tiempo acotado aunque prolongable siempre que se mantengan las razones fundadas que le dieron origen, que los progenitores no pierden la titularidad sino y solo ceden la responsabilidad pero deben siempre estos supervisar el cuidado y ejercicio de la mencionada responsabilidad y con esto que al hijo/a se le respeten todos aquellos derechos y deberes mencionados en los apartados supra, donde se exployo el tema de responsabilidad parental.

1.4.2 Delegación de la Responsabilidad Parental al Progenitor Afín

En el abordaje de este punto es dable mencionar lo importante de este artículo, importante porque bajo los lineamientos que se pretenden respetar, el mencionado supra cuerpo legal es casi visionario, dado que no hace “oídos sordos” a una situación repetida incansablemente en la realidad social, de familia democrática actual, y tan desoída por años en el contexto jurídico, y con esto se hace mención principalmente a los terceros que si bien forman parte de la familia en la realidad practica no lo hacía en el derecho, las parejas de los progenitores y aquí mencionadas como “parientes afín”, dándole un ingreso jurídico, corriendo todo telón arcaico, que tan lejos está de los inminentes y continuos cambios sociales, y sin ahondar más se dará cita a la norma Artículo 674:

“Delegación en el progenitor afín. El progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio.” Código Civil y Comercial de la Nación. 2015. p, 131.

Destáquese claramente la excepcionalidad de la medida, la norma es exhaustivamente clara, marca denotada mente los requisitos indispensable, y excluyentes “imposibilidad para su desempeño por el otro progenitor” y con esto la

Trabajo Final de Graduación

subsidiariedad de la elección al pariente afín, “que no fuere conveniente”, lo transitorio de la medida, pero lo fundamental a destacar es el respeto por uno de los principios madres en derecho de familia que sea la “solidaridad”, vale decir el menor reconoce familia, en esa persona, aunque el derecho no lo reconocía explícitamente antes de la mencionada reforma, de allí lo visionario en la adaptabilidad de la norma en la realidad, de ahí que siempre se deba remarcar como el derecho y principalmente en temas de familia deberá estar en constante evolución y cambio a los fines de adaptarse a los ritmos sociales, más en tiempos de familias modernas-democráticas como las actualmente reconocidas.

1.5. Conclusión

A modo de cierre, sin sobreabundar en los conceptos ya vertidos, solo se aclara que, frente a todo el abanico doctrinario, analizado o más bien plasmado Supra, se dará paso a un mayor y pormenorizado análisis a lo que será base de la presente investigación, con esto lo que se pretende plasmar es la idea madre, partir de lo general hacia lo particular o específico que servirá de base a esta investigación, tal se ha dicho.

Dejando claro, si, lo analizado en este capítulo que fue fundamentalmente, comenzar progresivamente con las nociones generales e históricas de la problemática jurídica elegida, a los fines de dar paso posterior a las diferentes dimensiones específicas que la misma comprenderá, aunque siempre dando mayor relevancia al concepto de “la delegación” abordándolo como inicio, como eje rector, conceptualizándolo desde una mirada jurídico-social, marcando las pautas que la hacen viable, analizando los requisitos excluyentes para su viabilidad y preponderando la importancia que requieren principalmente la homologación judicial, como requisito indispensable, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente, marcando incansablemente que lo que si bien se delega es la “responsabilidad” sobre el menor, los padres no pierden el contacto ni el vínculo sobre ellos, y con esto tomar este concepto como referente doctrinario para los posteriores análisis.

Capítulo 2: Interés Superior del Niño y Estado de Vulnerabilidad

Capítulo 2: Interés Superior del Niño y Estado de Vulnerabilidad.

A modo de introducción en el presente capítulo, se plasmarán los conceptos de mayor influencia en esta investigación, los principios de más ahínco, de mayor relevancia, dado que es precisamente en ellos, donde la presente trata de justificar, la solución probable, la única viable, a los fines de dar apertura a la innovadora figura del “Referente Afectivo”, que es aquí donde se pretenderá dar base.

Se intentará **delimitar la viabilidad temporalmente oportuna, de la delegación de la responsabilidad parental conforme el ordenamiento jurídico argentino.**

2.1. El Niño

En pos de dar una conceptualización base a lo que será el presente capítulo, se comenzará por dar aproximaciones que permitan caracterizar este principio rector y de implicancia radical en el presente trabajo de investigación “interés superior del niño”, aproximaciones dado que la misma se halla en constante evolución principalmente por los cambios sociales, el impacto de las últimas reformas, etc.

Siguiendo el Diccionario de la Real Academia Española, el niño puede definirse como proveniente de ninno, que está en la niñez, que tiene pocos años. (Real Academia Española, 1984, p. 642) Trasladando la misma al Derecho, se hablara de niño, citando un extracto recuperado de la publicación de UNICEF, cuando ⁴

(...)una herramienta para entender y abordar la niñez y la adolescencia en el marco de la Ley Provincial de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños.(Esta ley fue promulgada en enero de 2005 (Decreto 66/05) y reglamentada mediante el Decreto Provincial n° 300/05 en marzo del mismo año), La puesta en vigencia de esta ley marca el fin del antiguo Régimen del Patronato de Menores (El Régimen del Patronato de Menores (Ley 10.903 dictada en el año 1919, sustentada posteriormente por el Decreto Ley n0 10.067/83) era un régimen legal de facto en tanto constituía una clara violación a los derechos humanos, entrando en absoluta contradicción en diversas materias con disposiciones de nuestras

⁴ Extraído de http://files.unicef.org/argentina/spanish/Cuadernillo_Ley_13298.pdf. Fecha de consulta: 20/08/2018.-

Trabajo Final de Graduación

Constituciones nacional, provincial y en especial con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.) , dejando sin efecto el sistema tutelar e instaurando un sistema de garantía de derechos.

Y sigue

(...) “Esta nueva realidad jurídica (A nivel nacional se sancionó la Ley 26.062 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, el 28 de septiembre de 2005, luego de 15 años de haberse aprobado en nuestro país la Convención sobre los Derechos del Niño.) Obliga a un replanteo de las prácticas cotidianas para quienes trabajan con y por los niños, niñas y adolescentes en la provincia. La perspectiva actual reconoce a los niños y adolescentes como ciudadanos con los mismos derechos que los adultos y con otros derechos especiales por tratarse de personas en crecimiento. Ahora las necesidades vitales de los niños y adolescentes son comprendidas como derechos que deben cumplirse, y no como carencias a subsanar o satisfacer. Esto implica un cambio sustancial respecto al régimen anterior: los niños y adolescentes ya no pueden ser objeto de control, tutela o disposición por parte de las autoridades administrativas, judiciales u otras instituciones sociales”

Para concluir...

(...) “Desde este enfoque superador, el Estado asume un rol protagónico y una nueva forma de dar respuesta a las diversas problemáticas que afectan a la niñez de la provincia mediante la implementación de un conjunto de políticas públicas orientadas a apoyar a las familias en la inclusión, protección y desarrollo integral de los niños y adolescentes. el vínculo entre padres e hijos se traslada al plano jurídico entonces puede definirse como el vínculo jurídico existente entre padres e hijos que tiene normalmente como presupuesto determinante el vínculo biológico (filiación por naturaleza) pero también puede encontrar su fuente en la ley misma (filiación por adopción).”⁵

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos –conocida como Pacto de San José de Costa Rica- del año 1969, es el instrumento internacional que establece claramente los derechos no solo del niño en forma clara y concisa sino además los deberes familiares en pos de su protección.

⁵ Extraído de http://files.unicef.org/argentina/spanish/Cuadernillo_Ley_13298.pdf). Fecha de consulta: 20/08/2018.

Trabajo Final de Graduación

En el año 1984, la Ley 23.054 ratifica el contenido del convenio citado y en consecuencia, pasa a formar parte del derecho interno, gozando actualmente de jerarquía constitucional desde la reforma de 1994. Con su incorporación, nuestro país asume el compromiso de adaptar el sistema vigente a sus principios, misión que se concreta con la Ley 23.264. Dicha ley es sancionada en 1985 por Decreto 2034/85 reconociendo los mismos derechos a todos los hijos, trasladando así el centro de interés a favor del menor. (Azpiri, 1985.)

Avanzando en el análisis del Código Civil, este refiere respecto del ejercicio de los derechos por la persona menor de edad, de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 26⁶ y ss. del Código Civil, queda establecido pormenorizadamente no solo sus derechos sino la forma de su ejercicio, sea esta por representante legal o bien en caso de conflicto de intereses con la asistencia del asesor, el mismo también ordena que si el menor cuenta con madurez suficiente, este podrá ejercer por sí actos que le son permitidos.

2.2 El Interés Superior del Niño

Al comenzar a desarrollar uno de los temas que se convertirá en eje y justificación, en base y estrategia, que servirán como argumento sólido de lo que fuere motivo de este trabajo de investigación, se pretende abordarlo no desde un término que si bien “suena lindo” “políticamente correcto”, se pretende abordarlo desde el lugar histórico social del cual el mismo nace, esto fue siguiendo el lineamiento de Mizrahi, ya citado previamente, (quien cita en su página 6 al Doctor Dutto, el mejor interés del niño, (...), Zeus, 72-D-75) y el mismo transcribe:

⁶ Artículo 26: Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierna así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. Código Civil Argentino. Extraído de <http://www.oas.org/>. Fecha de consulta 22/09/2018

Trabajo Final de Graduación

(...) la expresión en inglés “interés superior del niño” es the best interest of the child; por lo que se ha deducido que, en verdad, la traducción correcta al español sería el “mejor interés”, y no el interés superior (...) Mizrahi. 2015. p, 6

Si bien nuestro ordenamiento jurídico en su amplio abanico todo, nos habla de interés superior, siempre delimitará, frente al mencionado principio los recaudos que deberán ser respetados, ejemplo, oír al menor, la edad de madurez del mismo, la sana crítica racional del juez etc.

En cita a la Dra. Kowalenko; “(...) Numerosos pueden ser los avatares por los que transita un grupo familiar en crisis. Muchos involucran problemas de la pareja entre sí y/o en relación con los hijos. (...). En estas situaciones nos encontramos con niños expuestos ante el conflicto que no pudo ser resuelto por sus padres en la intimidad de su hogar y que, por lo tanto, deben recorrer instancias judiciales o prejudiciales para tratar de remediarlo (...)”⁷.

En este extracto recolectado, se trasluce el universo complejo e inagotable, pero fundamentalmente doloroso en que quedan los menores aun en familias presentes, su estado de vulnerabilidad, por menores por niños pero más aún por hijos, donde su realidad cambia en forma intempestiva, abrupta, sin previo aviso, y las personas referentes de lucha de seguridad, causantes del amor en su estado más puro son precisamente su mayor inestabilidad, su mayor dolor, y es entonces dónde si bien terceras personas darían la solución, nos acarrea constantemente en un devenir difícil de resolver, y es precisamente ahí donde el derecho, particularmente en manos del juez quien escuchando a los mismos tratará de proporcionarles dentro del peor escenario el mejor paisaje.

