

SOCIOAFECTIVIDAD Y NUEVAS CONFIGURACIONES FAMILIARES: UNA APROXIMACIÓN DESDE LAS FAMILIAS DE ACOGIDAS*

ISABELLA BRAVO PÉREZ

Abogada (Chile)

RESUMEN

El presente trabajo versa sobre las familias de acogida en Chile y su regulación, instando a una revisión de la misma, teniendo presente para ello la existencia de nuevas categorías jurídicas conceptuales como la socioafectividad, la cual abre caminos frente a un sistema de filiación de características biologicista y dual. Socioafectividad que emana del proceso de reconocimiento a la diversidad familiar, y al posicionamiento del individuo y su dignidad como centro focal del derecho de familias.

PALABRAS CLAVE

Socioafectividad, diversidad familiar, interés superior del niño, identidad, familias de acogidas.

* Fecha de recepción: 23-02-2024. Fecha de aceptación: 30-05-2024.

SOCIOAFFECTIVITY AND NEW FAMILY CONFIGURATIONS: AN APPROACH FROM THE HOST FAMILIES

ABSTRACT

This paper deals with foster families in Chile as a projection of socioaffectivity seen as a conceptual legal category that allows to open diverse paths in front of a filiation system of biologicist and dual characteristics. Socioaffectivity emanating from the process of recognition of family diversity and the positioning of the individual and his or her dignity as the focal point of family law.

KEYWORDS

Socioaffectivity, family diversity, best interests of the child, identity, foster families.

SUMARIO

1. Introducción	87
2. Diversidad familiar.....	88
3. Diversidad familiar y socioafectividad.....	94
4. Proyección de la socioafectividad. Especial referencia a las familias de acogida.....	98
5. Conclusiones.....	107
Bibliografía.....	108

1. INTRODUCCIÓN

Los cambios que acontecen en la sociedad influyen en las personas y sus relaciones de familia, dichos cambios son permanentes y rápidos superando el ritmo de la ley.

El derecho describía y reglamentaba hace muy poco tiempo una específica familia basada en el vínculo matrimonial, de características heterosexual, patriarcal y biologicista, eludiendo la existencia de otras formas de convivencia.

Sin embargo, esta cosmovisión legal en los últimos tiempos se ha visto alterada con nuevas prácticas, representaciones y discursos socialmente aceptados sobre la familia, lo femenino, lo masculino, la maternidad y la paternidad.

Dentro de este cuestionamiento surgen nuevas categorías jurídicas conceptuales como es la socioafectividad –el afecto expresado en lo social– comienza a abrir caminos cuando determina la existencia de vínculos jurídicos entre personas, especialmente en las relaciones paterno/materno filial. No podemos negar que el afecto siempre ha estado presente aun cuando no tenga una regulación sistemática y armónica en nuestro sistema civil; ello lo visualizamos en instituciones de larga trayectoria histórica, como son la adopción y la posesión notoria del estado civil de hijo; pero también en las modernas formas de generar vida como las técnicas de reproducción humana asistida.

Una proyección del afecto y sus consecuencias jurídicas se encuentran en los casos de niños, niñas y adolescentes que han sido privados o separados de su familia de origen por haber sufrido graves vulneraciones a sus derechos debiendo adoptarse respecto de ellos medidas de protección destinadas a resguardar su derecho a vivir en familia a través de un proceso de acogimiento.

En dichos contextos por el transcurso del tiempo, y no obstante la temporalidad jurídica de las medidas, se generan lazos afectivos entre el niño, niña y adolescente con sus guardadores, quienes han sido sus figuras significativas por un extenso periodo, no existiendo normas en el sistema civil chileno que recoja opciones frente a las consecuencias emanadas de dicho afecto, así, una vez que culmina el acogimiento, los niños, niñas y adolescentes deben ser privados de sus tutores de resiliencia, lo que incide en su derecho a la identidad en su faz dinámica y a su interés superior.

2. DIVERSIDAD FAMILIAR

La familia, institución de muchos siglos que prácticamente ha acompañado a los seres humanos en su evolución, ha tenido profundas modificaciones en su estructura y composición. Así, podemos afirmar que históricamente la familia con mayor reconocimiento es la sustentada en vínculo matrimonial, de características jerárquica, patrimonialista y heterosexual, con raigambre conservadora y de una fuerte influencia cristiana; en este sentido la religión predica que el matrimonio es indisoluble, debiendo la pareja atender al designio *creced y sean multiplicados hasta que la muerte os separe*; aun cuando, en la realidad social este nunca fue el único modelo de familia¹.

El alejamiento entre el Estado y la Iglesia –fenómeno llamado laicización– sustrajo del matrimonio la aureola de la sacralidad y rompió el formato patriarcal de la familia, incidiendo en este cambio diversos factores, tales como: el movimiento feminista (al retirar la idea de pureza que envolvía a la mujer), los métodos contraceptivos que permitieron otorgar un control a la natalidad y, sobre todo, el proceso de despertar de los derechos humanos, al predicarse la libertad, la igualdad del individuo y la dignidad humana como los valores más fundamentales de la sociedad.

Por otra parte, la evolución de la ingeniería genética provocó una verdadera revolución en materia de filiación. Para la concepción de un hijo/a dejó de ser necesaria la relación sexual entre dos personas de distinto sexo. Realizada en laboratorios, se multiplica el número de personas involucradas, de manera que todas ellas pueden establecer un vínculo de filiación con el hijo/a concebido de esa manera.

Con todos estos ingredientes, la sociedad cambió de apariencia, haciendo eco en las estructuras de convivencia un verdadero mosaico de la diversidad, un nido de comunión de vida, cuya vocación es la realización personal de cada uno de sus miembros, el

1. Como sea que se valore el cambio suscitado en la apreciación pública de la familia, tras el diseño de las políticas públicas aplicadas en las últimas dos décadas y que jurídicamente se manifiesta en el derecho de familias, se debe reconocer una evolución desde una concepción predominantemente social y marcadamente institucional sobre la familia hacia una mirada preponderantemente enfocada en el sujeto individual que la constituye y sus circunstancias afectivas. Esta evolución ha dejado atrás una imagen institucionalizada de la familia, erigida sobre la base del matrimonio, ordenada jerárquicamente y dirigida a la consecución de fines propios de la comunidad familiar, siendo estos valorados y priorizados socialmente, sustituyéndola por una concepción de base contractual, cuya tipología no es necesariamente matrimonial, que tiende a la igualdad de sus integrantes y que sitúa muchas veces en un lugar secundario los intereses familiares comunitarios, los que son sustituidos cuando no alentados por la estructura social. Cabe destacar, sin embargo, que la transición entre el modelo jerárquico y el modelo asociativo de familia no implicó necesariamente la sustitución inmediata de uno por otro, sino que mantuvieron ambos modelos expresiones coincidentes en un mismo período (DEL PICO RUBIO, J., «Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno», *Revista Ius et Praxis*, 2011, 17, N.º 1, p. 5).

respeto al otro y a la protección de las individualidades en el colectivo familiar², el amor se hizo líquido y el afecto pasó a ser el elemento de identificación de las relaciones familiares, no más sujetos a modelos establecidos con anterioridad.

