

## **GUARDA A UN TERCERO:**

**Sumario. 1. Concepto de guarda. 2. Regulación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. 3. Inconstitucionalidad del art. 657 del Código Civil y Comercial de la Nación: el interés superior del niño y supuestos de especial gravedad. Interpretación doctrinaria y antecedentes jurisprudenciales. 4. Consideraciones finales.**

*Por Daniel Luján*

La sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha traído luz a muchas cuestiones vinculadas al Derecho de Familia y al Derecho constitucional de Familia fundadas en los nuevos paradigmas que enrolan a las relaciones afectivas y personales de la materia.

Sin embargo, la trascendencia del espíritu del legislador por proteger determinados intereses sensibles al derecho, ha descuidado la tutela integral de situaciones ancladas en el silencio normativo, lagunas jurisprudenciales, y la consecuente necesidad imperiosa por resolver de la manera más efectiva posible, la afonía en relación de actos jurídicos puntuales.

Tal es el caso de la *guarda a favor de un tercero*, que no fue receptada favorablemente en el texto del art. 657 del CCyC, pero que ya aparecía en el Anteproyecto del Código unificado.

Es clara la postura parlamentaria de no resolver el asunto en discusión. Sin embargo, a la luz de los tratados internacionales incorporados a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, la legislación comparada y los antecedentes jurisprudenciales, el hecho puntual de no permitir inequívocamente la posibilidad de otorgar la guarda a favor de un tercero que no sea familiar, resulta de interpretación en forma contradictoria a estos argumentos normativos.

Así, corresponde autorizar la guarda a individuos que no sean familiares, cuando la decisión se funde en argumentos que sirvan para evitar la institucionalidad o que se coloque al niño en situación de riesgo, vulnerabilidad, y no exista otro remedio posible, priorizando el interés superior del niño<sup>1</sup>, por encima de las necesidades de los padres.

### **1. Concepto de guarda:**

Antes de iniciar el camino propuesto por el nuevo Código Civil Comercial, resulta imprescindible establecer una definición respecto del instituto de la Guarda dentro del ordenamiento jurídico argentino. En este sentido “guarda” tiene significados diferentes dependiendo del prisma con el que se lo observe.

---

<sup>1</sup>“El interés superior del niño, incorporado en el nuevo Código Civil y Comercial abrevia en la dignidad misma del ser humano que se satisface cuando se lo reconoce en todos sus ámbitos como sujeto de derecho pleno” LLC, 2015 (septiembre ) 935.

Belluscio define a la guarda como el derecho deber de tener a los hijos consigo.<sup>2</sup>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”.<sup>3</sup>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”.<sup>4</sup>

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.”<sup>5</sup>

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<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup>

## **2. Regulación de la guarda en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación:**

---

<sup>2</sup> BELLUSCIO, A. C., 1991, Manual de Derecho de familia, Editorial Depalma, Buenos Aires

<sup>3</sup> CAFFERATA, J. I., 1978, «La guarda de menores», Editorial Astrea, Buenos Aires

<sup>4</sup> PITRAU, O. F., 1990, “La guarda de menores”, en Revista de Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 4, Editoria Abeledo-Perrot, Buenos Aires

<sup>5</sup> MEDINA, Graciela, “La guarda directa en el Código Civil y Comercial y en la jurisprudencia de la Corte Suprema” LL 06/08/2015, 5

<sup>6</sup> 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”).

<sup>7</sup> WAGMAISTER, A. M., 2000, «Adopción y mejor interés del niño», Revista de derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 16, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Para entender del instituto de la guarda, debemos ubicarla dentro del Libro Segundo, de las Relaciones Familiares del Código Civil y Comercial de la Nación, y mediante el juego -especialmente- del art. 104 (referido a la tutela, y basado en un proceso de guarda anterior); art. 611 (concerniente a la guarda de hecho y la prohibición expresa de la entrega directa); art. 640 inc. C (único supuesto previsto por el legislador en el que prevé la figura de la guarda otorgada por el Juez a un tercero); art. 643 (delegación de la guarda de los progenitores a favor un pariente); art. 657 (supuesto de especial gravedad donde el Juez puede otorgar la guarda a un familiar); art. 674 (delegación del ejercicio de la responsabilidad parental al progenitor afín).

Planteada la cuestión, la postura de legislador fue la de excluir del Anteproyecto del código unificado, la posibilidad de delegar la guarda a un tercero no familiar. Ello surge en principio, de la interpretación de los artículos referenciados en el párrafo anterior.