Ahora en cita a más alto Tribunal, se acentuará lo que se viene manifestado desde el inicio de la presente investigación al decir:

“La Corte ha dicho que la ley 26.061 cuando refiere al interés superior del niño, señala que este debe entenderse como la máxima satisfacción, integral y simultánea de derechos y garantías reconocidos en la ley”⁸.

⁷ Extraído de <https://comercioyjusticia.info/blog/justicia/la-participacion-de-los-ninos-y-adolescentes>. Fecha de consulta: 26/11/2018.

⁸ Extraído de CS, 26/03/2008, “A., M. S.”, DJ, 2008-2-772 Fecha de consulta: 26/11/2018.-

Con esto lo que se pretende concluir y dejar en claro que el máximo tribunal considera a este principio como un “principio garantista”, vale decir, el juez deberá actuar al escuchar al menor como lo haría “un buen padre de familia” y con esto interpretar bajo su sana crítica racional sumada a su experiencia y conocimiento lo más adecuado y conveniente a ese menor.

A los fines de dar un cierre a uno de los puntos más importantes de esta investigación se dará cita a uno de los juristas más importantes de estos tiempos como lo es el Dr. Zaffaroni:

“(…) la regla del art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones, tiene —al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias—, el efecto de separar conceptualmente aquél interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso llegado el caso, el de los padres, razón por la cual, la coincidencia entre uno y otro interés ya no es algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exige justificación puntual en cada caso concreto(…)”.⁹

Y con esto se da cierre al presente apartado a los fines de hacer lugar al análisis de leyes específicas que tratan la temática abordada.

2.2.1 Concepto conforme Ley N° 26061 y Ley N° 9944

Y ahora profundizando de lo macro a lo micro, se focalizará en el derecho interno, y con esto será menester, en este apartado hacer mención a la norma nacional, Ley N° 26061 y provincial Ley N° 9944, que realizan un importante aporte a la temática a investigar realizando ambas normas una definición del principal derecho que se pone en juego con el artículo 657 del CCyCN. La Ley Nacional N° 26061 en su art. 3 (2005) sitúa:

(…) INTERES SUPERIOR. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los

⁹ Extraído de Del voto del Dr. Eugenio Zaffaroni, en causa “M. D. H. c. M. B. M. F.”, CS, 29/04/2008, LA LEY, 2008-C, 540. Fecha de consulta: 26/11/2018.

Trabajo Final de Graduación

derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia". Ley N°26061. 2005. p,1.

La exigencia de respetar este principio rector, busca regular el ejercicio de la responsabilidad parental determinando pautas a las que deberá ajustarse el ejercicio de la misma. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses potencialmente legítimos, predominarán los primeros.

Se continuará con el análisis del artículo propulsor del presente trabajo, será inevitable entonces hacer mención al carácter excepcional de la medida adoptada por el art. 657 del CCyCN. Es por ello que vamos a tomar como base en lo que a esta medida concierne lo determinado por el art 39 de la Ley N° 26061(2005):

(...) Medidas Excepcionales. Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exijan que no permanezcan en ese medio. Tiene como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Estas medidas son limitadas en el tiempo y solo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen. Ley N° 26061. 2015. P, 7

El carácter excepcional responde a la necesidad de cumplimiento de una serie de requisitos para la aplicación de la misma. La medida de protección con carácter excepcional conlleva a la separación del niño de sus padres biológicos, trasladando excepcionalmente esa responsabilidad parental a un familiar, con el cual no necesariamente el niño mantenga lazos de afectividad. Ahora bien, aplicando este tipo de medida, en la cual no se le da la posibilidad al niño de “ser oído” en cuanto a la relación que pudiera llegar a tener con un tercero que no sea familiar, **¿no se estaría así, vulnerando el derecho reconocido por la Ley N° 9944?** (2011) en su art. 27 que determina:

Trabajo Final de Graduación

(...) Derecho a opinar y a ser oído. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:

Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés, y b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo. Ley N° 9944. 2011. P. 5

Siguiendo los lineamientos de los autores tomados en la presente investigación, se concluirá, sosteniendo la existencia de deberes-derechos en las relaciones paternofiliales aunque siendo realistas, como criterio rector en el proceso judicial práctico actual los padres tienen solo derechos y los deberes son impuestos por la sociedad, y por ello que debemos replantearnos la idea eje “interés superior” para llevarla a la práctica desde un lugar si bien realista, sea este más acorde a cada realidad y en particular, caso concreto, y alejarnos un poco más de lo estrictamente escrito, y así dar la apertura a un concepto que si bien es aceptado aún no se encuentra empoderado como lo es en casi la mayoría de los casos actualmente, una figura afín, lo que trivialmente hemos dado en llamar “pariente por afinidad”.

Cerrando el tema, uno de los puntos de mayor discordancia, uno de los puntos móviles para este trabajo de investigación si bien es entendible y de vanguardia creer que protegemos al niño frente a todo riesgo, nos alejamos cada vez más de la protección del interés superior, dado que en la actualidad se utilizan mayormente familias guarda, institutos de protección al niño sin priorizar al niño en sí mismo dado que el mismo pasa años protegido por un sistema que a la vez lo desprotege dejándolo al cuidado de terceros más extraños aun. Es así como resulta replantearnos al interés superior como el superior interés para ese niño y en esa situación.

En el tema sucesivo se hará un abordaje al concepto en post de argumentar el porqué del estado vulnerable del menor frente a circunstancias de gravedad en las cuales como se viene manifestando no siempre son evaluadas ponderando el interés superior real de dichos menores, es indiscutible el derecho del que goza el hasta ese momento grupo familiar a cargo por naturaleza, ipso iure, llámese padre, madre, familiar próximo consanguíneo, en los hechos y en el derecho, en la vida y el afecto, en lo social y en lo económico, pero también y no menos importante sino más relevante el del menor para el que cambia sustancialmente su escenario, dado que lo que se pretende

es si se resguardara el interés superior que le compete “un referente afectivo” que en los hechos y no así en el derecho le proporciona mayor seguridad y cuidado.

2.3 Estado de Vulnerabilidad

Se aborda el presente concepto en miras a custodiar la voluntad del menor sin irrespetar la del sistema legal frente a la seguridad jurídica, como base, que le otorga a toda persona, y que se halla vulnerada ante estas situaciones concretas de riesgo real y efectivo.

Si bien es dable como concepto base mencionar uno de los atributos de cada persona como lo es, el atributo Estado, se dirá que el código Civil Argentino, considera al estado de dos acepciones, una de ellas será amplia no técnica y la otra restringida o técnica, siguiendo al jurista Butteler Cáceres diremos, la primera, “(...) comprende cualquier situación en que pueda hallarse la persona, (...) estado de demencia, estado de falencia, (...) o a las cosas patrimonios o bienes”, cuando hablamos de la segunda, el mismo continúa diciendo “(...) la palabra estado o las locuciones estado de persona, o estado de familia tan solo se refieren al estado de familia, (...) dentro de sobresale estado de hijo, (...) de esposo, (...) de padre (...) de pariente”. (Butteler Cáceres, 1999, p53).

A los fines de este trabajo será puesto el interés en la segunda opción, con lo cual dicho atributo nos permitirá saber la posición, el lugar dentro del grupo familiar, que ocupa cada persona, sea que lo esté ocupando, sea que pretenda hacerlo, estado, status, lugar determinado de la persona determinada dentro de cada grupo familiar.

Tratado el mencionado atributo, como precisamente las cualidades inseparables de la persona, se abordará a continuación otro concepto clave a tutelar, resguardar y custodiar, el derecho del menor a respetarse el “sentir familia a quien no necesariamente lo es biológicamente, aunque si en los hechos, lo cual denota la gran relevancia en su propia identidad de ser “el mismo”, pero en un análisis orientado a la importancia de su alcance, y la consecuencia de los momentos en que el menor es desplazado de quienes le generan confianza y emplazado en quienes le generan absoluta desconfianza, entonces cobra relevancia el anterior principio tan nombrado y tan eje de la presente “el interés Superior del menor en riesgo” pero no cualquier riesgo sino el concreto el efectivo.

Trabajo Final de Graduación

Es importante remarcar que el presente trabajo está orientado al *estado jurídico* vulnerable en que queda ese menor frente a estas circunstancias concretas -hasta el momento su familia-. Reconociendo en estas personas no a los protectores y pilares, no sólo desde lo económico sino desde el afecto y la estabilidad emocional que esto conlleva. Así mismo y precisamente por estas situaciones concretas, vale aclarar que cada situación particular deberá ser tomada en cuenta y estarse en situación concreta de madurez psíquica del menor, remarcando que se los compele que a futuro tomen conocimiento del menor su verdad.

En cita a la Convención sobre los Derechos del Niño nos dice que:

(...) "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" (art. 3).

Si bien la tendencia de la jurisprudencia argentina ha sido priorizar el interés superior del niño en conservar ese marco familiar real y afectivo que ha permitido su crecimiento. Tal ha sido la interpretación de la Corte Suprema Corte de Buenos Aires en dos fallos en los que este Alto Tribunal manifestó que: *"...El hijo aprende a ser hijo y a saber quién es a partir de la permanencia de las figuras parentales, los que asistieron desde el primer momento sus necesidades, los que le hacen reconocerse en el espejo de sus hábitos y sus rostros familiares...La ruptura de la continuidad de esta crianza, su traspaso de unos brazos a otros implica una ruptura evolutiva significativa en su desarrollo psíquico..."* SC Buenos Aires, 29/9/98, LA LEY, 1999-C, 238, con nota de Augusto Diez Ojeda.

En consecuencia, se pregunta ante todo ello: si bien la recepción del principio de veracidad biológica pretende asegurar a toda persona el derecho a respetar su origen biológico, obligándolo a mantenerse en el estado de familia que le corresponde conforme a su realidad biológica, ¿no será el precio demasiado alto? ¿No se mina la solidez de la familia legítima y el niño no será en definitiva la víctima de un combate en el que errores, fraudes, pasiones adquieren más fuerza que el derecho? Habrá entonces que tener en cuenta que dicho principio respete el interés superior del niño, y no ocasione en él un daño mayor.

No deberá olvidarse el *derecho que tiene el niño a ser oído* y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, es una cuestión que tiene una estrecha relación con los principios que se han venido analizando.

2.4. Derecho del Niño a Ser Oído

En post de dar un somero aunque no menos relevante cierre al presente capítulo se hace un especial apartado a los fines de otorgar especial relevancia a esta gran incorporación en el Código Civil y Comercial de 2015, visionario y revolucionaria incorporación atento la dimensión que vislumbra y el compromiso al que obliga a los adultos y los derechos que proporciona a los menores y a los fines de no sobreabundar se citara un extracto de tan prestigiosa jurista a los fines de otorgar la mencionada relevancia.