Según el proceso descrito, la multiplicidad de configuraciones familiares adquirió visibilidad y aceptación. Las uniones antes apreciadas como marginales ganaron reconocimiento social, lo que condujo a la ampliación del concepto de familia; como bien apunta la profesora Sillero Crovetto:

«en nuestro entorno social observamos formas distintas y nuevas de satisfacer necesidades afectivas, construir intimidad y transitar por la vida. Esto ha provocado que se haya redefinido los roles tradicionales de los miembros de la familia, en la exploración de nacientes formas de convivencia surgidas a partir de la autonomía de la voluntad familiar, en la búsqueda de nuevos modelos que ya conviven orgullosos con la familia clásica, constituyendo igualmente un espacio natural de afectos»³;

o como sostienen las profesoras Gete-Alonso y Calera y Solé:

«la constatación de que tanto la sociedad como la norma admitan y reconozcan formas de convivencia estables distintas del modelo heterosexual matrimonial, ha propiciado lo que se ha venido a denominar como 'nuevas' formas porque no están recogidas en el ordenamiento jurídico, pero que existen y se practican. Se trata de distintas maneras de generar vida humana que se apartan de los cánones oficiales, para las que no existe un modelo específico de determinación de la filiación oficial. De hecho, la novedad del método o manera de acceder a la maternidad o paternidad, legalmente no está considerada y, cuando lo está no siempre acaba de satisfacer los intereses en juego»⁴.

A nivel normativo el reconocimiento de la existencia de diversas constelaciones familiares surge y se entrelaza con el levantamiento de principios jurídicos, como son el de solidaridad familiar e interés superior del niño, aunado al posicionamiento del individuo y su dignidad como eje central en la entidad familiar, al surgimiento de nuevas formas de parentesco, de modo tal que la familia se erige como una estructura ampliada.

Como sostiene Rodrigo Da Cunha Pereira: «la familia dejó de ser un núcleo económico y de reproducción para ser un espacio de afecto. Se transformó en una estructuración psíquica en la cual cada miembro ocupa un lugar, una función»⁵; en la misma línea la profesora Kemelmajer de Carlucci señala que «hablar de familias en plural supone

2. FARIAS, C y ROSENVALD, N., *Curso de Direito Civil: Famílias*, JuPodivm, 2021, vol. 6ª edición p. 89.

3. SILLERO CROVETTO, B., *Persona, familia y protección de la infancia*, Olejnik, 2019, p. 129.

4. GETE-ALONSO Y CALERA, M y SOLÉ, J., *Actualización del derecho de filiación. Repensando la maternidad y paternidad*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 13.

5. DA CUNHA PEREIRA, R., *Direito Das Famílias*, Gen/Forense, 2021, 2ª edición, p. 35.

aceptar la tesis según la cual las sociedades humanas han conocido y conocen múltiples modelos de familia y, en principio, no hay razón para creer que el modelo jurídico de la tradición mencionada debe ser tenido como 'más' natural que otros que se presentan en la realidad social»⁶.

La familia se configura hoy como un espacio en donde se inicia la sociabilización cultural y política, así como la apertura hacia los niveles públicos de sus integrantes; es ella como forma elemental de creación y mantenimiento de los vínculos íntimos y afectivos la que asume, en gran parte, una función específica de revelación de las identidades latentes, es por esta razón, y a pesar de las apariencias y de los discursos pesimistas, que ha tenido una relevancia no vista en el pasado, y es que gracias a las relaciones entre cónyuges (o equivalentes), entre adultos muy cercanos, o entre progenitores e hijos, que la familia crea un ambiente para que el «yo» pueda realizarse en su triple búsqueda: el descubrimiento de sus fuentes ocultas, la unidad y la estabilidad⁷.

Por lo expuesto es que esta autora siguiendo a Méndez Trujillo y Monzón Méndez entiende a la familia como un fenómeno que transfigura según el lugar y el momento donde se desarrolla encontrándose en constante transformación debido a factores de índole económica, política y social. De ahí que en ella se enraízan las normas de educación y formación de sus miembros, pues atiende a las necesidades de estos, se forma desde la constitución de la pareja hasta la procreación de los hijos o hijas, momento en que se crea una compleja red de relaciones e intercambios mutuos⁸; siendo el primer contexto que percibimos al inicio de la existencia, a través de la cual configuramos la dimensión colectiva de nuestra personalidad. En este sentido, es un lugar de construcción determinante para la formación de los sujetos titulares de derechos; moldeadora de sujetos libres y autónomos o de conciencias sumisas y autoritarias según el modelo de orientación cumpliendo la función de mediador de la persona en la sociedad⁹.

La jurisprudencia internacional, por su parte, ha hecho eco de lo señalado precedentemente caracterizando el concepto de familia en base a la diversidad, como destaca la profesora Basset: «en la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha desarrollado un concepto amplio de familia, en efecto, la Corte no brinda un concepto único de familia; sino que se abre a la pluralidad: así, con las especiales características

6. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «El Derecho de las familias en la jurisprudencia argentina». *El nuevo Derecho de familia-visión doctrinal y jurisprudencial*, Grupo Editorial Ibáñez, 2010, pp. 101-131.

7. DE SINGLY, F., *El yo, la pareja y la familia*, Centro de Investigaciones Sociológicas, 2016, p. 29.

8. MENDEZ TRUJILLO, I y MONZÓN MÉNDEZ, L., «Socioafectividad e interés superior del niño, niña y adolescente. Una mirada de protección constitucional ante la pluralidad familiar», *Desafíos actuales del Derecho Privado* (editores I. Martínez Montenegro y J. Casazola Clama), Santiago, 2023, p. 91.

9. BERNAL, J., *Derecho humano a la familia. Retos y alcances en el siglo XXI*, Gedisa Editorial, 2017, p. 23.

de la familia indígena, respecto a la orientación sexual de los progenitores, sumando una perspectiva abierta a la preservación de los vínculos con la familia de origen en relación con niñas, niños y adolescentes adoptados»¹⁰.

El artículo 17 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos señala que la familia es el elemento natural y el núcleo fundamental de la sociedad, no indica la Convención a qué tipo o tipos de familia se refiere, por ello, aplicando el principio jurídico de que no se puede distinguir donde la ley no distingue, debemos entender que la Convención resguarda una protección general para todas las familias, independientemente de cuál sea su composición.

La misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos indica: «el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia está sujeto a ciertas condiciones del derecho nacional, aunque las limitaciones que por esa vía se introducen no deben ser tan restrictivas que se dificulte la propia esencia del derecho. [...] El artículo 17 (4) de la CADH es la 'aplicación concreta' del principio general de igual protección y no discriminación en el matrimonio del artículo 24. Al respecto debe tenerse especial cuidado, en la legislación nacional, de no establecer regulaciones que puedan ser restrictivas para familias monoparentales u otras y, especialmente, para aquellas encabezadas por mujeres en condiciones de pobreza»¹¹.

En esta misma línea el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la observación general N.º 19 párr. 2, observa que «el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, este debe ser objeto de la protección prevista en el art. 23.

Por consiguiente, en sus informes, los Estados partes deberán exponer la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos. Cuando existieren diversos conceptos de familia dentro

10. BASSET, U., «Una identidad latinoamericana: el derecho del niño a su vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista de Derecho (Ucudal)*, 2018, 2ª época, N.º 17, p. 13.

11. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Caso *María Eugenia Morales contra Guatemala*, Informe Final. 3. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se ha pronunciado al respecto, señalando que: «Al dar efecto al reconocimiento de la familia en el contexto del artículo 23, es importante aceptar el concepto de las diversas formas de familia, con inclusión de las parejas no casadas y sus hijos y de las familias monoparentales y sus hijos, así como de velar por la igualdad de trato de la mujer en esos contextos. La familia monoparental suele consistir en una mujer soltera que tiene a su cargo uno o más hijos, y los Estados Partes deberán describir las medidas de apoyo que existan para que pueda cumplir sus funciones de progenitora en condiciones de igualdad con el hombre que se encuentre en situación similar». Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General N.º 28, 29 de marzo de 2000.

de un Estado, 'nuclear' y 'extendida', debería precisarse la existencia de esos diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados parte deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros»¹².

Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ensanchó el concepto de vida familiar contenido en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, más allá de la unión matrimonial en favor de las relaciones convivenciales, dejando también de lado criterios fundados en la orientación sexual de sus miembros y extendiéndolo a situaciones de no convivencia entre los progenitores y sus hijos, a los efectos de favorecer los derechos de las niñas, niños y adolescentes al goce de una vida familiar plena¹³¹⁴, lo que se visualiza en las sentencias *Johnston y otros vs. Irlanda*¹⁵ y *Van der Heijden vs. Países Bajos*¹⁶, en donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece que la noción de familia no se limita únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio, sino que puede englobar otros lazos «familiares» *de facto* cuando las partes viven juntas fuera del matrimonio.

En el caso de Chile es oportuno resaltar la sentencia dictada en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*¹⁷, al momento de condenar a nuestro país por vulneración al derecho a la familia y la vida privada, la Corte fundamentó que el artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos está estrechamente vinculado con la protección a la

12. NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Humanos, observación general 19, 39° periodo de sesiones (1990), «Artículo 23-La familia», p. 17.

13. SIMOES DE ALMEIDA, S., «El concepto de vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 2009, N.º 12, p. 23.

14. En definitiva, la interpretación «abierta» que los tribunales han hecho de la vida privada —en particular el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto al art. 8 del Convenio— ha posibilitado acomodar el concepto a la evolución de la sociedad, haciéndolo efectivo y útil. «(...) la noción de “vida privada” en el sentido del art. 8 de la Convención es un concepto amplio que abarca, entre otras cosas, el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos (...), el derecho de “desarrollo personal” (...) o el derecho a la libre determinación como tal (...). Abarca elementos como nombres (...), la identificación de género, la orientación sexual y la vida sexual, que entran en el ámbito personal protegido por el art. 8 (...), y el derecho a que se respete tanto las decisiones de tener y no tener un niño (...)». Sentencia de 22 de enero de 2008, asunto *E.B. vs. Francia*, p. 43).

15. *Affaire Johnston et Autres vs. Irlande*, requerimiento N.º 9697/82, 18 de diciembre de 1986, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-62066%22%5D%7D>.

16. *Case Van Der Heijden vs. The Netherlands*, aplicación N.º 42857/05, 3 de abril de 2012, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-110188%22%5D%7D>.

17. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparación y costas), disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

familia como derecho, reconociendo en el artículo 17 la obligación que pesa sobre los Estados de disponer y ejecutar directamente medidas de protección a favor de niños, niñas y adolescentes, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, indistintamente de la estructura que los lazos afectivos hayan generado.

Así, la separación de niños y niñas de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño o niña de su familia proceden solo si están debidamente justificadas. En lo concerniente a los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8 del Convenio Europeo.

Como ya se ha señalado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el concepto de «familia» en términos amplios, respecto, por ejemplo, a los casos de parejas de diferente sexo, indicando reiteradamente que:

«la noción de familia bajo esta norma no está circunscrita a relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros vínculos de ‘familia’ *de facto* donde las partes están viviendo juntas fuera del matrimonio. Un niño nacido en tal relación es *ipso jure* parte de tal unidad familiar desde ese momento y por el mero hecho de su nacimiento. Por tanto, existe entre el niño y sus padres un vínculo que implica vida familiar»¹⁸.

En la consagración a la diversidad familiar subyace un foco que se posiciona en el individuo, y no en los bienes o cosas que componen la relación familiar. La familia-institución fue sustituida por la familia-instrumento, es decir, existe y contribuye tanto al desarrollo de la personalidad de sus miembros como al crecimiento y formación de la propia sociedad; justificando así su protección por parte del Estado¹⁹.

18. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

19. BERENICE DÍAS, M., «Manual de derecho de familias», *Revista dos Tribunais*, 2010, 5ª edición, p. 42.

3. DIVERSIDAD FAMILIAR Y SOCIOAFECTIVIDAD

El reconocimiento a la diversidad familiar entre otras dinámicas ha dado surgimiento al derecho contemporáneo de la familia permitiendo que surjan a su alero nuevas categorías jurídicas conceptuales elaboradas progresivamente por la doctrina y la jurisprudencia, de países geográficamente cercanos al nuestro, tales como Cuba, Brasil y Argentina²⁰; estas categorías conceptuales han sido una de las formas en que el derecho ha debido acompañarse a fin de otorgar protección legal ya no solo a las relaciones jurídicas constituidas bajo un único modelo familiar, sino que también a la «pluralidad de las familias», lo que justifica una protección acorde con las transformaciones contemporáneas tanto de la familia como de la individualidad de sus miembros²¹.

Dentro de dichas categorías conceptuales²² surge la noción de filiación socioafectiva, parentalidad socioafectiva o en términos más generales socioafectividad, la cual resulta según lo sostenido por la profesora María Berenice Días de la libre voluntad de asumir

20. La jurisprudencia brasileña cuenta con algunos fallos muy resonados en los que la decisión se fundó en la socioafectividad por sobre cualquier otro principio legal. Nos referimos, por ejemplo, al caso de un tribunal de Pernambuco en la Resolución N.º 09/2013, de fecha 2 de diciembre de 2013. Aquí se autorizó la paternidad socioafectiva de personas que ya se encuentran registradas sin paternidad establecida, ante el Oficial del Registro Civil de las Personas Naturales del Estado de Pernambuco. Es decir, se corre hacia un costado el dato o la existencia de nexo biológico como causa fuente del reconocimiento, permitiéndose también la voluntad de ser padre, sobre la base específicamente de la socioafectividad. En Argentina cabe destacar el desarrollo de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2022), cuya Comisión N.º 7 sobre «La socioafectividad y la incidencia en el interés superior del niños, niñas y adolescentes» alcanzó un total de nueve conclusiones en la materia. En el caso de Cuba podemos indicar que uno de los títulos más revolucionarios en el Código de las Familias cubano es el dedicado al derecho filiatorio y a las relaciones parentales que de aquel derivan; por muchas razones, entre ellas por el reconocimiento explícito de la presencia en la realidad familiar cubana de múltiples vínculos procedentes de diversas fuentes, sea genética, gestacional, biológica, socioafectiva, matrimonial, convivencial o adoptiva, que merecen su consagración jurídica y que coloca en franca crisis la –en apariencia– inalterable ecuación mágica del binarismo filial, tan omnipresente en el derecho familiar (ÁLVAREZ-TABÍO, A.M., «La adopción por integración: causa-fuente sobrevenida de la multiparentalidad», en *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad* (directores, PÉREZ, L. y HERAS, M.), ediciones Olejnik, 2022, p. 423.

21. ARENCIBIA FLEITAS, Y., «Notas teóricas-legales acerca de la construcción jurídica de la multiparentalidad, a propósito del Código de las Familias cubano», *Scietia iuridica* (directores, J. R. de Verda y Beamonte y G. Carapezza Figlia), Madrid, 2023, p. 829.