El principal motivo de la restricción sigue siendo evitar la comercialización de niños. Sin embargo —desde nuestro punto de vista- el sentido que se le imprime a la norma no respeta cabalmente el interés del niño frente al caso concreto, pues encierra una postura dogmática que parte de la presunción de mala fe de los progenitores. Presuponer que una mujer que entrega a su hijo, en realidad está vendiendo al niño o comerciando con terceras personas, es presuponer la mala fe. **Y como se sabe, la mala fe —en principio- no se presume.**<sup>8</sup>

Así las cosas, si el familiar propuesto para ejercer la responsabilidad parental y cuidado personal del niño resulta ser un familiar, no existe inconveniente. El problema se instaura cuando la persona sugerida para ocupar el rol, no es familiar. De la interpretación estricta del Código Civil y Comercial de la Nación, no surge otra alternativa que otorgar la guarda a un pariente. Pero entonces, ¿Dónde queda el interés superior del niño? O más coloquialmente, ¿qué hacemos con el niño? Porque, de aferrarnos a la letra dura de la normativa, la única solución posible que encontramos frente a la ausencia de familiares responsables, es la institucionalización del niño. Y esto va en absoluta colisión con los tratados internacionales que rigen la materia y que analizaremos en los siguientes párrafos.

Como alternativa, gran parte de la doctrina, la jurisprudencia y los efectores correspondientes mencionan a los *referentes afectivos*; que son aquellas personas estrechamente vinculados a los niños, pero que no se encuentran enlazados por un vínculo de parentesco, sino por un genuino vínculo de afecto que necesariamente deben ser respetados cuando contribuyan al interés superior del menor.

Dentro de los referentes afectivos encontramos a madrinas y padrinos religiosos, familiares afines sin vínculo civil (supuesto de relaciones informales o uniones convivenciales) tan idóneos o más que cualquiera de los familiares autorizados por ley para ostentar la guarda de un menor. Mas, dentro de la informalidad, que caracteriza a las relaciones afectivas con características especiales, también quedaría al margen de legitimación los abuelos paternos de aquel progenitor que no pudo o no quiso efectuar el reconocimiento de su hijo.

Ante estos interrogantes, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia resultaría desvirtuada si se limitaran a decidir problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda valorar, entre las cuales se sostuvo que al hacer prevalecer por sobre

---

<sup>8</sup> MEDINA, Graciela, ob. Cit. (lo resaltado me pertenece).

todos los intereses en juego, el del niño, que es el sujeto más vulnerable y necesitado de protección, "los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad, y mantener, en consecuencia, aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles."<sup>9</sup>

Es claro que el lugar natural del niño debe ser la familia. Nadie cuestiona esta premisa. Sin embargo es correcto afirmar que las relaciones interpersonales se han modificado y el derecho ha mutado casi paralelamente con ellas.

La Patria Potestad como conjunto de derechos y deberes que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo es remplazado por la expresión "Responsabilidad Parental". El cambio de terminología se fundamenta en que el vocablo "Patria Potestad" de origen latino se refiere a "Poder" que respondía a una estructura familiar en la cual el Pater Familia ejercía la autoridad sobre todo el grupo familiar. Una familia diferente a la de nuestros días. El cambio producido nos obliga a hablar de "las familias" que se configuran a partir de la libertad de elegir con quien se desea armar el proyecto de vida. Los diferentes tipos de familias pueden ser: heterosexual, homo afectiva; ensamblada; monoparental y Trans-familias formada por personas que han solicitado la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género auto percibida (ley de Identidad de Género 26.743) y familias convivenciales.<sup>10</sup>

El ejercicio de la responsabilidad parental y el cuidado personal de los niños debe ser adaptado a la realidad jurídica que vivimos. De nada ayuda que el cambio se produzca desde una perspectiva solo etimológica si ello no es acompañado con una necesaria adecuación a las nuevas relaciones jurídicas existentes. Suprimir la figura del referente afectivo como posibilidad para el ejercicio de la representación y cuidado de los niños significa un retroceso que no se puede justificar.

Será el juez, quien, como director del proceso deba establecer al grado preciso de certeza para justificar que a un no-pariente pueda permitírsele el rol de guardador, tomando para ello los recaudos necesarios a fin de disponer con carácter *cautelar* y de manera *urgente* una modificación del régimen de cuidado que ejercían los progenitores. De allí que el período de las guardas se extienda a un año.