En cita a un extracto extraído del artículo de “El derecho del niño a ser escuchado y la obligación del juzgador de escucharlo” Zeledon,2016;

*“(...) El derecho del niño, niña y adolescente a ser escuchado, es uno de los cuatro principios generales de la Convención sobre los Derechos del Niño (el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y desarrollo y el interés superior del niño). El artículo 12 de la Convención, en el párrafo uno **garantiza a todo niño que esté en condiciones de formar un juicio propio a expresar su opinión libremente**, mientras que el párrafo segundo otorga al niño el **derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte**. (...)”¹⁰*

Con esto cabe la aclaración que este derecho debe aplicarse considerando cuestiones trascendentes como lo serán las facultades progresivas de cada niño, su edad madurativa, las vivencias y el grado de urgencia atento “su estado de vulnerabilidad concreta, la experiencia del Juzgador frente a cada caso en concreto, la intervención del equipo interdisciplinario y con esto el cuerpo técnico judicial el cual se sobreentiende especializado en este tipo de situaciones, los cuáles de acuerdo a la elevación de

¹⁰ Extraído de <https://enfoquejuridico.org/2016/02/10/el-derecho-del-nino-a-ser-escuchado-y-la-obligacion-del-juzgador-de-escucharlo>. Fecha de consulta: 26/11/2018

Trabajo Final de Graduación

informes si bien no “serán determinantes” como auxiliares al Juzgador deberán proporcionar herramientas concretas que ayuden sean estos procesos familiares contenciosos o no contenciosos, a los fines de no menoscabar derecho alguno.

Conclúyase entonces que si bien el proceso de familia será siempre un devenir a actualizar, los juzgados de familia una constante escuela de aprendizaje, será permanente tarea del hombre como hombre aggiornarse sin tanto protocolo y apartándose de la letra fría de la norma a cada caso concreto lo que nunca deberá dejarse de lado es la **vulnerabilidad en que puede encontrarse un niño**, el estado de riesgo en que el mismo pueda estar sometido pero principalmente la seriedad y compromiso en que como adultos se deberá siempre tener presente en estas situaciones concretas.

A todas luces siempre será preponderante priorizar como principio rector madre y base de todo análisis “el interés superior del niño” frente a todo y sobre todo.

2.5. Conclusión

En este recorrido, por el presente capítulo supra, se ha plasmado los conceptos de mayor influencia en esta investigación, los principios de más ahínco, de mayor relevancia, dado que es precisamente en el Interés Superior de Niño, donde la presente trata de justificar, la solución probable, la única viable, a los fines de dar apertura a la innovadora figura del “Referente Afectivo”, que es aquí donde se pretende dar base.

Si bien en los próximos apartados se harán aproximaciones más sólidas se da lugar a mayor doctrina.

En el presente capítulo se pretendió ahondar el principio madre, base de cualquier situación a resolver en cuestiones de menores, principio reconocido internacionalmente e incluso receptado por Nuestra Constitución Nacional, tal se ha mencionado supra en su Art. 75, incisos incorporados luego de la reforma de 1994.

A modo de cierre del presente y a los fines de dar paso a mayores especificaciones se dirá que partiendo de este principio rector va de la mano con la figura que pretende instalarse “referente afectivo” a los fines de dar la respuesta más sólida y acertada frente a estas situaciones de vulnerabilidad de menores.

Capítulo 3: Guarda a un Pariente. ART. 657-Lege Ferenda-
Incorporación de la figura del Referente Afectivo

Capítulo 3: Guarda a un Pariente. Art.657 – Lege Ferenda – Incorporación de la Figura del Referente Afectivo.

A modo de dar presentación, apertura, una breve reseña de lo que será un abordaje más específico, mas aggiornato con lo que abrirá la puerta al eje de la presente investigación, respaldado por lo que hoy da origen o nacimiento, y porque no aval a este trabajo, la jurisprudencia, como único sostén viable al “referente afectivo, dando cumplimiento a uno de los objetivos específicos que se ha planteado en su inicio, y con esto **examinar doctrinariamente los alcances de la delegación de la responsabilidad parental, planteando desde la jurisprudencia la falta de regulación específica sobre el otorgamiento de la responsabilidad parental de un niño con un referente afectivo sin que exista un vínculo biológico entre ambos,** difícil conclusión a arribar, dado que como se analizará posteriormente la jurisprudencia sería hoy único aval, única base fáctica y jurídica a los fines de sostener tamaña medida, para tamaña problemática y tan grave situación.

3.1. Guarda. Conceptualización

A los fines de conceptualizar uno de los ejes de esta investigación, principalmente frente al gran impacto de las últimas reformas, dado que fue precisamente este concepto uno de las grandes incorporaciones al Código Civil y Comercial de la Nación, tal se viene manifestando en capítulos precedentes.

Siguiendo el Diccionario de la Real Academia Española, la guarda puede definirse como persona que tiene a su cargo la conservación de algo, acción de guardar (conservar o retener), tutela. Observancia y cumplimiento de un mandato, ley o estatuto. (Real Academia Española, 1984, p. 123). Trasladando la misma al Derecho, hoy luego de la reforma en materia de menores, el actual Código Civil y Comercial nos hablará de “Cuidados Personales”, los mismos se llevarán a cabo por uno de los progenitores caso de “cuidados unipersonales con régimen de visitas al otro progenitor no conviviente, o “cuidados alternados” en caso de estar con ambos progenitores en forma indistinta.

En cuanto al concepto de guarda investigando en la amplia doctrina, jurisprudencia, cambios sociales su concepto o referencia, será siempre la protección

Trabajo Final de Graduación

del desamparado, la custodia de sus derechos, el respeto de sus necesidades, en definitiva la protección en sí misma, razón que ampliamente y por sí solo justifican el presente trabajo de investigación, dada la imperiosa e impostergable necesidad de dar soluciones concretas, justas pero sobre todo serias y responsables en estas circunstancias que han motivado la presente investigación, cuando un menor se encuentra efectivamente en riesgo y su protector no es precisamente su grupo familiar biológico pero si un “pariente del corazón” “un referente afectivo” alguien que lo protegió custodió toda la vida, alguien al que el menor reconoce como familia, como seguridad, y que desde siempre lo fue para El en los hechos y no lo es en el derecho, utopía no? ¿Proteger los derechos precisamente no respetándolos? ¿No significa entonces proteger derechos jurídicamente desprotegiéndolos jurídicamente?

Al centrarse en los nuevos paradigmas en las relaciones familiares, las lagunas jurídicas que aún subsisten y tal se ha venido manifestando seguirán surgiendo, la afonía aun reinantes frente a situaciones precisas, entendiéndose que el sistema jurídico jamás podrá abarcar tan inmenso universo en constante evolución, razón por la cual es tan importante las nuevas incorporaciones, de un juez más activo, de un niño/a con derecho a ser oído etc. y trasladando los mismos frente a las últimas reformas, se dirá siguiendo el pensamiento de los juristas más destacados de nuestro país en recuperación de extracto de un pormenorizado estudio plasmado en pensamiento civil ¹¹

(...) *Belluscio define a la guarda como el derecho deber de tener a los hijos consigo.* (BELLUSCIO, 1991, p 212)

Cafferata considera que es el derecho de mantener al hijo cerca de sí, determinando su residencia y puntualiza el concepto diciendo que, el contacto inmediato del hijo con el padre es “presupuesto esencial para que éste pueda cumplir con su deber de educarlo y a través de esa educación, lograr el desarrollo integral de la personalidad del menor” (CAFFERATA, J. I., 1978, «La guarda de menores», Editorial Astrea, Buenos Aires.) Por su parte, Pitrau sostiene que “la guarda integrada a la patria potestad, surge como un derecho-deber natural y originario de los padres, que consiste en la convivencia con sus hijos y es el presupuesto que posibilita las restantes funciones paternas de educación, asistencia, vigilancia, corrección y representación”. (PITRAU, O. F., 1990, “La guarda de menores”, en Revista de Derecho de

¹¹ Extraído de <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/06/Doctrina2397.pdf>. Fecha de consulta 20/08/2018.

Trabajo Final de Graduación

familia. *Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, N° 4, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires) (...)”

Y continúa diciendo

“(…) Más genérica y acertada es la definición propiciada por Medina que entiende a la guarda “estrechamente identificada con la situación por la cual un niño se encuentra a cargo de otra persona que no son sus progenitores. La noción de guarda integrada a la llamada responsabilidad parental (antes patria potestad), surge como un derecho-deber natural y originario de los progenitores, que consiste en la convivencia con sus hijos y es el presupuesto que posibilita las restantes funciones paternas de educación, asistencia, vigilancia, corrección y representación.” (MEDINA, “La guarda directa en el Código Civil y Comercial y en la jurisprudencia de la Corte Suprema” LL 06/08/2015, 5). (...).

Para concluir afirmando y a este criterio con verdadero atino

“(…) Ahora bien, la guarda explicada por los autores citados como parte integradora de la Responsabilidad parental (ya no patria potestad), posee una arista expuesta como guarda fragmentada o desmembrada de esta y que puede ser legal, judicial o de hecho. En cualesquiera de ellas, el ejercicio del cuidado personal de los niños se encuentra temporalmente o cautelarmente (“De ello también se deriva, que la remoción del guardador no esté sujeta a los mismos trámites judiciales previstos para la de los representantes legales, basta con que el juez entienda que su idoneidad para el ejercicio de la función ha desaparecido, para que pueda apartarlo de la misma. Pero tal remoción no ha de ser arbitraria, al menos ha de existir algún principio de prueba de su falta de idoneidad” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala I, 23/09/1999, “E. J. y otros s/art. 10 ley 10067”), en cabeza de otra persona, que no es ninguno de los progenitores o representante legal; asumiendo las mismas responsabilidades y obligaciones que estos. La diferencia entre una y otra se encuentra especialmente en la forma. En la delegación de la guarda efectuada de hecho, es el propio progenitor quien califica la idoneidad del guardador, basándose generalmente, en un pacto de confianza generado entre las partes y efectuado dentro de estos parámetros, sin ningún tipo de formalidad en el modo. Así lo entiende Wagmaister: Es de hecho “cuando una persona, sin una atribución ni de la ley, ni del juez, por propia decisión, toma un menor a su cuidado”. Esta guarda fáctica es una guarda desmembrada pero no delegada legítimamente. Se constituye sin intervención de autoridad administrativa o judicial y

por ende no hay ninguna evaluación ni de la idoneidad del guardador ni del interés del menor.
(WAGMAISTER, 2000)¹²

Sólo en pos de cierre se dirá, trasladando el concepto al Código Civil y Comercial de la Nación, se deberá centrar en el Libro Segundo, de las Relaciones de Familia.