22. La socioafectividad como categoría jurídica resalta de la transfiguración de hechos de carácter sicosocial en hechos jurídicos generadores de efectos jurídicos que se expresan en múltiples circunstancias. «En tanto (...) elemento necesario de las relaciones familiares basadas en la voluntad y el deseo de las personas de mantener vínculos afectivos que trascienden lo normativo (...), y aplicada a las relaciones en el ámbito del derecho filiatorio significa sentirse y ser tratado como hija o hijo y obtener la legítima aspiración de su reconocimiento como una verdad que ya existe, de una parentalidad que se vive y se siente y que, más allá de que armonice o no con la biológica, debe prevalecer al estar amparada en los elementos que componen la vida social del ser humano:

funciones parentales, identificándose el vínculo de parentesco a favor de quien el hijo o hija considera ser su padre o madre, aquel que asume las responsabilidades resultantes del poder familiar; lo que se puede dar no solamente en la filiación biológica, sino también en aquella que depende de la voluntad, como es el caso de la adopción²³; o como señala Sanjuan al sostener que la socioafectividad es el reconocimiento jurídico de vínculos fácticos de cuidado, determinados por el transcurso del tiempo y por la existencia del afecto, aun cuando entre las personas involucradas no exista relación filial de parentesco²⁴.

La noción de socioafectividad desde su grafología emana de la conjunción de dos vocablos –social y afectivo– siendo la relación que surge entre dos personas que sin ser parientes se comportan entre ellas a modo y semejanza generando consecuencias jurídicas. La autora Valeska Medina establece como ejemplo de socioafectividad el vínculo que puede generarse entre el hijo de una familia nuclear con una figura paterna o materna no consanguínea, cuya fuente principalmente es la convivencia, el amor y el afecto que surge naturalmente en la temprana edad de este niño, que, además, perdura en el tiempo²⁵.

En cuanto al origen de esta categoría conceptual, la misma ha surgido de la jurisprudencia y la doctrina. Así, encontramos los casos tratados en los estados de California, Delaware y el Distrito de Columbia en Estados Unidos, en el año 2012²⁶; y posteriormente en el año 2016 por medio de la jurisprudencia brasileña, siendo pioneros en establecer a la socioafectividad como elemento necesario de las relaciones familiares basadas en el deseo y la voluntad de las personas que, con el tiempo y la convivencia, afirman y reafirman los vínculos afectivos trascendiendo el aspecto normativo; en este punto cabe resaltar lo señalado por el autor brasileño Paulo Lobo: «no toda paternidad o maternidad resulta de la consanguineidad, ya que, la legislación brasileña garantiza la igualdad de derechos y deberes del padre o la madre que asumió voluntariamente el estado de filiación en los casos de adopción, reproducción asistida con semen de otro hombre autorizado por el marido y posesión de estado de un hijo. Actualmente la filiación no es un simple dato de la naturaleza, sino una construcción jurídica que tiene en cuenta

el afecto, la solidaridad y la interrelación (LLOVERAS, N., «Relaciones familiares en general», *Manual de derecho de las familias según el Código Civil y Comercial de la Nación*, 2016, p. 63).

23. BERENICE DÍAS, M., «Filiación socioafectiva: Nuevo paradigma de los vínculos parentales», *Revista Jurídica Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales UCES*, 2009, N.º 13, p. 83.

24. SANJUAN, A., «La socioafectividad como elemento jurídicamente relevante», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Argentina, 2022, p. 114.

25. MEDINA MILLAMÁN, V., «Socioafectividad y su impacto en las acciones de filiación en Chile», *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 2023, N.º 53, pp. 147-170.

26. El Senado aprobó en el año 2012 un proyecto de ley que admitió la posibilidad de establecer vínculo filial con dos o más personas: la Ley 1746. Posteriormente, en el 2014, se promulgó la Ley de Derecho de Familia: paternidad, custodia y manutención de los hijos, del estado de California.

diversos factores sociales y afectivos reconfigurados como derechos y deberes, en interés preferencial del niño. Se ha consolidado en la jurisprudencia de los tribunales el entendimiento de que la filiación afectiva no puede ser objeto de impugnación, cuando se prueba la posesión del estado de filiación, no pudiendo prevalecer el origen biológico, el cual no ha estado acompañado de una convivencia familiar duradera»²⁷; o como sostiene la profesora Kemelmajer de Carlucci: «el afecto a diferencia del dato genético, rara vez aparece mencionado en las normas jurídicas referidas a la familia (...) no obstante, los operadores del derecho han empezado a pensar que, en numerosas ocasiones, las relaciones familiares deberían moverse más en el ámbito de la afectividad que en los lazos biológicos o genéticos...»²⁸.

Como se indicó en las primeras líneas de este trabajo, el modelo de familia ideal era la de conformación nuclear, caracterizada por la existencia de una pareja heterosexual monogámica y sus descendientes, y en la cual la sexualidad, la procreación y la convivencia coincidían en el espacio privado de un hogar conformado en el momento de la unión matrimonial. Esta imagen de familia obstruyó y ocultó fenómenos muy significativos; ya que siempre existieron alternativas de organización de los vínculos familiares, otras formas de convivencia, otras sexualidades y otras maneras de llevar adelante los métodos de la procreación y la reproducción; y es dentro de la historiografía de la vida cotidiana sustentada en la diversidad en donde converge la socioafectividad como pilar de construcción.

La socioafectividad constituye el nudo gordiano que hay que cortar para intentar desentrañar nuevos posibles rumbos que necesariamente van a interpelar el régimen legal. Así como en su momento fue un punto de inflexión muy fuerte para las relaciones de familia colocar en tela de juicio el rol «natural» de la maternidad y la consecuente «materialización de las mujeres», hoy la parentalidad socioafectiva cuestiona incluso el dogma binario en materia de filiación y, junto con ello, la posibilidad que los roles de cuidados puedan recaer en más de dos personas. Como sostienen Herrera y Gil Domínguez:

«el amor quiere hacerse derecho, no para mudar su naturaleza, sino para dotarse de un medio que le consienta alcanzar su plenitud. Cuando se habla de derecho de amor no se pretende con ello otorgar una legitimación que no necesita porque la encuentra en sí mismo. Significa descubrir un modo de delimitar lo que es propio del amor, enfrentándolo con otras palabras que expresan negación u oposición: discriminación, desigualdad, abuso, desprecio, egoísmo individual y social. Por el contrario, el amor evoca otras palabras tales como: reciprocidad, igualdad, respeto, solidaridad, las cuales acercan y no espantan, no cavan fosas a su alrededor. Estas

27. LÔBO, P., «Socioafectividad: o estado da arte no direito de família brasileiro», *RJLB*, 2015, N.º 1, p. 1743.

28. KEMELMAJER DE CARLUCCI, K; «Las nuevas realidades familiares en el código civil y comercial argentino», *La Ley*, Argentina, 2014, p. 6.

palabras, se introducen en las instituciones llegando a convertirse en un componente ineludibles de ellas»²⁹.

Es por ello que el afecto y el respeto y construyen una relación, incrustada en un verdadero marco de amor, sirven sin duda para fomentar un enlace cuya fuerza resultante, en última instancia, expresa una nueva arquitectura de la filiación, donde la base deja de ser el elemento genético para tener la fuerza del sentimiento, como una forma de establecimiento de vínculo paterno/materno-filial en un verdadero proceso de construcción de la paternidad o maternidad en un sentido más amplio, donde lo afectivo es efectivo.