La delegación de la guarda principalmente se resume en dos artículos: El Art. 643: "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<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup>SAMBRIZZI, Eduardo, "La Corte Suprema de Justicia de la Nación reitera su doctrina sobre la conveniencia de no modificar, en principio, situaciones de hecho consolidadas, en materia de guarda preadoptiva". J.A., 2008-II, Fascículo 8, pág. 22, J.A., Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2007-II-Suplemento, pág. 30, con nota aprobatoria de Zambrizzi Eduardo, "Otro fallo de la Corte en el que se le da preeminencia a los guardadores de un menor por sobre la madre de sangre". El fallo fue asimismo publicado en La Ley, 2007-B-685, y en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2007-III-1, con nota aprobatoria de LEVY, Lea M. - WAGMAISTER, Adriana M., "El mejor interés del niño entre la familia biológica y la familia adoptiva". ROVEDA Eduardo Guillermo y ALONSO REINA Carla F., "Código Civil y Comercial de la Nación" Comentado. Editorial La Ley, 1era edición. 2014. Tomo II Pág. 418 — 480, cita de Graciela Medina en el trabajo ya referenciado.

<sup>10</sup>MENDOZA, Elena B. La delegación del cuidado personal del hijo en el Código Civil y Comercial de la Nación. La guarda otorgada a un tercero DFyP 2015 (octubre), 33

<sup>11</sup>Art. 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

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. Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido".

Otra delegación es la prevista por el art. 657.-"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 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". El plazo de un año al que se refiere la norma, entiende gran parte de la doctrina, es discrecional del juez. Se deduce, que en mérito de esas mismas causales de especial gravedad, el juez podrá extender el plazo cautelarmente.

El guardador tiene deberes acotados a la vida cotidiana del niño mientras que la representación sigue en cabeza de los progenitores. "La delegación legal cubre el vacío al reconocer efectos jurídicos a las relaciones entre el niño y los adultos temporalmente responsables de su cuidado, por delegación conjunta de ambos progenitores o de uno de ellos, en su caso."<sup>12</sup>

### 3. El artículo 657 del CCyC: su inconstitucionalidad. El interés superior del niño y los supuestos de especial gravedad.

Hemos llegado al punto de analizar el art. 657 del Código Civil y Comercial de la Nación. En base a los fundamentos ya expuestos a esta parte, entendemos, y así promovemos, que debe considerarse la inconstitucionalidad de la norma, ya que colisiona con los tratados internacionales incorporados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y deja al niño -sin familiares referentes- en total desamparo jurídico. Esto se traduce, como ya anticipamos, en la reiteración de la institucionalización y surevictimización; mantiene el estado de vulnerabilidad y prolonga una situación de riesgo sin darle la oportunidad de afianzarse a esos lazos afectivos que pudiere haber creado en base a relaciones afectivas con personas no familiares o terceros.

La misma norma supone que, en determinadas oportunidades de especial gravedad, se puede justificar y alentar la guarda a favor de un pariente tomando como argumento primordial el *mejor interés del niño*. Pareciera ser que esa gravedad no adquiere notoriedad tal, para que la guarda se delegue en un tercero con quien el niño pudiere haber generado redes de afecto, confianza, y reciprocidad.

---

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. Esta delegación requiere la homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente".

<sup>12</sup>LLOVERÁS, Nora; Orlandi, Olga; Tavip, Gabriel. Responsabilidad Parental; pag. 58. Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014 tomo IV.

En relación al art. 657 del CCyC se entiende que: "...la importancia de esta norma radica en la imperiosa necesidad que la aplicación del sistema de protección de derechos, en el marco del derogado CC, evidenciaba. Un silencio legal que era suplantado por las más diversas creaciones jurisprudenciales, al punto de rozar, una vez más, una intervención de tipo tutelar, en la cual los niños, niñas y adolescentes permanecen a disposición de algún funcionario judicial o administrativo, aunque se utilizaran otros nomencladores jurídicos." (Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, y Sebastián Picasso, Infojus, Tomo II pag. 507).

I. En la opinión consultiva 17/200, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que "...la expresión "interés superior del niño" -art. 3º, Convención sobre los Derechos del Niño- implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y la aplicación de normas en todos los órdenes relativos a la vida de éste..." (Corte Interamericana de Derechos Humanos - 28/08/2002 - Opinión Consultiva OC- 17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pub. en L.L. 2003-F, 108, con nota de Carlos A. Carranza Casares; L.L., 2003-B, 313).

II. La Cámara de Apelaciones Departamental, Sala III, con voto de los Dres. Zampini y Gerez, con fecha 8 de octubre de 2013, en autos "S.G.C. s/ guarda de persona", señaló: "...Concretamente la atención principal al interés superior del niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. Este principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos, ante lo cual, frente al presunto interés del adulto se prioriza el del niño (Cfr. C.S.J.N., in re "S., C.", del 2/8/2005 pub. "El interés superior del niño. Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios", Tagle de Ferreyra, Graciela, directora, Edit. Nuevo Enfoque Jurídico; 2009, Córdoba, pág. 86/87)."