3.1.1 Guarda Otorgada a un Pariente: Análisis del art. 657 del Código Civil y Comercial de la Nación

Solo a modo introductorio, es válido aclarar, que oportunamente al tratar los artículos 640 y 643 del Código Civil y Comercial, se habló de otros tipos de delegación parental, en contraposición al presente tipo a desarrollar en este apartado, donde se centrará de un tipo de delegación innovador, una incorporación de gran importancia en la última reforma del mencionado cuerpo, la misma viene a cubrir una de las grandes lagunas del antiguo Código Civil, viene a proporcionar una gran herramienta a los operadores jurídicos que frente a esta afonía del sistema jurídico debía recurrir principalmente a la jurisprudencia frente a situaciones de tan gravedad y concretas. Si bien, el lineamiento seguido en esta investigación, no pretende interpretar que separar a un niño del seno familiar sea positivo, si pretende que, frente a determinadas situaciones de riesgo concreto, sea el interés superior de ese niño el eje central y no un capricho de “preservar un vínculo parental a riesgo de ese niño”.

El mencionado artículo a analizar manda requisitos concretos, especificaciones claras, cuida en temporalidad y en análisis concretos la situación de ese niño, aclara “situaciones de gravedad”, impone que el juez, como director del proceso frente al análisis concreto imponga la medida, hace un hincapié imperioso en la temporalidad, todo esto en pos de la seguridad de ese niño y de la situación toda.

En cita al ordenamiento mencionado se transcribe la norma...

“Otorgamiento de la guarda a un pariente. En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones

¹² Extraído de <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/06/Doctrina2397.pdf>. Fecha de consulta 20/08/2018.

Trabajo Final de Graduación

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

Queda claramente manifiesto, que se aplicará en un supuesto especial de gravedad, dónde el juez otorgará la guarda a un familiar, vale decir, de carácter estrictamente excepcional.

Ahora bien, a modo de cierre y en cita al Doctor Mizrahi

“(…) el sujeto que tome a su cargo la guarda del hijo (art. 657), si bien tiene el referido cuidado personal, no ejercería la responsabilidad parental; la cual se mantendría en cabeza de los progenitores. Sin embargo, lo paradójico e incongruente de las soluciones legales es que se admite la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental para casos mucho menos delicados que para los supuestos en que se entrega en guarda el niño, cuando debió ser a la inversa (…)” Mizrahi. 2015. P 458

Claramente una verdadera utopía legal, considerando la gravedad en que se da éste supuesto en contraposición a otros, acotar el ámbito de operatividad, precisamente en estos supuestos de especial gravedad, fundamentalmente cuando es tan difícil en la práctica tener el cuidado personal sin contar con al menos parcialmente con la responsabilidad parental para ello, seguirá siendo tarea del derecho oír aún más las necesidades sociales y de esta forma seguiremos cubriendo la falta de regulaciones específicas con decisiones judiciales, añorando que el derecho siga evolucionando constantemente.

Se concluye con el Doctor Mizrahi, (…)” *el juez podrá valerse frente a conflictos, (entre progenitores y guardador) de las previsiones del art. 39 y concordantes de la ley 26061 ... sujetas al pertinente control judicial”.*

3.2. La Figura del “Referente afectivo”

3.2.1. Terminología

A los fines de dar una aproximación conceptual a la figura eje de la presente investigación, se dará cita a un extracto colectado de un trabajo minucioso de la Dra. Alemán y el Dr. Rosello de junio de 2016:

(...)” Por María del Carmen Alemán y Juan Ignacio Rosello En el presente trataremos de plantear y encontrar respuestas o posibilidades de solución legal a los casos de personas que cuentan con un niño, niña o adolescente (en adelante NNA) bajo su custodia sin mediar entre ellos relación de parentesco ni situación jurídica que ampare ese vínculo, lo que normalmente se conoce como guarda de hecho o entrega directa de un NNA. La misma tiene por causa fuente un lazo de amistad, afecto, vecindad entre los progenitores y guardadores, o entre los guardadores y los menores, denominándose a estos terceros referentes afectivos.”

Y continúa...

“(...) Dichas personas no se encuentran inscriptas en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, y concurren al órgano jurisdiccional solicitando su adopción, situación frecuente en la praxis judicial, y que dependiendo de la interpretación que del ordenamiento jurídico haga el Juez, encontrarán diversas respuestas, muchas de las cuales resultan ser contradictorias entre sí. Damos por sentado que el interés superior del NNA, será, en todos los casos, el eje rector de la adopción, y que su posibilidad de desarrollar su vida en un entorno familiar, conforme se expresara en el preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño, es la fundamentación principal de este instituto(...)”¹³

Tal se manifiesta en este concepto cuando refiere a la figura de referente afectivo siempre se estará frente a niños que encuentran sostén, seguridad, afecto y familia, en personas que no lo son por lazos consanguíneos, que en los hechos no poseen vínculo de parentesco alguno biológicamente, sino y solo en los hechos, se han criado juntos, han crecido siendo familia sin serlo, y con esto el niño/a lo reconoce como familia.

¹³ Extraído de <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/download/3916/3728>. Fecha de consulta: 20/08/2018.

Trabajo Final de Graduación

Existen numerosos fallos en que los jueces han debido oír a los niños, y desoír a la norma al momento de otorgar guardas, debió precisamente otorgarlas a estas personas que pasaremos a denominar “referente afectivo”.

Si bien la figura encuentra asidero en el art. 607 del Código Civil y Comercial, última parte “(...) *La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste. (...)*” de hecho así se corrobora en fallo citado cuyos datos de la causa son

“(...) Sede: Ciudad de Deán Funes. Dependencia: Juzgado de control, niñez, penal juvenil y faltas, Secretaría de niñez y penal juvenil de Deán Funes. Autos: Q. L. M.; Q. F.; Q. J. C. – Control de legalidad de medida excepcional. Resolución: Auto n.º 21.

*Fecha: 18/04/2017. Juez: José María Exequiel Smith. (...)*¹⁴

A los fines de no sobreabundar y en pos de seguir analizando el concepto en apartados posteriores se concluye con la mera idea de traslucir al referente afectivo, tal se abordará como la persona que el niño reconoce más familia que toda familia existente, que el niño elige, que frente a tamaña situación el mismo encuentra seguridad, que es familia desde el afecto y solo desde allí, por tal razón solo se lograra acompañada de resolución judicial.

3.2.2. Evolución

Si bien es un concepto, relativamente nuevo, ya en el anteproyecto del Código Civil Y Comercial de la Nación vislumbraba como necesidad urgente, aunque ante la inseguridad que les genero la “mala fe” que pudiere existir habilitando la mencionada figura, (progenitores que entregasen al niño, presumiendo que esto fuere por comercio) es entonces que se previó como excepción “prohibir las guardas de hecho”. Explicando en los fundamentos de tal decisión que se seguiría la postura legislativa que adopto la Ley 24779.

¹⁴ Extraído de <http://boletindigital.justiciacordoba.gob.ar/?p=1164>. Fecha de consulta: 26/09/2018.

Trabajo Final de Graduación

Si bien no se entiende porque creer que dicha delegación a un tercero no pariente encerraría tráfico, si la mala fe no se presume, aun así, el senado las suprimió, y sólo serían habilitadas si dichos adultos estuviesen inscriptos en el Registro de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción (Ley 25.854).

Y siguiendo el pensamiento del Doctor Rosello citado supra, y aunque nuestro Código Civil y Comercial de la Nación se encuentre subordinado a la Constitución Nacional y por ende tratados internacionales, caso de la Convención de los Derechos del Niño, receptada en el decreto 415/06, reglamentario de la Ley 26.061 de “Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes” donde estaba previsto el referente afectivo, por ello en su art. 7 definía: “Se entenderá por “familia o núcleo familiar”, “grupo familiar”, “grupo familiar de origen”, “medio familiar comunitario”, y “familia ampliada”, además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección, tomando como base el texto del proyecto de código unificado en su versión original y por la tanto establece como excepción a la guarda de hecho no solo la existencia de una relación de parentesco entre los progenitores y los guardadores, sino también la relación afectiva previa.

A modo de cierre se dirá que la evolución del mencionado concepto, en miras de lo que hace a la base del presente trabajo de investigación, serán siempre las decisiones judiciales, jurisprudencia, lo que ira delineando una futura incorporación a Nuestro sistema Jurídico. Pese a contar con bases legales, siempre existirán la falta de regulación específica a cubrir y afonías en estas situaciones de tamaña gravedad.

3.3. El Referente Afectivo y el Análisis de la Ley N° 26061

En pos de no sobreabundar, en el presente concepto dado su exhaustivo análisis en apartados anteriores y seguirá siéndolo en los posteriores, solo en cita se receptorá puntualmente su incidencia en la ley 26061 y dice:

Trabajo Final de Graduación

"La norma mencionada ha sido insertada para subsanar una falencia que tenía el Código Civil anterior (...) En la práctica, estos casos -a pesar de la omisión del Código Civil derogado- fueron resueltos por la jurisprudencia. ...el otorgamiento de la guarda del niño a un pariente o un tercero no pariente ha sido una decisión constante de los jueces cuando las circunstancias lo ameritaban; no siendo óbice, por lo tanto, la falta de regulación legal hasta la sanción del Código Civil y Comercial. Desde luego, debe ser bienvenida la nueva disposición, aunque, ...resulta notoriamente insuficiente, en atención a que se ha excluido la posibilidad de la entrega del niño a un tercero no pariente." -Responsabilidad Parental (...). Mizrahi. 2015, p. 460 segundo párrafo-

Y continúa...

" (...). "La limitación del art. 657 debe ceder ante supuestos como el presente en los cuales se vislumbra la existencia de un vínculo afectivo entre el niño y el adulto referente. (...) ya preexistía, y que su petición de ser designada hoy como guardadora no hace más que fortalecer, consolidar ese vínculo afectivo que las une "como familia" más allá de la terminología legal que pudiere resultar encuadrable a cada supuesto en particular."

Para dar cierre...

" (...) " Así las cosas, el art. 657 atribuye una necesaria concordancia con los arts. 39, 40 y 41 de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. El art 39 prescribe: Medidas Excepcionales: "Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio. Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Estas medidas son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen". El art. 40, Procedencia de las Medidas Excepcionales: "Sólo serán procedentes cuando, previamente, se hayan cumplimentado debidamente las medidas dispuestas en el artículo 33. (...)"

Con esto queda claro la concordancia del ordenamiento jurídico nacional, C.C.C.N, con la Ley N° 26061 y su decreto reglamentario, mencionados supra y fundamentalmente siempre resguardar el interés superior del niño, dado que puede presentarse situaciones donde el niño/a no posea vínculos familiares consanguíneos o afines y sea necesario recurrir a personas que le son familia a los fines de evitar la institucionalización que será siempre el último recurso a este criterio.

3.4. La Jurisprudencia

3.4.1. La falta de regulación específica sobre la figura del “Referente Afectivo” resueltos desde la Jurisprudencia.

A los fines de ir concluyendo la investigación y es en post de hacer una aclaratoria de cómo nos falta evolucionar al humano como humano, deberemos como tales abrazar nuevos paradigmas, abrírnos a nuevos horizontes pero fundamentalmente romper matrices, cruzar prejuicios, bajar barreras y transformarnos en más visionarios aun dando respuestas en franca evolución a los fines de efectivamente dar respuestas sólidas y duraderas a niños/as considerando los mismos orígenes de la humanidad futura y con estos regalarles bases lo más consolidadas y contenedoras que nos sean posibles.