29. HERRERA-GIL DOMÍNGUEZ, «Derecho constitucional de las familias y triple filiación», *Llonline*, AR/DOC/650/2020.

4. PROYECCIÓN DE LA SOCIOAFECTIVIDAD. ESPECIAL REFERENCIA A LAS FAMILIAS DE ACOGIDA

Respecto a la forma en que se proyecta la parentalidad socioafectiva podemos señalar que esta ha de provenir necesariamente de una declaración de quien pretende ser considerado progenitor. No cabe que entre en juego ninguna presunción legal para la fijación de este tipo de filiación. A través de la declaración, se manifiesta una voluntad de considerar como hijo o hija a otra persona con la que existen relaciones de afecto. Así, como el reconocimiento constituye en el caso de los hijos/hijas no matrimoniales una declaración de ciencia o una pura y simple afirmación de paternidad o maternidad biológica (en orden a que el contenido implícito o explícito es la declaración de que ha existido el hecho biológico de la procreación del que ha nacido el hijo/a sobre el que recae el reconocimiento), la instauración por su parte del parentesco socioafectivo se sustenta en una declaración de voluntad orientada a establecer legalmente la relación jurídica entre progenitor e hijo/a.

Es pertinente señalar entonces que mientras en el reconocimiento se visualiza la existencia de un acto jurídico voluntario, en cuya virtud, el padre declara que una persona es su hijo/a, al margen de que la relación sea más o menos afectiva y del grado concreto de implicación que se pretenda asumir, la declaración de voluntad de quien pretende entablar una relación filial socioafectiva se fundamenta precisamente en el afecto, elemento clave en el que se sustenta esta filiación. Por ello, como sostiene la profesora Blandino, la filiación socioafectiva debe construirse y fundarse en una relación de afecto estable, mantenida en el tiempo, entre el declarante y la persona declarada hijo/a, debiendo ser un acto unilateral, solemne, puro y simple³⁰.

A pesar de la relevancia de la socioafectividad descrita *ut supra*, nuestro Código Civil de tradición romana-germánica no reconoce a la socioafectividad en el marco de las relaciones paterno/materno-filial, no existe un tratamiento de la misma a nivel omnicompreensivo; frente a dicho escenario se puede llegar a concluir que carece de relevancia, sin embargo, la omisión de dicha regulación a criterio de esta autora no implica que no tenga trascendencia o no esté presente en un conjunto de instituciones de larga trayectoria histórica, como son: la adopción, la posesión de estado civil de hijo, la figura del progenitor afín, o en la filiación emanada de las técnicas de reproducción humana asistida.

Respecto a la posesión de estado, esta se utilizó históricamente para proyectar consecuencias jurídicas ante la inexistencia del título que acreditase una determinada relación de familia, la realidad afectiva representada por la posesión de estado corre en una vía paralela al título de estado y en el infinito se pueden encontrar cuando en

30. BLANDINO GARRIDO M., «Alegato a favor del reconocimiento del parentesco socioafectivo en el ordenamiento español», *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad* (directores Leonardo Pérez Gallardo y María del Mar Heras Hernández), Editorial Olejnik, Chile, 2022, p. 44.

el juicio, que vendría a ser el punto impropio de la geometría, se prueban la convivencia, el afecto y el trato, y el emplazamiento que se obtiene con la sentencia, en este caso el afecto consolidado en el tiempo prevalecerá cumpliendo los requisitos legales incluso sobre la prueba de carácter biológico.

En el caso del progenitor afín entendido como tales al cónyuge o a la pareja de hecho afectiva que convive con quien tiene a su cargo la guarda y el cuidado del niño, niña o adolescente como consecuencia de la formación de familias reconstituidas o ensambladas, su rol es proyectado de manera multidimensional incluyendo la regulación de sus responsabilidades y obligaciones, la posibilidad de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, y la alternativa de la filiación, dentro de la enumeración de circunstancias que justifican aplicar un determinado estatus jurídico al progenitor afín, encontramos el vínculo afectivo significativo con el niño, niña y adolescente, y la convivencia estable entre los miembros de la familia reconstituida.

En lo relativo a las técnicas de reproducción humana asistida la socioafectividad se entrelaza con la noción de voluntad procreacional, verdadera fuente de filiación en dichas técnicas, lo que no obsta a que existan dinámicas familiares en donde se pueda reconocer derechos a una tercera persona; ejemplo, el dador de material genético quien no solo desea entregar dicho material sino que también constituir una familia (pluriparental), basada en los lazos de afecto que puedan existir en la dinámica familiar.

Es así como la socioafectividad impregna diversas instituciones en el ámbito civil, principalmente en las relaciones verticales, y es que en lo social siempre han existido manifestaciones del afecto aun cuando al derecho le fuera en cierto grado ajeno, por ello que la socioafectividad se levanta hoy como un tópico que interpela en buena medida al sistema jurídico, por configurarse como una categoría jurídica conceptual que rebasa la noción tradicional de familia y el dogma *biologicista*, superando incluso el paradigma binario «dos y solo dos», generando consecuencias jurídicas que se proyecta en derechos esenciales de las personas como la identidad en su faz dinámica, y en el caso de niños, niñas y adolescentes además con su interés superior.

Para los efectos de este trabajo, una de las instituciones donde es factible visualizar la proyección del afecto es en los casos de niños, niñas y adolescentes que deben ser separados de sus familias de origen, por constatarse una grave vulneración de sus derechos debiendo disponer su inserción temporaria en una familia que asume su cuidado y protección; son las denominadas Familias de Acogidas (en adelante FAE), las cuales se regulan en Chile por las leyes sobre Tribunales de Familia N.º 19.968, Ley de Menores N.º 16.618 y Ley N.º 20.032 (que establece el sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME y su régimen de subvención).

El artículo 4 3.1 letra e) de la Ley 20.032 señala: «Programas de Familias de Acogida: dirigido a proporcionar al niño, niña y adolescente vulnerable en sus derechos un medio familiar donde residir, mediante familias de acogida»; por su parte, la letra c) del Art. 71 de la Ley 19.968 establece dentro del catálogo de medidas cautelares especiales que

se pueden decretar por parte de los jueces incluso antes del proceso (a petición de parte, de terceros o bien de oficio) la ubicación de niños, niñas y adolescentes en una familia de acogida con la finalidad de interrumpir la situación de vulneración que puedan estar viviendo.

Conforme al principio de temporalidad de las medidas de protección, su plazo máximo de duración es de 90 días, después de los cuales debe revisarse su permanencia, modificación o cesación.

En cuanto al Programa de Familias de Acogida (FAE), cabe señalar que el Servicio de Protección Especializada «Mejor Niñez»³¹ cuenta con dos tipos. En primer lugar, aquellos que dependen del Servicio de Protección Especializada orientados a recibir a niños y niñas entre los 0 y 6 años, otorgándoles un hogar transitorio, son los denominados Programa de Familia de Acogida de Administración Directa (FAE-AADD).