Para entender mejor la cuestión, es necesario analizar los supuestos para los cuales el legislador entendió se configura el supuesto de *especial gravedad*. Adherimos a la postura predominante que las asimila con los casos previstos por el art. 700 del CCyC.

En la Privación del Ejercicio de la Responsabilidad Parental, el art. 700 dispone: "Privación. Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por:

- a. ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata;
- b. abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero;
- c. poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo;
- d. haberse declarado el estado de adaptabilidad del hijo.

En los supuestos previstos en los incisos a), b) y c) la privación tiene efectos a partir de la sentencia que declare la privación; en el caso previsto en el inciso d) desde que se declaró el estado de adaptabilidad del hijo."

Es por ello, que ante este supuesto, y ante la imposibilidad de iniciar otro proceso tal como la adopción o la tutela, parecería indicar que el nuevo Código no dispone de una solución alternativa que no confronte con el interés del niño.

III. En este sentido, el Juzgado de Familia Nro. 3 de Mar del Plata, dispuso otorgar la guarda de una menor a su vecina fundando en que: “Garantizar el derecho a vivir en familia de N., importa respetar su SUPERIOR INTERES.. En este sentido la "Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3, párr. 1) y el Comité de su análisis, ha descripto y definido el "Superior interés" con un concepto triple: a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño...", (Naciones Unidas CRC/C/GC/14 Convención sobre los Derechos del Niño Distr. general 29 de mayo de 2013, Comité de los Derechos del Niño Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) - Aprobada por el Comité en su 62° período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013); b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo...", (Naciones Unidas CRC/C/GC/14 Convención sobre los Derechos del Niño Distr. general 29 de mayo de 2013, Comité de los Derechos del Niño Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) - Aprobada por el Comité en su 62° período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013); c) Como una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño... el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. (...) En la presente observación general, la expresión "el interés superior del niño" abarca las tres dimensiones arriba expuestas. (Naciones Unidas CRC/C/GC/14 Convención sobre los Derechos del Niño Distr. general 29 de mayo de 2013, Comité de los Derechos del Niño Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) - Aprobada por el Comité en su 62° período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013)).”<sup>13</sup>

IV. Los supuestos de especial gravedad a los que se refiere la norma enunciada, imponen en primer lugar, la imposibilidad de los progenitores de continuar ejerciendo el cuidado personal del niño, y la responsabilidad parental sobre ellos. Esta imposibilidad puede ser definitiva o momentánea. A su vez, la justicia de Familia cuenta con las herramientas suficientes para determinar y justificar tal decisión. La intervención necesaria del equipo técnico en los que se apoya el decisorio judicial, la

---

<sup>13</sup>"B. N. P. s/ abrigo" Expte. MP40667/2014- Juzgado de Familia Nro. 3 de Mar del Plata, Juez Amalia Dorado.

participación de los efectores propios de los Centros locales de Protección de la Niñez, y un dictamen favorable de la Sra. Asesora de Menores e Incapaces son instrumentos trascendentales y justificantes para apartar al niño de sus padres y encomendarle su cuidado a un familiar o tercero.

V."La norma mencionada ha sido insertada para subsanar una falencia que tenía el Código Civil anterior. Es que este no contemplaba las situaciones excepcionales en las que resulta necesario conferir, al menos transitoriamente, el cuidado personal de un niño a un tercero o pariente que no es ninguno de sus progenitores. 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. Mauricio Luis Mizrahi. Ed. Astrea 2015, pag. 460 segundo párrafo-<sup>14</sup> (...). Continúa diciendo que, "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. Asimismo debe tenerse en cuenta que el nexo afectivo entre N. y la Sra. V. 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."

VI. 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. Declarada procedente esta excepción, será la autoridad local de aplicación quien decida y establezca el procedimiento a seguir, acto que deberá estar jurídicamente fundado, debiendo notificar fehacientemente dentro del plazo de VEINTICUATRO (24) horas, la medida adoptada a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción. El funcionario que no dé efectivo cumplimiento a esta disposición, será pasible de las sanciones previstas en el Capítulo IV del Código Penal de la Nación. La autoridad competente de cada jurisdicción, en protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes dentro del plazo de SETENTA Y DOS (72) horas de notificado, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de

---

<sup>14</sup> Comentario citado por la Mag. Amalia Dorado en el fallo indicado.