Al hacer un recorrido por los fallos referidos a las lagunas o vacíos legales de los que tanto hincapié se ha venido haciendo, como única fuente en definirnos “referente afectivo” como respuesta a tamañas situaciones, a todas luces se vislumbra, lo común y recurrente de estas situaciones cada vez más cotidianas, y con esto lo urgente al derecho de dar respuestas legales aun no receptadas como tales.

También será dable aclarar que en cuestiones de familia siempre deberá el director del proceso, Juez, ir dirigiendo el proceso en cada caso concreto, oír como elemento imprescindible a las partes del mismo y con esto a los niños y niñas, gran avance de incorporación en la última reforma, como así también a los operadores del derecho alejarse en la mas de las veces en estos casos de la letra fría de la norma para aproximarse más al niño/a en su condición de tal, sujeto de derecho y no cosificarlo como se ha venido haciendo hasta el momento y menos aún seguir institucionalizándolo como fue por años una de las soluciones más rápidas y económicas.... Será tarea cada día de esta humanidad entonces acercarnos más a lo humano.

Hemos evolucionado y mucho, desde los tratados reconocidos constitucionalmente desde la reforma del 94 incorporados en su artículo 75, desde las organizaciones defensoras de los derechos del niño, pero falta evolucionar legislativamente para adaptar dichos derechos al plano judicial, para poder exigirlos en los tribunales con normas específicas.

A continuación, se hará un análisis de alguno de los fallos que sirvieron de base al presente trabajo de investigación, los mismos fueron declarados en argentina.

3.4.2. Análisis de Fallos

En primer lugar, cabe presentar un fallo significativo sobre el tema en investigación en el Pueblo de Cura Brochero del año 2017. En este caso, la parte actora persigue la adopción directa del menor, mediante un control de legalidad, oponiéndose a la sugerencia de Senaf, frente al fallecimiento de la guardadora “abuela paterna” quien hasta el momento llevara adelante la responsabilidad parental, el no cambio de situación de sus progenitores, atento ser ambos discapacitados, por tanto, no resulta conveniente tras la venia judicial revincular, no existiendo otro familiar directo, se considera “referente afectivo” al docente que se encontraba provisoriamente a su cuidado, y es el quien se opone a la puesta del menor en situación de adoptabilidad, pide el control de legalidad, como referente afectivo, S.S. toma las audiencias respectivas, oye al menor, y dispone la condición del referente afectivo como opción viable.

(...) La norma autoriza ello cuando las “medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días”. Vencido el plazo el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión “debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad”. Lo que ocurrió en la causa.

Y sigue diciendo:

(...) En su fallo, el juez Estigarribia define al “referente afectivo”, como “una persona significativa en la vida del menor, por el rol que cumple tanto en su desarrollo como en su protección”. No obstante, también aclaró que “con sólo encuadrar en esta definición no es suficiente para que opere la prioridad del referente como impedimento para la declaración de la situación de adoptabilidad”.

El magistrado estimó que además de ese carácter “y del fuerte lazo con el niño que debe requerirse del ‘referente afectivo’”, es necesario “que el vínculo se haya generado con anterioridad a la intervención del ente administrativo de protección, o lo que es lo mismo, que no haya tenido como origen, precisamente, la medida excepcional adoptada en protección del niño o adolescente”. Esto se confirmó a lo largo del expediente.

Trabajo Final de Graduación

De acuerdo a lo expresado, concluye, que resulta pertinente ratificar la medida de excepción y sus prorrogas.

Como cierre al análisis del presente fallo inédito, en breve conclusión a modo personal, manifiesto que no es necesario realizar un análisis exhaustivo para darnos cuenta de las graves consecuencias, que acarrea la falta de análisis metódico a un caso concreto. Como se pudo visualizar en el fallo mencionado en el cual, si no se hubiera tenido en cuenta como principio rector el interés superior del niño, se hubiese generado para el niño un grave daño, sin siquiera respetársele el principio de seguridad jurídica que abala nuestro derecho. Pues está claro que no se estaría, estrictamente respetando la voluntad ni del código ni de la convención con raigambre constitucional al ordenar que ante un conflicto no se priorizaran los derechos del niño.

Una probable solución estaría dada tal se asienta en este fallo con el análisis y la consecuente incorporación de la figura afín y con esto no se coartarían los derechos de los adultos, pero más importante se priorizaría los del menor al no dejarlo sin una contención familiar. De esta manera se preservarían los derechos de todas las partes. Estas son cuestiones impostergables que el derecho vigente deberá atender, prever, organizar en beneficio de todos, pero principalmente del niño.

Se sigue con **otro fallo**, innovador suscitado en la provincia de Córdoba, Ciudad de Río Cuarto, para lo cual se comenzara con un breve relato de los hechos, en este caso se trata de una hija la cual convivía exclusivamente con su progenitora quien ostenta en forma exclusiva la responsabilidad parental, frente a su situación socio ambiental y su condición cultural y económica, situación está que no cambiara en el transcurso del tiempo próximo ni con posibilidades remotas futuras, es precisamente ella, su progenitora quien delega la responsabilidad parental primero en los hechos, y luego de un tiempo solicita judicialmente se traslade en forma definitiva, a quien la ostentaba ya en los hechos desde hacía un tiempo prolongado, con lo cual ya podía hablarse de “referente afectivo” previo, comprobado y probado, en definitiva solo se solicitó Homologación de un acuerdo ya existente en los hechos apelando a la inconstitucionalidad del Artículo 643 del Código Civil y Comercial de la Nación.-

En el caso anterior lo era por control de legalidad; en este “Juzgado de 1ra Instancia Civil y Comercial de Familia 6ta Nominación, Secretaria 12; 17/08/2017 T. N., y otro – Solicita Homologación” y dice,

Trabajo Final de Graduación

“(…) Se dilucido el planteo de inconstitucionalidad efectuado por G.F.A y P.V.L, en relación al Art. 643 del Código Civil de la Nación. En cuanto dispone que la delegación de la responsabilidad parental sea otorgada a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el art 674. (…)”

Extracto este que se centra en el artículo 643 del código civil y comercial que reza, *-Delegación del ejercicio. En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades*” que relacionado con el artículo 7 del decreto reglamentario de la Ley N° 26061, la Constitución Nacional en su art 75 que incorpora los tratados de raigambre constitucional y con ellos “El interés Superior del Niño sumado al principio de seguridad jurídica, haciendo del ordenamiento jurídico un todo se dirá que lo a priorizar siempre debe ser “el Niño” que a veces se debe apartar de la letra fría de la norma en una misma y abocarse al caso concreto y apoyarse en el ordenamiento tomando a este como un todo articulado y siempre apoyado por los auxiliares del derecho guiados por el excelentísimo director del proceso S.S.

No se ahondará más al respecto por considerar que excede el interés central del presente trabajo y se pasara a la segunda cuestión que se planteó que es de gran importancia dado que sienta un gran precedente para la investigación.

Es la parte del fallo que resulta innovador, dado que se hace hincapié en la figura del “referente afectivo”

“(…) *que son aquellas personas estrechamente vinculadas a los niños que no se encuentran enlazados por un vínculo de parentesco, sino por un genuino vínculo de afecto que necesariamente debe ser considerados y valorados cuando contribuyan al interés superior del niño*”

Trabajo Final de Graduación

Con esto se dirá que, si bien se basa en la definición proporcionada por la ley antes mencionada 26061 y su decreto reglamentario 415/06, sin olvidarse de lo prescripto por el Artículo 643 CCCN, aquí es precisamente donde surge el dilema y por tanto lo innovador del fallo. Por lo que continúa argumentando...

“(...) esta exclusión se basa en un criterio precautorio que dificulte o impida que esta sea una modalidad para configurar o formalizar una posterior guarda de hecho, expresamente prohibida como antecedente para una pretendida adopción, conforme lo dispone el artículo 611 del CCCN en cuya redacción final también se eliminó la referencia al vínculo afectivo entre los pretendidos guardadores y los progenitores limitando como única excepción a la separación del niño/a de sus guardadores de hecho la comprobación Judicial de vínculo de parentesco entre los guardadores facticos y los progenitores (...)”

Se deja claro que este Tribunal escuchó al menor, el equipo técnico intervino con todas las partes, pero fundamentalmente, S.S se centró en la voluntad del menor, y la decisión de los progenitores sumado a la decisión de los guardadores.

Si en la sentencia no se reconociera este derecho sería como desconocer nuestro orden constitucional dado por el Art 75 Inc. 22 a la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 7 y 8 ap. 1 y 2, CDN).

3.5 Conclusión

En este recorrido previo es donde mayormente nos centramos en busca de argumentación doctrinaria y jurisprudencial a los fines de dar base a la incorporación de la solución propuesta *up supra*, se trató de dar una aproximación si bien comenzó dándose un concepto de guarda se fue arribando a lo que se da por llamar “referente Afectivo”, y sin olvidarnos de lo que hace al escenario “estado de vulnerabilidad”, con el fin de dar paso al cierre de investigación, si se toma en cuenta que la mencionada figura solo podrá asentarse hoy en aquellos fallos o decisiones judiciales, dado el gran vacío expreso con que hoy cuenta nuestro ordenamiento Jurídico.

Quede claro que la forma, y se habla de forma, de dar paso a la figura será por medio de “*lege ferenda*” al Artículo 657 de Nuestro Código Civil y Comercial de la Nación y se considera relevante hacer una última cita como cierre al concepto vertido,

Trabajo Final de Graduación

con el fin de avalar la falta de legislación, los vacíos que viene a cubrir la jurisprudencia en materia de referente afectivo,

“(...) considerando todo lo valorado y siendo que este tribunal debe ser sumamente cauto en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad, debiendo además mantener aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables y ponderando el interés superior de la menor, corresponde admitir la homologación de lo acordado, con la expresa salvedad de disponer que se mantenga un régimen comunicacional limitado con la familia de origen (...)” cita extraída del mismo fallo.

Con esto se da cierre al presente capítulo dónde se pretendió a través de los mencionados fallos, lograr un análisis de cómo la jurisprudencia va dando nacimiento a nuevas soluciones y marcando precedente para nuevas legislaciones, dado que el referente afectivo es una institución como ya se lo menciona en constante evolución, todo esto para dar paso al último capítulo donde se tratará la normativa comparada vigente y que ha servido y sirve de base al obrar de la justicia.

Capítulo 4: Derecho Comparado

Capítulo 4: Derecho Comparado

En este capítulo se analiza el derecho comparado, se hará un recorrido por algunos países de América latina y Europa en post de comparar como ha ido evolucionando, la temática planteada.

Si bien, es complejo arribar concretamente a un concepto en pleno auge de evolución, como lo es el “referente afectivo” dado que el mismo surge tal se ha logrado arribar en toda la investigación de fallos jurisprudenciales, tal se ha venido manifestando se habrá de estar en cada caso concreto ante la vulnerabilidad de cada situación in situ.