Junto con ellos están los programas FAE que son administrados por organismos colaboradores, lo que se encuentran en todas las regiones del país y atienden a niños, niñas y adolescentes de entre 0 y 17 años, denominados Programas de Familia de Acogida Especializada (FAE-PRO). Estas familias pueden ser *extensas* (cuando provienen de la red familiar del niño o niña, parientes por consanguinidad o afinidad, como, por ejemplo, tíos o abuelos); *externas* (cuando acogen a niños y niñas y no tienen parentesco

31. Ley N.º 21.302. Artículo 1. – Creación del Servicio. Créase el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, en adelante el «Servicio», como un servicio público descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Desarrollo Social y Familia. El Servicio estará sujeto a la fiscalización de la Subsecretaría de la Niñez, de conformidad a lo dispuesto en esta ley, y formará parte del Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. El Ministerio de Desarrollo Social y Familia, de acuerdo a lo establecido en el artículo 22 de la Ley N.º 18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N.º 1, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, garantizará el cumplimiento de las normas que rigen la labor del Servicio y los colaboradores acreditados. Al efecto, y especialmente, deberá fiscalizar que la transferencia de los aportes financieros a estas entidades se realice una vez que se acredite el cumplimiento de los principios rectores del Servicio y estándares técnicos y de calidad establecidos en esta ley, en la ley N.º 20.032 y en el reglamento que al efecto dictará el Ministerio de Desarrollo Social y Familia conforme al artículo 3 ter de la Ley 20.530, para entender que los servicios han sido correcta, oportuna y efectivamente prestados; que no existan reclamos no resueltos sobre la atención realizada a los niños, niñas y adolescentes; y que las mismas hayan dado cabal cumplimiento a la restitución del daño y los perjuicios ocasionados a los niños, niñas y adolescentes que han sido víctimas de vulneraciones de sus derechos fundamentales estando a su cuidado o con ocasión de las prestaciones realizadas. Para el cumplimiento de la función establecida en el inciso anterior respecto del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, este último deberá contar con los recursos para ejercer la fiscalización, tanto a nivel nacional como regional. El Servicio estará afecto al Sistema de Alta Dirección Pública establecido en el título VI de la Ley N.º 19.882, que regula la nueva política de personal a los funcionarios públicos que indica, sin perjuicio de las normas especiales que se establezcan en la presente ley. El Servicio tendrá su domicilio en la ciudad de Santiago.

con ellos), o *familias de urgencia* (si ofrecen una atención inmediata mientras se encuentra a la familia de acogida que los recibirá por un plazo más amplio).

El objetivo de las familias de acogida es entregar una alternativa al niño, niña y adolescente gravemente vulnerado en sus derechos para que se mantengan insertos dentro de un grupo familiar evitando con ello su reinserción en el sistema residencial; en este sentido, la Convención Internacional de los Derechos del Niño señala explícitamente que: «frente a situaciones de vulnerabilidad o vulneración de derechos, la intervención más adecuada es aquella que consigue que, con el apoyo necesario y utilizando sus propios recursos, sea la propia familia la encargada de superar una crisis familiar. Sin embargo, cuando esto no es posible, la opción prioritaria debe ser asegurar a los niños, niñas y adolescentes su derecho a vivir en un entorno familiar, mientras se busca una alternativa definitiva»³².

Desde el punto de vista legal la permanencia de un niño, niña y/o adolescente bajo los cuidados de una familia de acogida debe ser temporal, lo que no se condice en muchos casos con la realidad, generándose vínculos afectivos, psicológicos y sociales que hacen mucho más difícil e incluso pernicioso el proceso de reinserción con la familia de origen o la adoptiva³³; escenario respecto del cual el sistema jurídico chileno no entrega respuestas acorde al interés superior del niño, niña y/o adolescente.

Sobre el particular cabe destacar un estudio realizado en septiembre del 2019 por UNICEF el cual revela que el acogimiento familiar en Chile ha sido un recurso históricamente presente dentro de la sociedad, sin embargo, no existe un marco regulatorio adecuado, a pesar de que en noviembre del año 2009 la Asamblea General de las Naciones Unidas dio la bienvenida a las Directrices sobre las Modalidades Alternativas del Cuidado de los Niños³⁴, las que representaron un avance significativo para millones de niños, niñas y adolescentes que viven sin cuidados parentales en el mundo entero.

Lamentablemente en Chile aún el cuidado residencial sigue siendo la alternativa más utilizada para dar respuesta a situaciones de vulneraciones graves de derechos, destacándose que recién en el año 2005 se dictó la Ley N.º 20.032 que establece un reconocimiento a las familias de acogida.

32. Es necesario resaltar que la Convención Internacional de los Derechos del Niño establece en sus artículos 5, 18, 19, 20 y 27 el derecho prioritario de un NNA a vivir en familia debiendo propenderse por todos los Estados al fortalecimiento de esta, de modo tal que los NNA reciban los cuidados adecuados velando por su debida protección y asistencia.

33. RODRIGUEZ, M. I., «Algunos problemas en torno a la duración del acogimiento familiar», *Estudios de Derecho Privado. II Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado* (coordinadoras Morales, M. y Mendoza, P), Santiago, Chile, 2020, p. 280.

34. El 20 de noviembre de 2009, para conmemorar el 20 aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN), la Asamblea General de Naciones Unidas dio la bienvenida formal a las Directrices sobre las Modalidades Alternativas del Cuidado de los Niños.

En la realidad social se presentan un conjunto de situaciones en donde la permanencia de niños, niñas y adolescentes bajo acogimiento familiar se extiende mucho más en el tiempo, siendo recibidos a muy temprana edad por un grupo familiar, constituyéndose dichos adultos en sus referentes afectivos y de resiliencia; y después de permanecer años bajo dicha modalidad deben ser entregados a una tercera familia por medio de un proceso de adopción o retornar con su familia de origen, sin existir, como hemos señalado, en nuestro ordenamiento jurídico respuesta que permita dar continuidad a los vínculos afectivos creados por medio del acogimiento, lo que implica la separación del niño, niña y adolescente de sus referentes con todas las consecuencias biopsicosociales que ello implica en su desarrollo vital.

Sobre el particular resulta relevante resaltar los postulados de Bowlby: «la calidad de la relación de un niño o una niña con su madre en los primeros años de vida determina el futuro bienestar de ese niño; los niños que no desarrollan un apego hacia su madre (o un referente significativo y afectivo) a esa edad correrán un serio riesgo psicológico cuando crezcan. Los niños pueden tener apego hacia uno o varios individuos concretos, normalmente en un orden claro de preferencia, y cuanto más interactúa una persona con un niño pequeño, mayores probabilidades hay de que el niño tenga apego hacia esa persona. Así, quien está más implicado en cuidar al niño se convertirá en la principal figura de apego, y el niño acudirá a los demás solo cuando la principal figura de apego no esté presente»³⁵.

En la misma línea Barudy precisa que las relaciones existentes entre los sujetos que componen una familia están determinadas por la finalidad de existir, mantenerse y reproducirse en cuanto sistema vivo. Una parte importante de la energía, los recursos y las interacciones de los sujetos que componen la familia se destinará a asegurar los cuidados y la protección de la vida del conjunto. Para los niños y niñas este proceso es vital, porque necesitan cuidados durante un largo periodo. Para lograr esto, los diferentes miembros de una familia deben sentirse y reconocerse como parte de un mismo cuerpo, con el objeto de que el bienestar de cada uno sea un proceso natural generado por el trabajo de todos. Los vínculos deben ser de tal cualidad que aseguren una vivencia emocional permanente, expresada en comportamientos y discursos que consideren a cada miembro de la familia como otro legítimo, en un proceso de coexistencia permanente³⁶.

A pesar de la relevancia de los vínculos afectivos que emanan en los casos de acogimiento familiar, en Chile no existe la posibilidad de que los guardadores de hecho puedan optar a un proceso de adopción, ni tampoco a un régimen de contacto, lo que ha generado

35. GOLOMBOK, S., *Modelos de familia, ¿qué es lo que verdad cuenta?*, colección Familia y Educación, 2006, p. 118.

36. BARUDY, J., *El dolor invisible de la infancia. Una lectura ecosistémica del maltrato infantil*, Paidós Terapia Familiar, 2019, p. 54.

situaciones complejas relativas a la permanencia o no de forma definitiva en la vida de los niños, niñas y adolescentes de sus guardadores.