la medida; resuelta ésta, la autoridad judicial competente deberá derivar el caso a la autoridad local competente de aplicación para que ésta implemente las medidas pertinentes". Artículo 41 Aplicación. "Las medidas establecidas en el artículo 39, se aplicarán conforme a los siguientes criterios: a) Permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos. Las medidas consisten en la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes; b) Sólo en forma excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar, debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas, niños y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario. Al considerar las soluciones se prestará especial atención a la continuidad en la educación de las niñas, niños y adolescentes, y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Estas medidas deberán ser supervisadas por el organismo administrativo local competente y judicial interviniente; c) Las medidas se implementarán bajo formas de intervención no sustitutivas del grupo familiar de origen, con el objeto de preservar la identidad familiar de las niñas, niños y adolescentes; d) Las medidas de protección excepcional que se tomen con relación a grupos de hermanos deben preservar la convivencia de los mismos; e) En ningún caso, las medidas de protección excepcionales pueden consistir en privación de la libertad; f) No podrá ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional, la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo."

Como correctamente impone el art. 41 inc. a) puede suceder que el niño u adolescente carezca de vínculos familiares consanguíneos o afines y ser necesario recurrir a miembros de la comunidad para evitar la institucionalización que será siempre el último recurso. En este caso, considero, que será el juez de Familia quien debe decidir conforme a los antecedentes existentes en los autos de origen.

El art 7 del Decreto Reglamentario 415/06 de la ley 26.061, nos brinda el concepto de familia e integra a los terceros que mantengan con el niño un vínculo significativo: "ARTICULO 7: 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. Los organismos del Estado y de la comunidad que presten asistencia a las niñas, niños y sus familias deberán difundir y hacer saber a todas las personas asistidas de los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares."

VII. Mientras no se disponga lo contrario por medio de un proceso autónomo, serán los progenitores quienes continúen ostentando la titularidad de la responsabilidad

parental (art. 643 del CCyC), aunque se delega a los guardadores la responsabilidad respecto a las decisiones cotidianas respecto del niño.

Marisa Herrera ha dicho a este respecto: “Esta guarda es provisoria; el plazo máximo es un año también prorrogable por otro igual y por razones fundadas. Se pretende evitar la perpetuación de situaciones que deben ser provisorias y establecer con carácter definitivo la situación jurídica del niño, conforme alguna figura de fondo: por ejemplo, tutela, adopción, (...) En cuanto a los derechos y deberes del guardador, ellos consisten en el cuidado personal del niño y cuenta con facultad de tomar decisiones relativas a las actividades cotidianas, domesticas.”<sup>15</sup>

#### **4. Consideraciones finales:**

Datos aportados por el diario la Nación el año 2015 revelan que “La cantidad de años que estos chicos pasan en el sistema antes de que se los pueda adoptar es el mayor enemigo para que consigan una familia, ya que a medida que los chicos crecen, se reducen las posibilidades de ser adoptados. Nueve de cada diez parejas o personas que se inscriben para adoptar sólo buscan bebés. En cambio, el 55% de los egresados encuestados por Unicef y Doncel, había pasado más de seis años en hogares. Y el 20%, había pasado más de diez años.”

Los datos son alarmantes, los números indican que en el sistema de adopciones hay más de 14.000 chicos que no viven con sus padres y que esperan un hogar. Cada año, el 27% egresa al alcanzar la mayoría de edad. Apenas el 7% se va adoptado por una familia.

No hablamos de fórmulas, ni de rigorismos dogmáticos, ni del apego a la letra fría del legislador. Cuando nos encontramos dentro del derecho de Familia, muchas veces, se olvida que los papeles, los expedientes, las estadísticas llevan nombre y apellido.

Las soluciones que brinda la ley deben ser ajustadas a cada hecho puntual. Para no fracasar en nuestro oficio jurídico.

“Esas funciones paternas no están dadas meramente por el hecho biológico, sino que son producciones a las que deben acceder los sujetos que tienen hijos, que podrán cumplir su función si se ajustan a la ley, entendida como superación del narcisismo, de los vínculos indiferenciados, de la satisfacción inmediata de la necesidad, de la pulsión, para acceder al reconocimiento de la diferencia, del otro como semejante-diferente, que no es capturable como objeto. Todo el andamiaje institucional de la sociedad debe movilizarse para asegurar que los lugares dentro de la familia sean operantes (Ley y Familia, Ana María Barchietto - Marta del Rosario Mattera. Derecho de Familia - Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 24 - pag. 9, Ed. LexisNexis - AbeledoPerrot, 2003).”<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup>HERRERA, Marisa Manual de Derecho de las Familias.. Ed. AbeledoPerrot, pag. 640)

<sup>16</sup>Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J.- T., J. A. c. F., C. s/ homologación de acuerdo LA LEY 2016-C , 233 - RCCyC 2016 (junio), 105.