Logrando al final del presente arribar al objetivo oportunamente planteado, de **presentar a partir del derecho comparado la responsabilidad parental, su delegación, para llegar así al punto central la figura del “referente afectivo”**.

4.1. El Contexto Mundial luego de la Convención de los Derechos del Niño (CDN)

Como punto de partida y previo a entrar en el análisis de la legislación comparada, es menester destacar que la Convención de los derechos del Niño, que entró en vigencia el 7 de septiembre de 1990 cuando 20 países, todos miembros de Naciones Unidas lo ratificaron, ha provocado un alto conceso en los gobiernos del mundo. ¹⁵

“(...) En la actualidad solo tres países no han ratificado la convención: Estados Unidos, Somalia y Sudan del Sur, lo que significa que de los 195 estados soberanos e independientes que forman las Naciones Unidas 192 firmaron la convención y solo dos no la ratificaron. (...)”

Es por ello que el mundo ha puesto la mirada en un derecho de familia universalizado y humanizado, surgiendo la necesidad en cada uno de los estados

¹⁵

Extraído de <https://www.humanium.org/es/signatarios-convencion>. Fecha de consulta: 5/10/2018.

que han ratificado la convención mencionada, de modificar, adaptar leyes de infancia y de familia a la luz de los derechos humanos.

“(…) En este escenario de “democratización de las relaciones familiares”, y en consonancia con los principios internacionales tales como el reconocimiento de los niños como sujetos de derecho, el consecuente principio del interés superior del niño y la autonomía progresiva de niños y adolescentes, es que el vínculo entre padres e hijos deja de girar en torno a la noción de “potestad” o “poder” para que empecemos a hablar de “responsabilidad”. Este reemplazo no solo es terminológico, sino que focaliza la transformación de fondo que se ha sucedido en la vida y en la dinámica intrafamiliar, particularmente en la relación y vínculo entre paterno-filiales. (...) si bien la cita es del extracto algunas consideraciones me pertenecen. ¹⁶

Esta modificación terminológica ha operado en varios países del mundo, algunos ordenamientos han cambiado la denominación de "patria potestad" por la de "autoridad parental"; otros por "responsabilidad parental" como acontece, por ejemplo, en el Código Civil Español modificado por Ley 26/2015 y en nuestro Código Civil y Comercial.

“(…) Asimismo, varios países que ratificaron la CDN han dictado reglamentaciones internas de protección integral a las niñas/os y adolescentes, reconociéndolos como sujetos de derechos y ya no cosificando, libertades-derechos, consagrando el principio del interés superior del niño como eje rector, la seguridad jurídica y el derecho-potestad a ser oído en un tribunal, entre ellos Uruguay, Paraguay, Nicaragua, Ecuador y España. (...)” ¹⁷

4.2. El Referente Afectivo como uno de los Supuestos dentro de la Figura de la Delegación de la Responsabilidad Parental en el Derecho Comparado.

¹⁶ Extraído de <https://www.humanium.org/es/signatarios-convencion>. Fecha de consulta: /5/10/2018.

¹⁷ En cita a extracto recuperado de Ley N° 17.823 CDIGO DE LA NIEZ Y LA ADOLESCENCIA (Uruguay); LEY N° 1680 CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA (Paraguay), Ley N° CODIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA (Nicaragua), Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (España)

Trabajo Final de Graduación

En este apartado, se analizará la legislación vigente de España y Chile, a fin de formular una breve reseña, sobre la temática a abordar, que nos permita aproximarnos a posibles soluciones que consagran estos países ante determinadas situaciones, que ante la gravedad y excepcionalidad todo en pos del resguardo de los derechos del niño pueden derivar en la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental a terceros, parientes o no parientes.

Profundizando el análisis en aquellas situaciones en que el cuidado temporal del niño puede estar a cargo de un referente afectivo, y con esto, a cargo de personas estrechamente vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, pero que no se encuentran unidos por un vínculo de parentesco, sino por lazos afectivos sólidos.

4.2.1. La Legislación Vigente en España – Referente Afectivo- Concepto definido en la Norma, 103.1 c.c. aunque sin auto denominación como tal.

Avanzando en profundidad se hace una acotada referencia a las cuestiones terminológicas apuntadas *supra*, se encuentra vigente en España la Ley 26/2015, de 28 de julio de 2015, la que modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que si bien acogió expresamente el término “responsabilidad parental” en su ordenamiento, con las pautas muy similares a Nuestro ordenamiento y leyes especiales en que refiere al concepto del cual derivará como uno de sus posibles supuestos, referente afectivo, este ordenamiento no lo menciona en forma taxativa aunque reconoce y hace lugar a que los mismos sean oídos, a la intervención auxiliar judicial, aunque aún sigue siendo materia de evolución el mencionado término.

Y en cita al artículo 154 CC Español (modificado por la Ley 26/2015) el mismo ordena...

“Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de sus progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2. Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes

Trabajo Final de Graduación

de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.”

A modo de hacer un acotado análisis final, se dirá que si bien tal se manifestó el mismo recepta la clara y visionaria conceptualización acogiendo el término “responsabilidad parental” en un claro aggiornamiento al nuestro, entendiendo como tal el conjunto de responsabilidades y obligaciones para con el menor, marca la clara tendencia hermanada con nuestro ordenamiento jurídico de preservar o revitalizar tanto la audición del menor y con esto el interés superior del niño como preservar la importancia que posee el director del proceso esto es S.S. y la resolución jurídica como herramienta ultima en estos supuestos de especial gravedad, como lo son siempre los asuntos relacionados a vínculos familiares que incluyen menores y por tanto estados vulnerables tan sensibles en cualquier estado, religión, cultura o sociedad, no importa que tan evolucionada o involucionada esta se encuentre... hay menores... hay urgencia y con esto el derecho deberá siempre cuidar cintura, mediatez y urgencia sin olvidar celeridad inmediata superior.

En cuanto a uno de los ejes centrales de esta investigación, la posibilidad de delegar el cuidado del niño a un tercero, que no sea un pariente biológico, se haya específicamente previsto en el artículo 103 Código Civil Español. Este tipo de guarda y custodia tiene carácter excepcional y contempla un supuesto en el que ninguno de los progenitores puede asumir el cuidado del menor.

La decisión de atribuir la guarda de los menores a un tercero sólo podrá tener lugar cuando concurren circunstancias especiales que así lo justifiquen en razón del interés superior del hijo y con carácter de excepcionalidad, tal y como se contempla en el artículo 103.1 CC español que en cita refiere...

“Excepcionalmente los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez.”

El Código Civil Español, contemplará además la posibilidad de delegar el cuidado personal del niño por razones graves, temporarias y debidamente acreditadas a la Entidad Pública, este tipo de guarda puede ser ejercida mediante acogimiento familiar o residencial. Puede tratarse de una entrega voluntaria, por un plazo

Trabajo Final de Graduación

determinado que no puede superar los dos años, salvo que el interés superior de niño aconseje su prórroga. O bien puede ser dispuesta por decisión judicial como medida de protección.

Con esto se trasluce a plena vista, la misma tendencia acogida en Nuestro Ordenamiento que tanto se cuestionó tal se viene analizando en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en Argentina, y que por razones de evitar delito de venta de menores y demás ya analizado oportunamente supra no se logró receptar y es precisamente la disidencia que ha motivado este trabajo de investigación.

A continuación, se transcribe el artículo 172 bis del C.C Español con su manda...

“(...) Cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad Pública que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario, que no podrá sobrepasar dos años como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de las medidas. Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo. (...)”

Y continúa diciendo...

“(...) La entrega voluntaria de la guarda se hará por escrito dejando constancia de que los progenitores o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del menor, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Entidad Pública garantizándose, en particular a los menores con discapacidad, la continuidad de los apoyos especializados que vinieran recibiendo o la adopción de otros más adecuados a sus necesidades”.

Para finalizar afirmando...

“(...) La resolución administrativa sobre las asunciones de la guarda por la Entidad Pública, así como sobre cualquier variación posterior de su forma de ejercicio, será fundamentada y comunicada a los progenitores o tutores y al Ministerio Fiscal. 2. Asimismo, la Entidad Pública asumirá la guarda cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda, adoptando la medida de protección correspondiente (...)”

Trabajo Final de Graduación

Aquí es dónde puede traslucirse un alejamiento en comparación a nuestro ordenamiento, en el que el menor queda a disposición de adopción y no de re vinculación como lo es en el derecho español.

Siguiendo en el análisis del Código Español y por considerarlo relevante al cierre del mismo se dirá al respecto que el mismo en mera síntesis precisa que la guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial, el mismo se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública y se ejercerá por el Director o responsable del centro donde esté acogido el menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores. Se establece que el acogimiento familiar podrá tener lugar en la propia familia extensa del menor o en familia ajena, conforme lo regula el art 173 bis del Código Civil Español, con esto a todas luces se vislumbra las facultades que este sistema le otorga a quien está frente al niño “Director del Centro” y no así a un Juez o Tribunal como lo es en nuestro ordenamiento, con esto queda marcado un claro alejamiento.

Por último, se denotara que si bien, el interés del menor aparece arraigado en el Derecho Español como uno de los criterios rectores del derecho de familia, como se destaca principalmente en numerosos preceptos del mencionado Código Civil, para lo cual se recomienda su lectura, en la que no se ampliara en este apartado por escapar a la presente, donde se alude al interés superior del niño (artículos 92, 154, 156, 159, 161, 170, 172.4, 176.1, 180.2, 216, 224 CC), tampoco se lo considera determinante como sí lo es en Nuestro ordenamiento donde el mismo principio es El Principio en familia que trabajara de la mano y absolutamente hermanados con el de seguridad Jurídica, audición de los menores y director del proceso S.S.

A modo de cierre se dirá que, si bien tal se plasmó la hermandad en algunos principios y recepción de conceptos, también queda marcada la gran brecha en la reglamentación y puesta en marcha de la situación definitiva de ese niño, como así también en las autoridades que llevaran adelante el proceso, en definitiva.

Ahora se dará lugar a otra legislación, en este caso latinoamericana, en breve reseña en pos del comparativo.

4.2.2. La Legislación Vigente en Chile – Referente Afectivo – Concepto incorporado en el ordenamiento, aunque en pos de evolución.

Para comenzar en un acalorado análisis se marcará una de las grandes diferencias en que este país pone su sello distintivo.

En pos de no hacer tediosa lectura al respecto, se hará una síntesis del recopilado leído de diferentes recursos, razón por la que no se hará cita textual específica, recientemente el gobierno de Chile ha creado el Consejo Nacional de la Infancia, con miras a contar con un sistema integral de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia, que se traduzca tanto en un marco jurídico de garantías como en un sistema coherente de políticas de largo plazo.

En consecuencia, se ha presentado un plan como y en cita a “El libro de Política Nacional de la Niñez y Adolescencia 2015/2020¹⁸.”