Sobre lo señalado cabe recordar en Chile el caso del carabinero Juan Luis Paredes y su pareja Joselyn Bahamondes³⁷, quienes recibieron como guardadores a una niña a los 10 meses, el caso produjo una gran polémica a nivel nacional cuando el carabinero huyó con la niña ante la posibilidad de ser entregada a otra familia para su adopción después de 20 meses bajo su cuidado, en este caso, se tuvo que realizar un extenso juicio contencioso de cuidado personal para lograr inhabilitar a los padres biológicos y legales de la niña con el objetivo de que la custodia quedara con los guardadores, situación que podría haberse evitado si el sistema jurídico contemplara un reconocimiento a la socioafectividad como fuente creadora de vínculos jurídicos entre un adulto y un niño, niña y adolescente.

Comprendemos que la imposibilidad de otorgar la adopción a los guardadores de hecho como en el caso planteado genera una pugna entre el derecho de las personas que pretenden adoptar a someterse a un régimen con determinadas reglas (inscribirse en un registro especial de personas que desean adoptar) *versus* el derecho de quienes tienen a un niño/a de ver respetado el vínculo afectivo que se fortalece con el paso del tiempo y que incide directamente en su identidad e interés superior³⁸.

Esta lógica que tiende a la falta de regulación y en algunos casos a una expresa prohibición obedece a la necesidad de evitar situaciones de tráfico de niños/as en donde la vulnerabilidad de los progenitores biológicos, especialmente la mujer, puede conducir a su intención de entregar a su hijo/a de forma directa y específica a ciertas personas que incluso no tengan vínculo de parentesco con ella; o que se desvirtue la naturaleza temporal del acogimiento. Sin embargo, esta regla general de carácter prohibitivo frente al nacimiento de afectos con reconocimiento social nos lleva a preguntarnos: ¿acaso todas las guardas de hecho son entregas directas?, ¿todos los casos encierran motivos y fines ilícitos que vulneran los derechos de niños, niñas y adolescentes y su familia de origen?

La complejidad de la realidad y la protección de los derechos humanos de acuerdo a las particularidades de cada caso nos indican que las respuestas a estas interrogantes son por la negativa; en efecto, en el caso del acogimiento familiar su establecimiento será necesariamente previo control judicial, siendo estrictamente supervisadas mediante los organismos públicos respectivos quienes deben trabajar tanto con la familia de origen como la guardadora en la reparación del daño producido por las vulneraciones

37. Ver la noticia en: <https://www.diarioconcepcion.cl/ciudad/2018/12/23/la-batalla-de-los-guardadores-que-quieren-quedarse-con-sus-ninos.html>.

38. HERRERA, M., MOLINA DE JUAN, M., y SALITURI AMEZCUA, M., «El derecho humano a tener una familia y el lugar de la adopción. Cuando forma y fondo se encuentran», en FERNÁNDEZ, S. (dir.), *Tratado sobre derecho de niñas, niños y adolescentes*, 2ª edición, Thomson Reuters, Argentina, 2021, t. II, p. 823.

de derecho como en el fortalecimiento de sus competencias parentales. Por ende, es difícil que se pueda generar casos con fines ilícitos.

Si bien la norma no permite la entrega con fines de adopción a terceros guardadores, no podemos negar el impacto de la socioafectividad en la vida familiar, por lo menos a tenor de lo establecido por el Comité de los Derechos del Niño en su observación general N.º 7 sobre «Realización de los derechos del niño en la primera infancia», al precisar que «la familia se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acorde con los derechos y el interés superior de los niños».

Sobre el cruce entre guardas de hecho, acogimiento familiar y socioafectividad, es interesante rescatar los trabajos doctrinarios³⁹ y la jurisprudencia elaborada en Argentina al momento de interpretar el artículo 611 del Código Civil y Comercial de la Nación⁴⁰, el cual prohíbe expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. Agregando que su transgresión habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretenso guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre estos y el o los pretendidos guardadores del niño. Concordantemente, establece que ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción.

En efecto, la doctrina ha señalado que el entramado legal de los artículos 611 y siguientes no permite atender a la socioafectividad en las relaciones familiares, dado que no reconoce aquellas situaciones de hecho nacidas, transitadas y signadas por los afectos que hace a la identidad dinámica de las personas, en este punto destacan que la redacción del Anteproyecto fue modificada de manera sustancial: se eliminó en forma total la excepción a la separación judicial del niño fundada en la existencia de un vínculo afectivo entre los progenitores y los pretendidos guardadores. Esta excepción era

39. Véase http://www.derecho.uba.ar/investigacion/inv_proyectos_vigentes_ubacyt_2020_herrera.php.

40. Artículo 611: «queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretenso guardador, excepto que se compruebe judicialmente de su pretenso guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre estos y el o los pretendidos guardadores del niño. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción».

recomendada por los redactores como modo de atender a la socioafectividad y de respetar las relaciones familiares fundadas en este, a la luz del interés superior del niño.

Sin embargo, la norma finalmente sancionada prohíbe, como se ha señalado, la entrega en guarda mediante cualquier tipo de acto –instrumento privado, escritura pública, acto administrativo– y, en consecuencia, no convalida las «delegaciones de guarda» dirigidas a una futura adopción y sustentadas en el principio de autonomía personal de los progenitores –mayormente, la progenitora–. El estandarte de mantener a ultranza los lazos sanguíneos olvida en algunos supuestos el interés superior concreto de un niño, niña y adolescente y no pocas veces implica que deba transitar por una medida que debería ser transitoria, provisional, y excepcional convirtiéndose en los hechos en una permanencia extensa en un grupo familiar; como sostienen las profesoras Videtta y Salituri: «el impacto de la socioafectividad en la materia es central y no puede dejar de ser considerado si realmente queremos llegar a resoluciones justas».

La socioafectividad puede darse entre distintas personas y en diversos momentos, tanto en las relaciones previas de afecto entre las personas adultas –progenitores biológicos y guardadores– como los vínculos que a lo largo del tiempo se van desarrollando entre el/la niño, niña y adolescente y sus guardadores de hecho. En esta lógica se ha observado que toda decisión jurisdiccional que recaiga en un supuesto de guarda de hecho o situación irregular en la que se encuentre inmerso un niño, niña y adolescente debe contemplar su interés superior en el caso concreto y no en abstracto, situación que nos lleva a ponderar inevitablemente el componente afectivo y el tiempo como factor que contribuye a la consolidación de esos vínculos, por lo menos de esa forma lo ha entendido la doctrina⁴¹.

Por su parte la jurisprudencia de Argentina ha reparado sobre el particular al entender que: «la solución que plantea el artículo 611 del Código Civil y Comercial resulta estrecha, soslayando las relaciones afectivas honestas o genuinas y otros supuestos de relaciones socioafectivas que nada tienen que ver con las situaciones irregulares y/o delictivas que, de manera acertada, pretende prevenir el cuerpo normativo. Lo cierto es que no prevé, ni siquiera a modo de excepción, las situaciones de hecho que nacieron, se desarrollaron y estuvieron marcadas por la socioafectividad o identidad dinámica como claramente se ha dado en algunos supuestos y por ello de adoptarse una postura rígida, se restringe y lesiona el principio del interés superior del niño»⁴².

Un caso planteado en el país hermano versó sobre una niña con una trayectoria signada por sucesivas institucionalizaciones y prolongado tiempo en ausencia de cuidados

41. VITTOLA, L. y RICCA, G., «Socioafectividad y guardas de hecho: la respuesta que brinda la jurisprudencia», disponible en: <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/ponencias/comisi%C3%B3n-7-familia>.

42. JNciv. N.º 8, 15-07-2016 «L.G.M. s/ Control de legalidad. Ley 26.061», disponible en: <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2016/08/FA.-NAC-JUZ-CIV.-N%C2%B08.-Inconstitucionalidad-del-art.-611.pdf>.

familiares a raíz de situaciones de «altísimo riesgo psicofísico». En este contexto, la niña inicia una vinculación con un matrimonio de referentes voluntarios de la institución en la que se encontraba, generándose un vínculo afectivo gradual, a través de compartir salidas, fiestas navideñas, viajes y noches de pernocte en la vivienda del matrimonio.

Finalmente, estos solicitaron judicialmente la guarda de la niña, alegando el fuerte vínculo que se había generado con ella durante el transcurso del tiempo; resalta la sentencia al momento de pronunciarse sobre el caso el impacto innegable de estas relaciones de afecto en la identidad de los niños, niñas y adolescentes, estableciendo que la socioafectividad involucra: a) la relación afectiva previa y verídica o genuina entre la familia de origen y los guardadores y b) el vínculo afectivo, fuerte, contundente, del niño o niña con los guardadores. Lo cual reclama soluciones legales que, en la actualidad, no existen.

Como hemos venido sosteniendo en el curso de este trabajo, en Chile no existe norma jurídica que regule la situación de las familias de acogida y los vínculos que pueden surgir entre los guardadores y el niño, niña y adolescente, solamente se contemplan directrices internas emanadas del Servicio de Protección Especializada en orden a establecer los requisitos para ser familia de acogida y los estándares que deben cumplir los organismos colaboradores al momento de realizar el proceso de intervención con el grupo familiar.

La falta de una norma clara en la materia implica que llegado el momento la familia de acogida deberá desistirse de los cuidados del niño o niña para retornarlo a la familia de origen o entregarlo a una adoptiva, sin que exista ninguna posibilidad de entablar acción para mantener un régimen de contacto con el niño, niña y adolescente, simplemente «desaparece» la familia que lo sostuvo en su seno por años.

Atendida la relevancia de lo expuesto es que la propuesta pasa por reconocer a la socioafectividad como categoría jurídica conceptual cuya incidencia está en abrir caminos más flexibles sobre la distribución de la responsabilidad parental y sus facultades, derechos y obligaciones, de modo tal que el niño, niña y adolescente no se vea obligado a tener que elegir entre dos familias.

5. CONCLUSIONES

La socioafectividad se erige hoy en día como una categoría jurídica conceptual de amplia trascendencia en las distintas relaciones familiares, sean estas de carácter horizontal y/o vertical. Así, en el ámbito de las relaciones paterno-materno filial desafía al sistema históricamente consolidado basado en la biología y el dogma dual, abriendo espacios en la realidad familiar más allá de la consanguineidad, lo que se proyecta en instituciones como la adopción, la posesión de estado civil de hijo, el progenitor afín, y para efectos de este trabajo en el acogimiento familiar.

En efecto, la permanencia de un niño, niña y/o adolescente bajo los cuidados de unos guardadores como medida de protección ante vulneraciones de derecho genera en la realidad afectos que trascienden su historia vital incidiendo directamente en su derecho a la identidad y a su interés superior, en este escenario la socioafectividad como categoría jurídica conceptual aplicada en un caso concreto permitiría ampliar el espectro y generar espacios de flexibilización, diversificación, difracción y distribución de los derechos y obligaciones que contiene la responsabilidad parental entre la familia de acogida, la de origen y/o la adoptiva.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMEIDA, S., «El concepto de vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 2009, N.º 12, p. 23.
- ARENCIBIA FLEITAS, Y., «Notas teóricas-legales acerca de la construcción jurídica de la multiparentalidad, a propósito del Código de las Familias cubano», *scietia iuridica*, 2023, Madrid, p. 829.
- BARUDY, J., *El dolor invisible de la infancia. Una lectura ecosistémica del maltrato infantil*, Barcelona, España, 2019. p. 54.
- BASSET, U., «Una identidad latinoamericana: el derecho del niño a su vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista de Derecho (Ucudal)*, 2018, N.º 17, p. 13.
- BERENICE DÍAS, M., *Manual de derecho de familias*, Brasil, 2010, p. 42.
- BERNAL, J., *Derecho humano a la familia. Retos y alcances en el siglo XXI*, México, 2017, p. 23.
- BLANDINO, M.A., «Alegato a favor del reconocimiento del parentesco socioafectivo en el ordenamiento español», *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad*, 2022, Santiago, Chile, p. 44.
- DEL PICO RUBIO, J., «Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno», *Revista Ius et Praxis*, 2011, N.º 1, p. 5.
- DE SINGLY, F., *El yo, la pareja y la familia*, Madrid, España, 2016, p. 29.
- FARIAS, C. y ROSENVALD, N., *Curso de Direito Civil: Familias*, Salvador, 2021, p. 89.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M. y SOLÉ, J., *Actualización del derecho de filiación. Repensando la maternidad y paternidad*, Valencia, 2021, p. 13.
- GOLOMBOK, S., *Modelos de familia, ¿qué es lo que verdad cuenta?*, colección Familia y Educación, 2006, Barcelona, pp. 118-199.
- HERRERA, M., MOLINA DE JUAN, M. y SALITURI AMEZCUA, M., «El derecho humano a tener una familia y el lugar de la adopción. Cuando forma y fondo se encuentran», *Tratado sobre derecho de niñas, niños y adolescentes*. T. II, 2021, Buenos Aires, p. 823.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «El Derecho de las familias en la jurisprudencia argentina», *El nuevo Derecho de familia-visión doctrinal y jurisprudencial*, 2010, pp. 101-131.
- MEDINA, V., «Socioafectividad y su impacto en las acciones de filiación en Chile», *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N.º 253, 2023, p. 150.

MÉNDEZ TRUJILLO, I. y MONZÓN MÉNDEZ, L., «Socioafectividad e interés superior del niño, niña y adolescente. Una mirada de protección constitucional ante la pluralidad familiar», *Desafíos actuales del Derecho Privado*, 2023, p. 91.

PEREIRA, R., *Direito Das Familias*, Rio de Janeiro, 2021, p. 35.

RODRÍGUEZ, M. I., «Algunos problemas en torno a la duración del acogimiento familiar»; *Estudios de Derecho Privado. II Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado*, Santiago, Chile, 2020, p. 280.

SILLERO CROVETTO, B., *Persona, familia y protección de la infancia*, Santiago de Chile, 2019, p. 129.

Leyes

Convenio Europeo de Derechos Humanos

Convención Americana de Derechos Humanos

Convención de los Derechos del Niño

Ley que Dicta Normas Sobre Adopción de Menores N.° 19.620.

Ley de Menores N.° 16.618

Ley que Crea los Tribunales de Familia N.° 19.968.

Ley que Regula el Régimen de Aportes Financieros del Estado a los Colaboradores Acreditados N.° 20.032

Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina Ley N.° 26.994.

Jurisprudencia

Caso *María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, caso N.° 11.625- informe N.° 4/01-4 de abril de 2001.

Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sentencia de fecha 24 de febrero de 2012 Corte Interamericana de Derechos Humanos.