“(…) uno de los pasos más importantes de este proceso. en él se expone la Política nacional de niñez y adolescencia 2015-2025, orientada por un horizonte de criterios claros y precisos, que se asume el desafío de avanzar progresivamente en la creación de las condiciones políticas, normativas e institucionales necesarias para la aplicación integral de la Convención sobre los derechos del niño, texto ratificado por Chile hace 25 años (…)”.

De ello se puede desprender en análisis somero, que la legislación chilena sobre la niñez y la familia se encuentra en pleno proceso de adaptación y adecuación a los principios de derechos humanos. Análisis este que me pertenece.

Como así se trasluce que en Chile se sigue utilizando la expresión “patria potestad”, para cuestiones matrimoniales y el Código Civil al receptorla en su manda define, en cita al artículo 243 Código Civil Chileno...

“(…) La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados. La patria potestad se ejercerá también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer”.

¹⁸ Extraído de http://www.consejoinfancia.gob.cl/wp-content/uploads/2016/03/POLITICA-2015-025_versionweb.pdf.

Fecha de consulta: 1 05/10/2018

Trabajo Final de Graduación

Con fines aclaratorios solo se mencionará que en el año 2013 la ley 20680, introdujo una serie de reformas en el Código Civil en relación a cuestiones relativas al cuidado personal del hijo incorporando nuevos principios a la materia, alguno de los cuales serán incorporados someramente analizados a continuación.

En cita al artículo 224 del Código Civil Chileno por ejemplo manda...

“(...) el padre o madre sobreviviente, tendrán el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos. El cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez.”

Aquí nuevamente el somero análisis se vislumbra hermandades con nuestro ordenamiento y disparidades, si bien se respeta y reconoce tal en Argentina el director del proceso, en un Juez, se respeta la venia judicial necesaria, aún se mantiene y sostiene el viejo concepto “patria potestad” que tanto costo abortar en nuestro sistema, aunque es de destacar el nacimiento de nuevos lineamientos por los cuales, ejemplo, a ambos padres, vivan juntos o separados, le corresponde el cuidado personal del hijo y participarán en forma activa, equitativa y permanente en su crianza y educación.

Entonces si bien es destacable observar, que se admite la posibilidad de que el juez en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, pueda confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño, aquí nos hermana en prioridades, conforme a los criterios establecidos por ejemplo en su artículo 225-2. del Código Civil Chileno, en la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y en especial a los ascendientes, lo que hace una clara alusión a los abuelos, claramente hermanados en tratados internacionales reconocidos, como así también en el principio rector donde el juez deberá oír a los hijos y a los parientes tal presta conformidad su 226 del mismo plexo normativo, el cual para abundancia se transcribe a continuación...

“Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes. En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y, sobre todo, a los ascendientes.”

Y continúa en su artículo 227

“En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oirá a los hijos y a los parientes...”

Y a los fines de dar un cierre al presente análisis, se transcribe la letra de manda en su artículo 225-2 en el cual queda sentado, que, el interés superior del niño se consagra como principio rector en el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, en cita...

“En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias: a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar. b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad. c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo. d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229. (...)

Y continúa diciendo...

“(...) e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades. f) La opinión expresada por el hijo. g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar. h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio. i) El domicilio de los padres. j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.”

Con este cierre expuestos ya los principios rectores, hermandades y diferencias y por no sobreabundar se expone una breve conclusión del presente capítulo dando lugar a una conclusión final.

4.3. Conclusión

En este capítulo se intento efectuar una breve reseña del contexto internacional tomando de paradigma dos sistemas si bien relativamente hermanados, distantes en matrices sociales, cambios culturales y bases sociales claramente distintas, aunque, en relación al alto grado de adhesión de los países que conforman Naciones Unidas a la Convención de los Derechos del Niño y sus esfuerzos por adaptar su legislación interna a dichos principios, todo lo cual ha derivado en un cambio global de los paradigmas rectores del derecho de familia y el reconocimiento de los niños como sujetos de derechos, teniendo “el interés superior del niño” como base y eje de los cambios legislativos, en pos de ir alejándonos de antiguos conceptos donde se cosificaba al niño/a, y no se reconocía al verdadero “sujeto de derecho” que el mismo es, básicamente caminamos hacia la humanización del derecho desde el derecho aplicado.

Se observó que la legislación española admite que ante situaciones excepcionales se pueda encomendar el cuidado de hijos a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea a través de la Entidad Pública, que puede ser una familia de acogida (dentro de la familia extensa del menor o ajena), o bien un acogimiento residencial. En consecuencia, el derecho español no establece las limitaciones que impone nuestro Código, en cuanto a que sólo admite la delegación a terceros que revistan la calidad de “parientes”, ampliando la posibilidad a la familia extensa del niño y a otras personas que así lo consientan, haciendo clara analogía a lo que nuestra legislación define como referentes afectivos. Al igual que nuestra legislación siempre tendrá intervención el juez quien decidirá en miras al interés superior del niño, a quien deberá oír.

En cuanto a la legislación chilena, se trató de mostrar que se encuentra en un proceso de adecuación de su normativa de niñez y familia a los principios de derechos humanos. Se destacaron reformas al Código Civil, en las que se prevé la posibilidad de delegar el cuidado personal del hijo a terceros. Si bien el código se refiere a “*otra persona o personas competentes*”, sin aludir expresamente a parientes, se recomienda al juez que en la elección se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes, el juez deberá decidir de conformidad al interés superior de niño a quien también deberá oír. Sin embargo y pese a la alusión

Trabajo Final de Graduación

que la norma chilena hace a la preferencia de los abuelos, esta limitación no es tajante como en nuestro código, ya que deja abierta la posibilidad de que el cuidado del niño esté a cargo de personas competentes que no necesariamente deban tener vínculo de parentesco, pudiendo claramente tratarse de lo que en nuestro derecho se denomina referentes afectivos del niño.

Entonces, ambas legislaciones analizadas admiten ante situaciones graves y excepcionales la posibilidad de delegar temporalmente el ejercicio de la responsabilidad parental a terceros, que pueden o no tener vínculos de parentesco con el niño, no siempre con intervención del juez, dado que en algunas se otorgara mayores facultades a las instituciones, otras al juzgado, pero siempre ponderando el **interés superior del niño**.

Conclusión

Final

Trabajo Final de Graduación

A lo largo de este Trabajo final de Graduación, se ha abordado la problemática que emerge, cuando en pos de fortalecer el ordenamiento jurídico familiar vigente, prevalecer los vínculos paterno filiales, tal lo abala nuestro derecho, sin menoscabar el derecho del niño a respetársele sus más sagrados deseos, libertades y garantías frente a una guarda jurídica, aunque nociva para ese menor, aunque sea pariente ¿Cómo se resguarda el estado jurídico vulnerable en qué queda dicho menor? ¿Por qué no considerar a un pariente afín por sobre el vínculo biológico?

En el desarrollo de los capítulos que conforman este trabajo, puede advertirse que y de acuerdo a la doctrina, la responsabilidad parental, entendida como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado, comprende al tema tratado, porque es precisamente este conjunto de deberes y derechos obligados por la norma el que se ataca con las acciones tendientes a lograr incorporar esta novedosa figura que viene a resolver situaciones tan graves y vulnerables para niños /as, que hacen a la base de la presente investigación.

Siendo el objeto de estudio de este Trabajo Final de Graduación, analizar la situación jurídica vulnerable de los menores en cuanto al respeto del principio rector en familia interés superior del niño/a, a ser oídos, la seguridad jurídica frente a la normativa vigente que resguarda solo la delegación de la responsabilidad parental, la guarda excepcional, exclusivamente favorable para el adulto-pariente, se indica aquí que respetar la letra fría de la norma nos llevaría a perjudicar drásticamente la situación de un niño/a.

Cuando puede ocurrir que el menor ya este seguro con un adulto que si bien no es pariente sanguíneo, el ya haya comenzado a escribir su proyecto de vida, y sea perjudicial, innecesario y no querido por el cambiarla.

Ahora bien, la conducta humana referida a las relaciones de familia y su relación con un referente afín es compleja. Las representaciones de la sociedad toda, siguiendo toda matriz cultural, será siempre el principal objetivo en la vida fundar una familia. Más allá de toda consideración, el mandato social de ser padres, se impone, padres biológicos o adoptivos, o abuelos, o tíos, pero nunca habría sido el amigo que es tío sin serlo, el vecino que cuida más que cualquier familia que lo es en los hechos pero no en el derecho. Y con esto el referente afectivo, investigado en el derecho. Sin embargo, es

Trabajo Final de Graduación

sabido que no todas las relaciones se constituyen, prosperan o concluyen de la misma manera, ni con los mismos objetivos.

Luego se investiga la cuestión que permite determinar emplazamiento jurídico a la guarda excepcional. En este sentido, el referente afectivo es donde cobra protagonismo, cuando esta figura comienza a ser la única solución sólida, el único escape a la mencionada situación de vulnerabilidad de ese menor en ese momento. Aquí es donde se analizó la posible “salida de la “*lege ferenda*” avalada de alguna manera con el artículo 657, el cual es el único halo de luz para su apertura dentro de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación.

Luego se advierte desde los aportes del derecho comparado. En cuanto a la regulación, que el principio rector siempre será una constante, esto es el interés superior del niño, la seguridad jurídica, el derecho a ser oído, doctrinariamente con algunas diferencias mínimas, pero no hace gran aporte diferenciador, al sistema vigente en nuestro país.

La ausencia de reglamentación explícita, deja librado a la voluntad de los ordenadores jurídicos, el arbitrio de cada situación. En este marco, de vacío legal, cada caso que ha llegado a los tribunales ha sido resuelto por la discrecionalidad del operador jurídico.

De esta manera, no pueden preverse resultados ecuanímicos para todos los casos y, la ausencia de explicitación en la norma genera un espacio donde la inseguridad jurídica se impone, teniendo en cuenta lo delicado y complejo del tema en cuestión. Al mismo tiempo, en la actualidad, cada vez es mayor la necesidad de regular explícitamente sobre este estado de los menores, dado que, los cambios en la sociedad, respecto a las relaciones como ya antes se mencionó, avanzan a pasos agigantados mientras que la reglamentación sigue otros tiempos.

Los artículos analizados del Código Civil que regulan la temática abordada, son insuficientes y ameritan modificaciones en temas tales como lo relacionado al referente afectivo, por ejemplo, como una probable opción, el verdadero alcance de la ley 26061, su reglamentación otorgada por decreto 415/06, la ley provincial 9944, opción que resolvería de llano una situación tan sensible y compleja de esos niños/as, dado que su vida no puede suspenderse ni cambiar intempestivamente, mucho menos vivir en una incertidumbre que también perjudica a terceros que con Él se relacionen.

Trabajo Final de Graduación

Se analizan los distintos tratados de raigambre constitucional incorporados como tales a partir de la reforma de mil novecientos noventa y cuatro, y que dan grandes respuestas a las controversias hoy plasmadas en los tribunales.

Al finalizar se dirá entonces que el mundo del Derecho deberá legislar con claridad suma para acompañar a aquellos menores que quieran resolver su situación con esa persona que ellos mismos consideran familia, sin que se vea coartado por falta de una legislación adecuada. Esto es así, porque lo que se reclama como derecho es que sea respetado el interés supremo de esos niños/as, que estos sean oídos, que sea respetada la seguridad jurídica y con esto que sea incorporada la mencionada figura de “referente afectivo” como respuesta sólida como alternativa válida frente a tan excepcionales situaciones de gravedad y vulnerabilidad de esos menores.

La vida se construye en un día a día, y se es quien es, por la propia historia por la vivida, por los seres que lo han rodeado, que lo han contenido y han sido familia sin serlo, identidad la que nos hace únicos, ser quien es y no otro, entonces no puede resolver cambiarse por el mero ordenamiento en su letra fría que sea la solución parientes, si los que no lo son en el derecho lo han sido en los hechos, no extraños sino hasta el momento ni más ni menos que miembros de su grupo de pares más próximos, se tendrá que resolver de la manera que mejor respete el superior interés del menor, aunque dicha resolución no beneficie al prescripto por la norma.

En post de dar cierre a esta investigación, y plasmar una propuesta de solución a los interrogantes que dieron nacimiento, motivaron la presente, los cuales fueron, ¿hasta dónde el código civil en su letra fría y tan solo su letra prevalece frente a los derechos inalienables de los niños/as en ese contexto?, ¿Deberán los ordenadores jurídicos estarse- frente a este dilema- solo a lo dispuesto en el derecho escrito, o deberán priorizar como se analizó en la jurisprudencia citada resguardar la voluntad del niño/ña en cada caso concreto?.....

Al tratarse aquí de un dilema teórico, y con esto una situación compleja, dado que cualquiera sea la solución a la que se arribe siempre perjudicará a una de las partes, arribar a una propuesta única no sería ni justa ni razonable para todos los casos por igual.

Como el interés de la presente investigación es atender el estado jurídico vulnerable del aquí en riesgo, niño/ña, en el que queda cuando su grupo más próximo, su familia, es precisamente su escenario de peligro, quien o pone en vulnerabilidad en

Trabajo Final de Graduación

verdadero riesgo, la propuesta más conveniente sería estarse a cada caso en concreto, analizar la verdad real, construida por el que nunca pudo elegir, y con esto analizar legislar el derecho a la continuación de esta figura (referente afectivo) por ejemplo, para cuando el mencionado análisis derivo en la conclusión que ese SER, ya había construido una vida, larga o no, con esa realidad segura y puede que no elija cambiarla sino todo lo contrario, a más que con esto no sea respetada tal se dijo, la letra llana y fría de la norma.

Referencias Bibliográficas

Trabajo Final de Graduación

Doctrina

Belluscio, A. C. (1987) *Manual de Derecho de Familia*. T.1. Buenos Aires: Editorial DePalma.

Belluscio, A. C. (1991) *Manual de Derecho de Familia*. T.1. Buenos Aires: Editorial DePalma.

Bossert, G. y Zannoni, E. A. (2000). *Manual de derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Bossert, G. y Zannoni, E. A. (2016). *Manual de derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Butteler Caseres, J. (1999) *Manual de Derecho Civil. Parte General*. Córdoba: Editorial Advocatus.

Cafferata, J. I., (1978), *La guarda de menores*, Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea.

Díaz de Guijarro, (1963) *Tratado de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial TEA.

Diccionario jurídico web, Recuperado de [http:// www.abogadosconjuicio.com](http://www.abogadosconjuicio.com).

Krasnow, A. (1996) *Pruebas biológicas y filiación*. Rosario: Ed. UNR.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Introducción", en Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa - Lloveras, Nora, tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial 2014, t. i, Rubinzal-Culzoni, santa fe, 2014, p. 10. Extraído de <http://www.ejuridicosalta.com.ar/files/Manual de Derecho de Las Familias.pdf>. Fecha de consulta: 29/11/2018.

Lloveras, N. (2016), *Manual de Derecho De Las Familias*. Córdoba: Editorial Mediterránea.

Lloveras, N. (2016), *Practicas y Estrategia. DERECHO DE FAMILIA – T1 (Con Orlandi, O. Faraoni, F.)* Córdoba: La Ley.

Trabajo Final de Graduación

- Mizrabi, M. (2015) *Responsabilidad Parental*. Buenos Aires- Bogotá: Editorial La Astrea.
- Pitrau, O. F., (1990), *La guarda de menores*, en Revista de Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 4, Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot.
- Tavip, G. E., (2018), *El derecho de las familias a la luz del CCyCN*, Córdoba, Argentina. Editorial Nuevo Enfoque Jurídico.
- Vieytes, R. (2004). *Metodología de la investigación en organizaciones, mercado y sociedad*. Buenos Aires: Ed. De las ciencias.
- Yuni J.A. Y Urbano C.A. (2003). *Técnicas para investigar y formular Proyectos de investigación*. Córdoba: Ed. Brujas.
- Zannoni, E. (1990) *Derecho Civil. Derecho de Familia*. T. II. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Zannoni, E. A., (1998) "Derecho de Familia", TII, p. 480, Astrea.

Legislación

- Código Civil chileno. Recuperado el 18/09/2013 de <http://corraltalciani.files.wordpress.com>.
- Código Civil España. Recuperado 18/09/2013 de <http://www.uned.es/escuela-practica-juridica>.
- Código Civil y Comercial de la República Argentina. (2014). La Cava. Buenos Aires. Editorial Infojus.
- Decreto 2034/85 Ley 23054. 1985.
- Decreto 415/06. (2006). *Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*. Bs. As. Publicado el 18/04/2006, Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/1100004999/1100778/norma.htm>

Trabajo Final de Graduación

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-999/1100778/norma.htm>

La Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de san José de Costa Rica.

LEY 26061, Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, Buenos Aires, Argentina, Sancionada el 28 de Septiembre de 2005, Promulgada el 21 de Octubre de 2005, Recuperada de

LEY 26994. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Buenos Aires, Argentina, Sancionada el 1 de octubre de 2014, Promulgada el 7 de octubre de 2014, Edición al cuidado de Manuel E. Rodríguez Juárez, (2014). Editorial Mediterránea.

LEY 9944. Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Provincia de Córdoba, Córdoba, Argentina, Sancionada el 4 de mayo de 2011, Publicada el 3 de junio de 2011, Recuperado de <http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/0/30D3D607469A7195032578A800729695OpenDocument&Highlight=0,9944>

Jurisprudencia

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, Sala I, Resolución XXX 23/09/1999, "E. J. y otros s/art. 10 ley 10067. Recuperado de <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/06/Doctrina2397.pdf>. 05/10/2018.-

Juzgado de competencia múltiple. Cura Brochero. Sentencia N° 1 de fecha 27 de marzo de 2017, "C., J. G. -CONTROL DE LEGALIDAD". 2017. Recuperado el 29/04/2018 de www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2017/05/Fallos2910.pdf

Juzgado de Control, Niñez, Penal Juvenil y Faltas, Secretaría de Niñez y Penal Juvenil de Deán Funes. Resolución: Auto n.º 21. Fecha: 18/04/2017, "Q. L. M.; Q. F.; Q. J. C. – Control de legalidad de medida excepcional.". Juez: José María Exequiel Smith.(...)" Recuperado el 26/09/2018 de <http://boletindigital.justiciacordoba.gob.ar/?p=1164>.

Juzgado de Primera Instancia Civil Comercial Familia 6ta Nominación Secretaria 12.

Trabajo Final de Graduación

Rio Cuarto. Sentencia N° 204 de fecha 17/08/2017, "T., N. S. y Otro –Solicita Homologación". Solicitado en el mismo Juzgado – Cortesía de la Dra. Martínez de Alonso Juez de Primera Instancia. De fecha 3/10/2018.

Links citados

Extraído de [http://www.ejuridicosalta.com.ar/files/Manual de Derecho de Las Familias.pdf](http://www.ejuridicosalta.com.ar/files/Manual_de_Derecho_de_Las_Familias.pdf). Fecha de consulta 29/11/2018. (13)

Extraído de [http://files.unicef.org/argentina/spanish/Cuadernillo Ley 13298.pdf](http://files.unicef.org/argentina/spanish/Cuadernillo_Ley_13298.pdf). Fecha de consulta: 20/08/2018-(27)

Extraído de [http://files.unicef.org/argentina/spanish/Cuadernillo Ley 13298.pdf](http://files.unicef.org/argentina/spanish/Cuadernillo_Ley_13298.pdf). Fecha de consulta 20/08/2018.- (28)

Extraído de <http://www.oas.org/>. Fecha de consulta 22/09/2018 (29)

Extraído de <https://comercioyjusticia.info/blog/justicia/la-participacion-de-los-ninos-y-adolescentes>. Fecha de consulta: 26/11/2018. (30)

Extraído de CS, 26/03/2008, “A., M. S.”, DJ, 2008-2-772 Fecha de consulta: 26/11/2018. (30)

Extraído de Del voto del Dr. Eugenio Zaffaroni, en causa “M. D. H. c. M. B. M. F.”, CS, 29/04/2008, LA LEY, 2008-C, 540. Fecha de consulta: 26/11/2018

Extraído de <https://enfoquejuridico.org/2016/02/10/el-derecho-del-nino-a-ser-escuchado-y-la-obligacion-del-juzgador-de-escucharlo>. Fecha de consulta: 26/11/2018 (36)

Extraído de <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/06/Doctrina2397.pdf>. Fecha de consulta: 20/08/2018. 40

Extraído de <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/06/Doctrina2397.pdf>. Fecha de consulta: 20/08/2018. 41

Extraído de <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/download/3916/3728/>. Fecha de consulta 20/08/2018. 44

Extraído de <http://boletindigital.justiciacordoba.gob.ar/?p=1164>. Fecha de consulta: 26/09/2018. 44

Trabajo Final de Graduación

Extraído de <https://www.humanium.org/es/signatarios-convencion>. Fecha de consulta: 5/10/2018. 54

Extraído de <https://www.humanium.org/es/signatarios-convencion>. Fecha de consulta: /5/10/2018.

En cita a extracto recuperado de Ley N° 17.823 CDIGO DE LA NIEZ Y LA ADOLESCENCIA (Uruguay); LEY N° 1680 CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA (Paraguay), Ley N° CODIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA (Nicaragua), Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (España)... 55

Extraído de http://www.consejoinfancia.gob.cl/wp-content/uploads/2016/03/POLITICA-2015-025_versionweb.pdf. Fecha de consulta: 105/10/2018

Trabajo Final de Graduación

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista	Carol Lugones Noelia Yanina
DNI	DNI: 29.402.530
Título y subtítulo	“Referente Afectivo: una novedosa respuesta a situaciones de vulnerabilidad del niño”
Correo electrónico	yaninacarol@hotmail.com
Unidad Académica	Universidad Siglo 21

Trabajo Final de Graduación

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	si
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	Si

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: Rio Cuarto, 04 de marzo de 2019

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____certifica que
la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.

Trabajo Final de Graduación

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado