



El progenitor afín y el cuidado personal del menor luego de la ruptura de la convivencia con el progenitor biológico

Universidad Empresarial Siglo 21

PIA

Alumno: Julio César González González

Año: 2016

Carrera: Abogacía

Resumen

La incorporación de la figura del progenitor afín en el nuevo ordenamiento civil de nuestro país viene a regular los efectos de los vínculos que se producen entre los miembros de una familia ensamblada. Estas normas son el fruto de una enorme evolución social, legislativa y jurisprudencial, que tanto a nivel internacional como local, han ido reconociendo nuevos formatos familiares y han ido regulando los derechos que se desprenden de ellos.

Los deberes y derechos otorgados al progenitor afín se basan en la socioafectividad y permiten sumar un adulto responsable en la cooperación natural del cuidado y asistencia del niño, niña y adolescente durante la convivencia con el progenitor biológico. No obstante, pocos son los derechos -aunque sí mantiene deberes- que las normas le otorgan luego de la ruptura con el otro progenitor. En ese punto se basará el análisis crítico de este Trabajo Final de Graduación.

Palabras clave: Familia ensamblada, progenitor afín, convivencia, cuidado personal, responsabilidad parental, alimentos, ruptura de la convivencia.

Abstract

The incorporation of the related parent figure in the new civil legislation in our country pretends to regulate the effects of the links that occur between members of a stepfamily. These standards are the result of a huge social and legislative developments, both internationally and locally, they have been recognizing new family formats and have been regulating the rights that flow from them.

The duties and rights granted to related parent are based on socioaffective links and allow adding a responsible adult in the natural cooperation of child care and assistance when living with the biological parent. However, few rights -although many duties remain-

are granted after the break up with the other parent. This Final Graduation Paper makes focus on the critical analysis of this issue.

Keywords: stepfamily, related parent, living, personal care, parental responsibility, alimonies, breaking coexistence.

Índice del Trabajo Final de Graduación

Introducción.....	6
Capítulo 1: La familia.....	11
Palabras preliminares.....	12
1. La familia.....	12
1.1) Concepto.....	12
1.2) Evolución histórica de la organización familiar.....	14
2. El Derecho de familia: efectos de las relaciones familiares.....	17
2.1) Definición.....	17
2.2) Ubicación del derecho de familia entre las ramas del derecho.....	18
2.3) Caracteres del Derecho de Familia.....	19
2.4) Contenido del Derecho de familia.....	20
2.5) Los derechos subjetivos familiares.....	21
2.6) Del Derecho “de” Familia al Derecho de las personas “a formar” una familia.....	21
2.7) De “la” familia a “las” familias.....	23
3) Régimen del Código Civil de Vélez Sarsfield y las leyes complementarias.....	24
4) Las relaciones no matrimoniales: vacío legal en el sistema de Vélez Sarsfield.....	24
Palabras de cierre.....	26
Capítulo II: La moderna concepción de familia.....	27
Palabras preliminares.....	28
1. La moderna concepción de familia.....	28
2. Los nuevos paradigmas de familia.....	30
2.1) De la familia nuclear matrimonial a la familia nuclear extramatrimonial: La familia convivencial.....	31
2.2) La familia ensamblada.....	32

2.3) La familia monoparental.....	35
2.4) La familia y los matrimonios igualitarios.....	36
3. La protección convencional internacional y constitucional de la familia.....	36
3.1) Protección convencional internacional.....	36
3.2) Protección constitucional.....	37
4. El nuevo ordenamiento civil: El Código Civil y Comercial de la Nación.....	39
4.1) El reconocimiento de los Derechos Humanos: un nuevo paradigma.....	40
4.2) La democratización de las relaciones familiares.....	41
Palabras de cierre.....	42
Capítulo III: La regulación legal de las figuras familiares.....	44
Palabras preliminares.....	45
I. La dimensión convencional internacional: impacto sobre las relaciones de familia en el ámbito interno.....	46
1. Convención sobre los derechos del niño.....	46
2. Los tratados de derechos humanos.....	48
3. El interés superior del niño.....	49
4. Ley 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes... 51	
II. El cambio de paradigma en las relaciones de familia en nuestro ordenamiento.....	51
1. La patria potestad y el derecho de visitas.....	51
2. La responsabilidad parental y el cuidado personal del menor.....	53
Palabras de cierre.....	55
Capítulo IV: La incorporación de la figura del “progenitor afín” en el Código Civil y Comercial de la Nación.....	57
Palabras preliminares.....	58
1. El progenitor afín.....	58
1.1) Concepto y precisiones terminológicas.....	58
1.2) El progenitor afín y las relaciones de parentesco.....	60
2. Funciones del progenitor afín durante la convivencia con el progenitor.....	61
2.1) Función de cuidado.....	61
2.1.1) El cuidado complementario.....	61

2.1.2) Delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en el progenitor afín.....	63
2.1.3) Ejercicio compartido de la responsabilidad parental con el progenitor.....	65
2.2) El deber alimentario del padre afín.....	67
2.2.1) La fuente de la obligación alimentaria del progenitor afín.....	69
2.2.2) Límites temporales de la obligación alimentaria.....	70
2.3) El derecho a la adecuada comunicación.....	71
3. Efectos luego de la ruptura.....	73
4. Interrogantes.....	74
4.1) Configuración legal del progenitor afín con fuente en la convivencia.....	75
4.2) El orden sucesorio.....	75
4.3) Bien inmueble propio del progenitor afín.....	76
4.4) Derecho a una adecuada comunicación.....	76
4.5) El cuidado personal compartido del menor luego de la ruptura.....	78
Palabras de cierre.....	79
Conclusión.....	81
Bibliografía.....	86

Introducción

La pregunta de investigación que disparó nuestro trabajo fue la de plantearnos si *¿Puede el padre afín solicitar el cuidado personal compartido del niño, niña o adolescente luego de la ruptura de la convivencia con su progenitor- sea éste biológico o adoptivo?* El CCC nada regula al respecto, pero adelantamos aquí que en nuestra opinión el Interés Superior del Niño -el que se reconoce en muchas regulaciones del Código y fundamente el derecho del niño a ser oído- es el que debería primar en estos casos.

El objetivo general que guía este trabajo es el analizar los fundamentos y la regulación del nuevo Código Civil y Comercial de Nación con la finalidad de profundizar en la figura del progenitor afín. Este objetivo se ve complementado con otros, tales como, el de describir y reflexionar acerca de las diversas formas de constitución familiar; analizar las normas del Código Civil derogado destacando sus vacíos normativos; referir al tratamiento convencional internacional de las familias y de los derechos del niño; resaltar la importancia del Interés Superior del Niño como guía para la regulación de los derechos en los que se encuentran afectados; describir los principales derechos y obligaciones establecidas en cabeza del progenitor afín y finalmente, realizar un análisis crítico sobre la falta de regulación expresa del derecho de visitas y/o del cuidado de los menores por parte del progenitor afín luego de la ruptura.

La importancia del tratamiento de este tema reside en profundizar en la regulación y protección de las nuevas formas familiares en el CCC, lo que constituía un reclamo que los particulares, la doctrina y la jurisprudencia venían haciendo desde hace larga data. Dentro de las modificaciones realizadas, siempre resulta atractivo el análisis de la incorporación de nuevas figuras, tal, en este caso, la del progenitor afín y sus consecuencias: los derechos y deberes como cargas familiares. Con anterioridad al reconocimiento expreso de la figura fueron los tribunales los que han tenido que dar solución a los casos en los que se ventilaban cuestiones relacionadas con las obligaciones de los convivientes respecto de los hijos biológicos o adoptivos del otro miembro de la pareja una vez acabada la relación.

Sin embargo, y más allá del avance que significa la regulación de la figura del progenitor afín, subsisten todavía algunos vacíos legales en el nuevo CCC, el que si bien regula acerca de los derechos extrapatrimoniales entre el progenitor afín y los niños, niñas y

adolescentes (en adelante, NNA)- derecho de visita, omite la regulación sobre el derecho de solicitar el cuidado personal de los mismos- una vez acabada la relación con el progenitor.

Esto nos lleva a interrogarnos sobre el verdadero avance de esta incorporación. El derecho humano del niño a tener una familia –independientemente del formato que ésta tenga- y el principio del interés superior del niño deberían poder justificar el mantenimiento del vínculo entre el progenitor afín y los menores luego de la ruptura. No se entiende cómo excepcionalmente el progenitor afín puede seguir obligado patrimonialmente con la carga alimentaria a favor del NNA de modo explícito, siendo que sobre sus derechos extrapatrimoniales de visitas debe remitirse a los artículos que regulan la comunicación entre parientes, naturaleza que él no tiene respecto del hijo del hijo afín.

La conveniencia de la investigación radica en la importancia de hacer los primeros abordajes sobre la incorporación de la nueva normativa del CCC. Desde un punto de vista jurídico y social, se pretende realizar un breve análisis de las normas que dan respuesta a planteos históricos, pero también resaltar algunos vacíos legales que necesitarán seguramente del auxilio de la justicia para ser solucionados.

Se eligió la modalidad de Proyecto de Investigación aplicada (PIA) debido a que intentaremos resolver un problema de conocimiento a través de la investigación sobre un tema específico. La hipótesis de nuestro trabajo responde a los lineamientos descriptivos de esta modalidad de investigación y se estará orientada a afirmar que el progenitor afín podrá solicitar –bajo ciertas condiciones- el cuidado personal de los NNA luego del cese de la relación con el progenitor de aquellos. Los objetivos de conocimiento y la estrategia metodológica a seguir –de naturaleza descriptiva- nos ayudarán a recabar datos documentales a partir de los cuales, previo análisis en profundidad, se arribará a una conclusión que aporte respuestas a la problemática planteada. Descriptivo: Este tipo de estudio apunta a hacer una descripción del fenómeno sociológico y jurídico de las familias ensambladas y de los derechos que se reconocen entre sus miembros. Estos estudios no implican la comprobación de hipótesis, ya que su finalidad es describir la naturaleza y consecuencias jurídicas de la protección a fin de realizar un análisis crítico sobre de la falta de regulación de los derechos de cuidado personal del menor por parte del progenitor afín luego de la ruptura (Yuni y Urbano 2003).

El nuevo ordenamiento Civil y Comercial que comenzó a regir recientemente en nuestro país incorporó una reforma integral en el ámbito de familia, armonizando muchas de las instituciones existentes con las normativas constitucionales que incluyen los tratados de Derechos Humanos e incorporando otras nuevas. Esas nuevas instituciones tienden a actualizar las normas de familia y a ajustar sus regulaciones con nuevos reclamos que surgen de la realidad. Dentro de esa realidad cambiante se produjo la evolución de la familia tradicional que hace que nos encontremos frente al fenómeno de las familias ensambladas, las que presentan una particular dinámica respecto de los roles que cumplen los participantes, sus obligaciones y sus derechos, los efectos que produce, etc. Todas estas situaciones cotidianas carecían de regulación legal.

El desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha irradiado sus efectos hacia todas las ramas del Derecho. El Derecho de Familia no ha quedado al margen de este proceso y ha experimentado una transversalización de sus conceptos en un campo que era gobernado tradicionalmente por la privacidad fundada en el respeto debido a la intimidad de la familia. Las relaciones paterno filiales son un claro ejemplo de lo expuesto (Chechile y López, 2006).

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCC) vino a llenar vacíos jurídicos, y a modificar las normas del obsoleto Código Civil de Vélez Sarsfield, con el propósito de armonizar el ordenamiento interno con los instrumentos internacionales, regulando distintos tipos de familia – reconociendo a la familia ensamblada- y reglamentando detalladamente las responsabilidades y derechos que tiene el progenitor afín para con el hijo niño, niña o adolescente de su cónyuge o conviviente, muchos de los cuales cesan una vez que el padre afín finaliza la unión con el progenitor.

Según la nueva regulación el rol del padre afín cumple una función de carácter complementario, conservando siempre los padres biológicos un rol principal; de esta manera, no se trata de una figura que reemplaza ni sustituye a alguno de ellos, sino que se plantea una cooperación natural en todas las actividades cotidianas que derivan de la convivencia. Por ejemplo, tiene la obligación de cuidado y de alimentos, y la posibilidad de que le sea delegada, parcial o totalmente, la responsabilidad parental del hijo propio del otro progenitor; además, debe cooperar en la crianza y educación, realizar los actos

cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico, y adoptar las decisiones que sean necesarias ante situaciones de urgencia, en las que siempre prevalece el criterio del progenitor ante cualquier situación de desacuerdo.

Sin embargo, frente a todos estos deberes que impone el CCC en cabeza del progenitor afín, poco regula acerca de los derechos que le asisten. Entre progenitores –sean estos biológicos o adoptivos- el cuidado personal es, por regla, compartida entre ellos en caso de ruptura de la pareja (matrimonial o unión convivencial). Nos preguntamos si el progenitor afín puede reclamar también el ejercicio del cuidado personal del NNA luego de la ruptura. Si bien entendemos que no puede ser equiparado al progenitor o al padre adoptivo, existen muchas situaciones en las cuales actúa y cumple con obligaciones como si lo fuera. Supongamos los casos de los NNA que no tienen padre biológico reconocido o que su padre biológico se ha desentendido completamente de sus obligaciones jurídicas y afectivas para con su hijo. Situaciones en las cuales el padre afín es el único “padre” que el NNA conoce y quiere. El Código guarda silencio sobre este punto.

El desarrollo de este trabajo se plantea en cuatro capítulos que irán desplegando el marco social y jurídico que desemboca en el tratamiento de la figura que nos convoca en este trabajo: el progenitor afín. Primeramente se hace una aproximación general de las relaciones familiares, la que será abordada tanto desde una visión tradicional como moderna con el fin de exponer los diferentes cambios sociales que han atravesado a las relaciones familiares y cómo se han ido modificando en sus principales efectos sociales y jurídicos. El segundo capítulo será de análisis legal y jurisprudencial de las relaciones familiares, exponiendo las principales regulaciones –y los vacíos- y los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema. Estos dos primeros capítulos son eminentemente descriptivos y tienden a destacar el ámbito dentro del cual se desarrollan las relaciones de familia y los diversos cambios que las mismas han atravesado.

El tercer capítulo no fue pensado originariamente en el Proyecto de Trabajo Final, pero luego de profundizar en nuestra investigación, entendimos que hacía falta referirse a los NNA. Para que exista un progenitor afín, debíamos hacer mención al hijo afín. Se hace hincapié aquí en los derechos reconocidos internacionalmente a los niños y el impacto que eso ha tenido en nuestro derecho en términos de la necesidad de armonizar los vetustos

conceptos en el Código Civil con los nuevos horizontes en los que se desenvuelven los derechos de los niños en el plano convencional internacional. La finalidad de este capítulo es entender los derechos que le asisten al “hijo afín”. El análisis de la regulación de los derechos y deberes del progenitor afín contenidos en el CCC comprenden al hijo afín en tanto destinatario de los deberes que pesan sobre el primero. Se indagará acerca de los derechos que asisten al hijo afín para deducir cómo éstos pueden impactar en las relaciones con su padre afín. Principios tales como el interés superior del niño, la capacidad progresiva de los menores y el derecho a ser oídos, pueden resultar fundamentales a la hora de decidir sobre cuestiones no reguladas en el código.

Finalmente, en el cuarto y último capítulo –central en nuestra investigación y que justifica este Trabajo Final- se abordará en profundidad la regulación legal de los efectos familiares en el CCC. Se analizará detenidamente la incorporación de la figura del “progenitor afín” y del “hijo afín” para examinar las relaciones personales y legales que se reconocen entre ellos. Se destacarán interrogantes que surgen luego del análisis de la regulación y del vacío legal sobre el cuidado personal del menor luego de la ruptura con el progenitor para, finalmente, sentar nuestra postura sobre el tema.

Capítulo I

La familia

Palabras preliminares

Este primer capítulo es eminente descriptivo y servirá de encuadre para ubicar los vínculos familiares dentro del contexto familiar en el cual se desarrollan. Se resaltarán los formatos familiares tradicionales que generaban rígidas relaciones de tipo verticalistas y que emanaban de la celebración del matrimonio. La familia tenía, entonces, un rasgo institucional que con el tiempo comenzó a perder rigidez a partir de muchos cambios sociales y personales de los miembros que la componen. No obstante, como el derecho siempre va detrás de los hechos, muchas de esas relaciones familiares quedaron sin regulación legal por el tiempo necesario para que la doctrina y la jurisprudencia, primero y la ley, después, decidieran ampliar sus marcos regulatorios hacia otros tipos familiares no tradicionales.

1. La familia

1.1) Concepto

El Pacto de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos establece que la familia “...es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”. Esta alusión convencional que surge del art. 17, inc. 1, y que cuenta con jerarquía constitucional en nuestro país desde la reforma del año 1994 (art. 75 incs. 22 y 23) no es técnicamente una definición sino una noción que destaca la importancia de la familia en nuestra estructura social y jurídica. No obstante, la “familia” no puede ser definida por un concepto unívoco, sino que refiere a una noción muy amplia dependiendo de las miradas netamente jurídica, sociológica o histórica con las que se la aborde.

Muchos autores han tratado de brindar definiciones de familia. Díaz de Guijarro (1953) ha definido a la familia afirmando que es la institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación. En términos similares Yungano (2008) define a la familia como una asociación de personas integrada por dos individuos de distinto sexo y

sus hijos, que viven en una morada común bajo la autoridad de ambos padres, que están en relación con los ascendientes, descendientes y colaterales por vínculos de sangre y lazos de parentesco (Yungano, 2008). Estas definiciones parecen muy alejadas de la concepción más actual de familia.

Belluscio (2010) presenta una definición más adaptada a nuestro tiempo en la que encuentra un sentido amplio y otro más restringido. La familia en su *sentido amplio* comprende al parentesco, aquel es el conjunto de parientes con los cuales existe algún vínculo jurídico y que alcanza a los ascendientes, descendientes sin limitación de grado, a los colaterales por consanguinidad y a los afines, y que, en un *sentido más restringido*, es el núcleo paterno – filial o agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que conviven con ellos o que se encuentran bajo su potestad.

Otros autores, como Bossert y Zannoni (2008) hacen referencia a la familia, pero la definen desde un criterio sociológico y otro jurídico. *Sociológicamente*, la familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco. En el derecho argentino, la sanción de la ley 17.711 redujo los límites de los vínculos familiares entre los parientes colaterales. En el Código Civil de Vélez Sarsfield (en adelante, C.C.) y sus modificaciones, el derecho sucesorio intestado alcanzaba hasta el cuarto grado de parentesco por consanguinidad (art. 3585 del C.C.)¹, de manera que en ese grado concluyen los vínculos jurídicos en este tipo de parentesco.

Este sentido más acotado de la familia es el que reviste importancia jurídica, puesto que las relaciones a que da lugar son las reguladas por el derecho de familia. Desde una *perspectiva jurídica*, la familia en sentido amplio, está formada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco.

El lazo que se constituye como familiar tiene importancia jurídica ya que da origen a una amplia cantidad de derechos y de obligaciones, con especial importancia al matrimonio, a la relación paterno – filial, a los alimentos y a las sucesiones.

¹ Artículo 3585 del C.C.A.: “No habiendo descendientes ni ascendientes ni viudo o viuda, heredarán al difunto sus parientes colaterales más próximos hasta el cuarto grado inclusive, salvo el derecho de representación para concurrir los sobrinos con sus tíos. Los iguales en grado heredarán por partes iguales”.

Como puede verse por las características asignadas a la familia, muchas de las concepciones han quedado obsoletas debido a los cambios vertiginosos que sufre la estructura familiar en nuestro tiempo. Rasgos tales como la permanencia, la intersexualidad o la procreación han dejado de ser caracteres tipificantes y definitorios de la familia. Un concepto completo y actual de familia es el brindado por Jelin (2009, pág. 135) cuando dice que:

La familia es una institución social anclada en necesidades humanas universales de base biológica: la sexualidad, la reproducción y la subsistencia cotidiana. Sus miembros comparten un espacio social definido por relaciones de parentesco, conyugalidad o pater-maternidad.

1.2) Evolución histórica de la organización familiar

La institución familiar se ha ido moldeando en el tiempo a partir de diferentes transformaciones histórico-sociales. Distintos autores coinciden que en un primer estadio el grupo familiar no se asentaba sobre relaciones individuales de carácter exclusivo entre determinados sujetos, sino en una relación sexual que existía indiscriminadamente entre todos los varones y mujeres que componían una tribu (endogamia). En un segundo estadio en la vida de los grupos primitivos, las guerras, la carencia de mujeres, y tal vez otros factores llevaron a que los varones de una tribu establecieran relaciones sexuales con mujeres de otras tribus (exogamia), aunque siempre sin carácter de singularidad. Esto determinaba que desde el nacimiento del niño se supiera quién era su madre, pero no quién era su padre. De ahí que el origen de la familia tuvo carácter matriarcal, pues era exclusivamente junto a la madre -por ser conocida- que el hijo crecía, se alimentaba y educaba.

Con el paso del tiempo el hombre fue avanzando hacia la formación de grupos familiares asentados en relaciones individualizadas y de carácter monogámico en las que un solo hombre y una sola mujer mantienen relaciones sexuales exclusivas y de ellos deriva la prole que completará el núcleo familiar. La unión monogámica estuvo destinada a cumplir diversas funciones, muchas de las cuales aún cumple. La monogamia impuso un orden sexual en la sociedad, en beneficio de la prole y del grupo social, tales como la presunción de paternidad del marido o las cuestiones relacionadas con la sucesión. A su

vez, esto facilitó el ejercicio del poder paterno y debilitó el antiguo sistema matriarcal de la familia. Esta función, que es a la vez fundamento de la unión monogámica, llevó a crear en torno a ella dos elementos que aparecen de modo permanente a través de la historia: la libertad amplia de relaciones sexuales entre los esposos y el deber de cada uno de ellos de abstenerse de mantenerlas con otro. Lo cual ha conducido, con el correr del tiempo, a imponer penas para el caso de violación de ese deber tal como sucedía todavía en nuestro Código Penal con la sanción que se imponía al adulterio, suprimida en el año 1995 por la ley 24.453 (Krasnow, 2010; Zannoni, 2010).

A esa estructura social y jurídica se le adicionó un elemento religioso que hizo que la familia sea considerada como institución sagrada en las sociedades occidentales en las que se institucionalizó el matrimonio, idea impulsada principalmente por la Iglesia Católica Apostólica Romana alrededor del siglo XII. La institución matrimonial ostentó el monopolio de la regulación de las relaciones sexuales (heterosexuales), así como de la convivencia conyugal, la procreación, la paternidad y la legitimidad.

Durante toda esta etapa encontramos la denominada “familia tradicional”, que respondía a un sistema jerárquico, donde el hombre ocupaba el lugar de jefe respecto al resto de los miembros. En este contexto adquiere importancia la *familia nuclear*, conformada por la pareja unida en matrimonio y los hijos. El desarrollo industrial provocó un fuerte impacto en la estructura interna de la familia, dejando atrás la concentración de las funciones domésticas y de producción dentro del seno del hogar, para dar paso a una separación entre la vivienda familiar y el lugar de trabajo. Así, se asiste a un avance progresivo de la producción industrial por sobre la producción doméstica. Como consecuencia de este desarrollo, se instala la división sexual del trabajo, ocupando el hombre el lugar de sostén económico de la familia, mientras que la mujer -en una relación de dependencia respecto a su pareja- asume las funciones domésticas.

A mediados del siglo XIX, lentamente se inicia un proceso que apunta a reconstruir la familia como el lugar donde se desarrolla la persona para luego vincularse e incluirse en la sociedad (Krasnow, 2010). A partir de la segunda mitad del siglo XX, se perfila un nuevo modelo de familia que abre las puertas a la autonomía personal. Aquella visión cultural y jurídica relativamente reciente que sustentaba a la familia sobre la institución del

matrimonio legal y religioso de carácter indisoluble comenzó a perder peso como consecuencia del retroceso de las instituciones religiosas y comunitarias locales, cediéndole mayor poder simbólico a la familia (Gillis, 1996).

El aumento de las tasas de divorcio acabó con el ideal de la monogamia para toda la vida. El valor de la satisfacción en el matrimonio aumentó, elevando las exigencias en términos de intimidad, gratificación sexual y distribución equitativa de las tareas domésticas. Los individuos comenzaron a mirar al matrimonio como una institución atemorizante, la cohabitación sin matrimonio se volvió para muchos una alternativa al casamiento temprano, y para una pequeña minoría, una alternativa al propio matrimonio. Estos cambios son el resultado de fenómenos económicos, transformaciones sociales, o cambios culturales relativos a la importancia que se le asigna al matrimonio.

Con este nuevo paradigma familiar, se termina con las jerarquías en su interior, pasando a tener el hombre mayor participación en la vida privada de la familia. Este proceso que reseñamos muestra la superación de las relaciones de subordinación propias de la modernidad y el establecimiento de relaciones de coordinación en la posmodernidad (Herrera, 2011).

Krasnow (2010) destaca ciertos cambios importantes, tales como la ruptura de la sociedad disciplinar; el desarrollo de la organización económica destinada a la prestación de servicios; el crecimiento del consumo; el crecimiento de la autonomía personal y la democratización de las relaciones familiares.

Como puede verse a lo largo de este breve recorrido histórico, el concepto tradicional de familia hace tiempo que está en crisis. El reconocimiento y la protección de la autonomía personal de cada miembro de la familia deriva en la apertura de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones jurídicas familiares de contenido personal y patrimonial. En tal sentido, Mizrahi (1998, pág. 68) sostiene que:

la familia fue perdiendo su lugar sacro [...] De aquí se sigue una reformulación de conceptos: cambio de lugar de la familia, tras la admisión del papel prioritario de la persona humana, su bienestar y el pleno desarrollo de sus capacidades y virtudes; limitación del concepto de orden público en la regulación jurídica de las instituciones familiares; ensanchamiento del campo de la intimidad y privacidad en el ámbito general del derecho de familia.

La concepción de familia actual dista de manera categórica del modelo de familia tradicional, binuclear, heterosexual, fundada a partir del matrimonio. Este tipo de familia –a la única que en principio el Código Civil le otorgó reconocimiento legal- ocupa hoy un lugar más dentro del pluralismo de configuraciones familiares. La realidad social, mutable y contingente, ha ido imponiéndose y las leyes han debido adaptarse a estas nuevas demandas (Lloveras y Salomón, 2009). Esta nueva visión es la que nos permite analizar de forma abierta datos de la realidad, asumiendo que estos cambios deben ser contemplados desde el derecho. En este marco, se ubican las distintas formas de familia, las cuales no encuadran en los esquemas rígidos propios de la época y que inspiraron a nuestro codificador al ocuparse de las relaciones jurídicas familiares.

Como se desarrollará en profundidad en el próximo capítulo, actualmente el paradigma constitucional argentino permite contemplar y abarcar otras realidades familiares, lo que hace que la moderna doctrina constitucionalista defina a la familia desde una perspectiva “amplia”.

2. El Derecho de familia: efectos de las relaciones familiares

2.1) Definición

Muchas son las definiciones que pueden encontrarse del “Derecho de familia”, pero nos parece muy acertada una definición simple brindada por Belluscio (2010, pág. 23): “El derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares”.

Díaz de Guijarro (en Yungano, 2008, pág. 4) define al Derecho de Familia como:

el conjunto de normas que, dentro del Código Civil y de las leyes complementarias, regulan el estado de familia, tanto de origen matrimonial como extramatrimonial, los actos de emplazamiento en ese estado y sus efectos personales y patrimoniales. De este modo, y desde el punto de vista de la ciencia del derecho, el acto jurídico familiar (especie dentro del género 'acto jurídico') constituye el objeto propio del derecho de familia.

2.2) Ubicación del derecho de familia entre las ramas del derecho

Tradicionalmente, el derecho de familia forma parte del Derecho privado y, más precisamente, del civil. Tiene, sin embargo, caracteres propios derivados de la circunstancia de que la mayor parte de sus normas son de orden público, así como la intervención del Estado en la formación y disolución de vínculos y en numerosas cuestiones por él reguladas (Belluscio, 2010). Esto hace que haya juristas que se pregunten si efectivamente debe considerárselo como perteneciente al Derecho privado y si no estaría más propiamente ubicado dentro del público o como rama independiente de ambos (Borda, 2009; Mazzinghi, 1995).

Por exceder el análisis de este trabajo, sólo diremos que las opiniones mayoritarias sobre el tema ofrecen una cantidad de argumentos que demuestran que el derecho de familia continúa siendo parte integrante del derecho civil. Aunque presenta particularidades que lo distinguen de sus otras divisiones, no es menos cierto que también las demás divisiones las tienen. La familia y las relaciones jurídicas familiares conciernen a situaciones generales de las personas en la sociedad y por ello el Derecho de Familia integra el Derecho Civil. Sin embargo, ciertas relaciones jurídicas típicamente familiares - como el matrimonio, la filiación y la adopción-, no contienen generalmente actos de autonomía privada (Zannoni, 2010).

Yungano (2008) destaca ciertos principios en el derecho de familia que marcan las pautas básicas del sistema. Así, las convenciones particulares no pueden derogar las disposiciones legales sobre relaciones de familia; los derechos concedidos en mira del orden público no son susceptibles de renuncia; no pueden cederse las acciones relativas a derechos inherentes a las personas; no se puede transigir sobre cuestiones de estado de familia, etc. Ofrece, asimismo, finalidades, sanciones y caracteres propios.

Pese a lo expuesto, debemos destacar que a partir de la reforma constitucional del año 1994, y sobre todo, a partir de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCC), ha comenzado a desdibujarse en gran parte noción entre lo privado y lo público. Por un lado, la constitucionalización del derecho privado, y por otro el paradigma o principio no discriminatorio del CCC, lo transforma en

un código de los derechos individuales y colectivos, para una sociedad multicultural, bajo un paradigma protectorio. Esto ha influido enormemente en el modo en el que analizan las relaciones familiares e interpersonales, otorgando preponderancia a la autonomía de la voluntad en el aspecto personal, pero categorizando a la familia como una institución cruzada por el derecho público constitucional e internacional convencional (Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación; 2011; Herrera, 2014).

La familia inserta en la posmodernidad materializa la democratización de las relaciones familiares, advirtiéndose el cambio de paradigma que se produce a partir de la segunda mitad del siglo XX, afirmándose que cada individuo es “sujeto de derecho”, distinguiéndose asimismo que el ámbito de protección excede las fronteras de cada país instalándose en la comunidad internacional. Al respecto destacan Lloveras y Salomón (2009, pág. 47) que:

en el presente se ha modificado el escenario: la internacionalización de los derechos humanos y el principio de la centralidad de la persona como se concibe actualmente, provocan cambios en las instituciones jurídicas, en tanto los derechos de la persona comienzan a tener una nueva entidad logrando enlazar el derecho público (que aporta su teoría de los derechos humanos) y el derecho privado (que aporta su teoría de los derechos personalísimos).

El eje de protección actual gira en torno de la “persona” y no de la “familia en sí”, subyaciendo en esta consideración el impacto de los derechos humanos sobre el derecho de familia, (Bidart Campos, 2000) lo que nos hace representar uno de los fenómenos de “publicización” del derecho privado, denominándose actualmente el “derecho de familia” como “derecho constitucional de familia” (Zabalza, 2012)

2.3) Caracteres del Derecho de Familia

Borda (2009) expone una serie de caracteres propios del Derecho de Familia que le dan una fisonomía particular. Entre ellos menciona:

1) Que ninguna otra rama del Derecho está tan directamente influida como ésta por ideas morales y religiosas.

2) Que los llamados “derechos de familia” son, por lo general, complejos de derechos y deberes. La circunstancia de que los derechos subjetivos emergentes de sus normas implican deberes correlativos, ha hecho que se los califique de derechos-deberes, o bien de poderes-funciones (Belluscio, 2004).

3) El papel de la voluntad es, en materia de familia, mucho más restringido que en el resto del Derecho privado. Casi todas las normas reguladoras de esta institución tienen carácter imperativo. La existencia de este tipo de normas tiene por finalidad imprimirle determinados principios que el legislador en una época concreta estima indispensable defender a través del ordenamiento jurídico para conservar la particular concepción que se tenga sobre la familia, la sociedad y el Estado. Una ley integra de orden público familiar cuando a través de su normativa procura garantizar, llevar a la práctica o desarrollar, los principios inspiradores de la particular organización política y socio familiar. El derecho de familia, por ser de orden público, se integra con normas imperativas, irrenunciables, inderogables por la voluntad de los particulares, que atienden el interés superior del Estado o interés familiar del Estado (Fanzolato, 2007).

Destacamos que existen muchas normas de orden público contenidas en el Derecho de Familia, aunque en los últimos tiempos puede evidenciarse una atenuación de las mismas debido al avance del reconocimiento que las leyes hacen al principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

4) Que el estado de familia y, por tanto, los derechos que de él derivan son imprescriptibles. Sin embargo, en algunos casos la ley establece ciertos plazos de caducidad para las acciones de nulidad de matrimonio y de impugnación de la legitimidad de la filiación. A diferencia de la prescripción, que está dirigida a la extinción de los derechos por la vía de la paralización de las acciones que los amparan, la caducidad tiende a asegurar y dar permanencia al vínculo matrimonial o a la legitimidad del hijo (Zannoni, 2010).

2.4) Contenido del Derecho de familia

El derecho de familia comprende normas reguladoras de las relaciones personales y de las relaciones patrimoniales de orden familiar. Tradicionalmente el derecho de familia ha comprendido temas tales como: el derecho matrimonial, las relaciones jurídicas paterno-

filiales, las relaciones parentales en sentido amplio y, algunas consecuencias jurídicas de la unión de hecho (Belluscio, 2010).

Este contenido se ha ido ampliando –como veremos en los próximos capítulos- a medida que la realidad fue imponiendo nuevas formas de relaciones familiares que reclamaban protección legal a través del encuadramiento jurídico.

2.5) Los derechos subjetivos familiares

De las normas jurídicas que integran el derecho de familia resultan derechos subjetivos, que pueden ser de orden patrimonial o extrapatrimonial. Tales derechos se caracterizan especialmente porque pueden ir unidos a deberes o ser correlativos de ellos. Tienen una finalidad moral, de manera que en general son otorgados a su titular para cumplir aquellos deberes jurídicos. Tales circunstancias hacen que se los haya clasificado en derechos conferidos en interés propio de su titular, y derechos que se ejercen como facultades o poderes para la protección de intereses ajenos, calificados estos últimos como derechos-deberes, derechos-funciones, o poderes-funciones (Belluscio, 2004).

2.6) Del Derecho “de” Familia al Derecho de las personas “a formar” una familia

Según lo que venimos exponiendo, y atento a la evolución y dinámica de las relaciones de familia, en la actualidad los vínculos familiares presentan otras morfologías y otras improntas. Por citar un dato de la realidad ineludible: la gente, gracias al desarrollo y el avance de la ciencia médica, tiene una perspectiva de vida más longeva y en mejores condiciones de salud. Por lo tanto, la noción tradicional de pareja monogámica y permanente se ve profundamente conmovida y afectada ya que la persona elegida a los treinta o cuarenta años puede no ser el compañero que se siga eligiendo a los cincuenta o sesenta, más pensando en que aún quedan varios años de vida. Esto nos obliga a pensar no en "familia" en singular, sino más en la idea de "trayectorias familiares", ya que las personas, a lo largo de la vida, pueden pasar por más de una forma familiar. Es decir, habría un derecho de la persona a vivir o formar una familia, más que un derecho de familia como un ente abstracto y diferenciado de las personas que lo integran con derechos propios que pueden o no coincidir entre todos sus integrantes. ¿Hay una protección de "la familia" o, en

definitiva, se pretende proteger a las personas en tanto miembros de un grupo social que se lo conoce como familia? (Herrera, 2014).

Otro aspecto importante que impacta en la estructura familiar es el crecimiento de la autonomía de la voluntad de cada uno de los sujetos que actúan en las diversas relaciones intrafamiliares, visibilizándose su trascendencia tanto en el devenir como en la constitución de cada uno de los vínculos. Asimismo, conjuntamente con el principio de autonomía toma escena la solidaridad familiar, pretendiéndose una conjunción armoniosa entre ambos principios, lo que configura un nuevo orden público familiar que se basa en otros principios que los tradicionales (Zabalza, 2012).

Lloveras y Salomón (2009, pág. 41) indican que:

El impacto de los DD. HH. en las relaciones familiares se observa a partir de la visión de la persona como eje de protección y no de la institución de la familia en sí. Con este giro, la "familia" no es el centro de la protección legislativa sino que es la "persona", en sus diversas relaciones familiares, la que debe contemplarse en la tutela. [...] Estos cambios sociales, históricos, axiológicos, científicos, -entre otros-, deben ser legislados, reconocidos y receptados por las sociedades, en tanto en general existe consenso en que el "derecho" de una sociedad debe reflejar la realidad -valores- existentes en la misma. Es decir que el derecho como fenómeno social no puede permanecer ajeno a los fenómenos sociales que se gestan y se exteriorizan en la sociedad que regula.

Estas nuevas realidades familiares demuestran cómo la elección personal, la voluntad, la libertad y la responsabilidad que cada persona ha ido ganando en la definición de su propio destino. Es por ello que el modelo actual de organización familiar se sustenta también en el “reconocimiento de la autodeterminación del ser humano para conformar el tipo de familia que quiera y para diseñar su propio proyecto de vida” (Conclusiones del X Congreso Internacional de Derecho de Familia. Mendoza-1998). En consecuencia, el nuevo paradigma concibe la protección del interés familiar desde una perspectiva diferente, protegiendo el interés individual, a través del cual se proyecta el interés familiar, centrándose en las relaciones familiares y en los sujetos involucrados en las mismas (Jelin, 2012; Zabalza, 2012).

El reconocimiento de estos cambios se ha ido viendo paulatinamente a través de una sustancial transformación en el marco tuitivo, reconociéndose no un derecho de familia sino un “derecho de familias”, abarcador de las diversas realidades. La nueva mirada sobre las cuestiones familiares advierte que la familia no tiene una razón de ser en sí misma ni es un fin en sí misma, sino en las funciones y servicios que presta a cada uno de sus integrantes como medio o estatus al servicio de la persona y de su desarrollo. Los cambios sociales se trasladan al derecho, con normas de contenido humanista que responden al movimiento que nace con los instrumentos internacionales de derechos humanos. Traspolando esta nueva visión al derecho de familia, el nuevo paradigma impulsado por estos instrumentos, produce un giro en torno al centro de protección jurídica. En este marco, en el presente nos encontramos frente a un derecho de familia que destina su manto protector a favor de la persona como integrante de relaciones jurídicas familiares, quedando atrás como centro de protección jurídica la familia.

2.7) De “la” familia a “las” familias

Siguiendo con la perspectiva que venimos analizando, resulta más apropiado pensar en diseños de proyectos biográficos de individuos que sostienen vínculos afectivos perdurables como trayectorias familiares, pues con ello se sugiere una construcción permanente y dinámica que, enlazando los derechos individuales de sus componentes con una expectativa de relaciones más democráticas, conforman las nuevas familias en las que persisten las notas de afectividad, sexualidad, procreación y parentesco aunque no todas como ineludibles y necesarias para conformar el concepto jurídico, pues la biología también dejó de ser, para la cultura, la única forma de multiplicación social (Giberti, 1994; González de Vicel, 2013).

También, el uso del plural -"familias"- implica desterrar la idea de una configuración familiar conceptualizada como normal y el juzgamiento de las demás como estructuras patológicas (Grosman, 2013).

3. Régimen del Código Civil de Vélez Sarsfield y las leyes complementarias

Si bien el C.C. ha perdido su vigencia recientemente en nuestro país, es imposible en este Trabajo Final omitir sus normas, ya que en ellas se ha asentado nuestra historia y cultura jurídicas por más de cien años.

Cuando Vélez Sarsfield reguló a la familia tuvo en cuenta principalmente a aquella que se asentaba en el matrimonio, y a las consecuentes relaciones entre los padres y sus hijos menores nacidos de ese matrimonio. La familia nuclear constituyó el objeto de muchas normas tutelares específicas, lo que demostraba la importancia y la preocupación que la sociedad de la época tenía por este grupo básico de la organización social. También otras normas complementarias se refirieron a la familia, tales como la Ley 14.394 que en su art. 36 de la ley 14.394 amplía esa noción reducida cuando señala que, “a los fines de esa institución, se considera familia a la constituida por el propietario, el cónyuge, sus descendientes, ascendientes y colaterales que convivan con el propietario del inmueble” (Zannoni, 2010).

Por lo tanto, nuestro derecho positivo no legislaba sobre ningún otro formato familiar que no fuera el matrimonial. Por ejemplo, no existía una regulación orgánica referida a la familia ensamblada, aunque sí existían existen normas que la presuponían y otorgaban ciertos derechos. Así, por ejemplo, entre un cónyuge y los hijos del otro (hijastros) existía parentesco por afinidad en primer grado (art.363 CC), lo que generaba deber alimentario recíproco (art. 368 CC), siendo dichos alimentos a cargo de la sociedad conyugal (art. 1275, inc. 1º, CC). Como consecuencia del carácter de alimentarios recíprocos, padrastrós e hijastros tenían el derecho de visitas previsto por el art. 376 bis de aquel ordenamiento (Zannoni, 2010).

4. Las relaciones no matrimoniales: vacío legal en el sistema de Vélez Sarsfield

Como acabamos de exponer, al analizar el anterior ordenamiento se comprueba que solo contaban con protección jurídica aquellas relaciones familiares que tenían su origen en

el matrimonio. En cambio, cuando las relaciones se originaban por la convivencia de hecho, o por relaciones de familiar preconstituidas que se ensamblaban, nos encontrábamos con situaciones no contempladas en la norma como, entre otras, la ausencia de parentesco, en algunos caso, a los escasos efectos que éste provocaba -con las consecuencias que esto trae- entre uno de los miembros de la pareja con el hijo del otro, o las cuestiones referidas a la patria potestad (ahora “responsabilidad parental”) o a la tenencia (ahora “cuidado personal”) entre los menores y los convivientes de su progenitor. Si bien puede tratarse de un vínculo afectivamente significativo, carecía de un marco legal de protección (Krasnow, 2010).

Frente a la carencia de normas que regulen estas relaciones familiares, se generaban complejas situaciones tanto en el aspecto personal, como en el patrimonial de las personas. Tal el caso de las uniones de hecho. No obstante ser el concubinato una costumbre muy extendida, nuestra anterior regulación civil no establecía un sistema integral de otorgamiento de derechos entre concubinos, sino que ciertos y escasos efectos se encontraban regulados aisladamente en las leyes de accidentes de trabajo, de locación, de obras sociales y en normas referentes a la seguridad social. Estos efectos dispersos acareaban interrogantes en torno al cumplimiento por parte del ordenamiento jurídico argentino, del piso mínimo que debe prevalecer en materia constitucional, respecto de la protección de los derechos fundamentales tales como el derecho a formar una familia, el derecho al cuidado, el derecho a la vivienda, el derecho a la salud, entre otros.

Al respecto sostiene Bidart Campos (1996, pág. 103) que:

En el nivel actual de las valoraciones que nutren al sistema de derechos humanos creemos que el principio de igualdad es el que da razón de porqué se omite definir a la familia como comunidad surgida exclusivamente del matrimonio. [...]

En el siguiente capítulo veremos cómo los tratados y convenciones de derechos humanos reconocen en forma expresa al matrimonio como una de las formas de manifestación de la familia, pero no la única. Una interpretación armónica e integral de los derechos reconocidos en dichos instrumentos permite entrever el reconocimiento de diversas formas de vivir en familia.

Palabras de cierre

Hemos hecho hasta aquí una introducción para describir el recorrido que viene atravesando –tanto social como jurídicamente- la visión de “la/s” familias, el que se mantiene en constante evolución ya que los vínculos que la componen son esencialmente dinámicos. Los cambios que la conformación de la familia viene sufriendo desde mediados del siglo anterior son los más revolucionarios y profundos de los últimos veintiún siglos, apareciendo hoy una gran número de modelos que alteran de forma directa los parámetros con los que se entendía la vida familiar. Nos pareció interesante hacer este primer encuadre de naturaleza descriptiva para ubicar a la familia en el contexto histórico y cultural de su evolución hasta nuestros días, pero también ubicarla dentro de la rama del derecho que la regula, el Derecho de Familia, ya que de él surgen efectos personales que impactarán en la relación que nos interesa describir en este trabajo: la del progenitor afín y del hijo afín.

Para poder entender estos cambios partimos desde una perspectiva histórica en la cual el derecho protegía a la familia conyugal fundada en lo biológico, para ir recorriendo cómo la evolución cultural y normativa de la mirada de los derechos humanos fue corriendo ese eje para pasar a proteger a los miembros que componen las familias.

Necesariamente ese cambio impacta en la regulación civil de nuestro país, regulación nacida a la luz de otras visiones que debieron ir adaptándose de a poco a las nuevas realidades, llenando vacíos normativos y reconociendo derechos impensados para la época de redacción originaria. De allí que los cambios legislativos han ido registrando la nueva realidad y modificando las leyes para garantizar un cada vez más igualitario y amplio de los formatos familiares.

Capítulo II

La moderna concepción de familia

Detenerse en el clásico derecho civil de familia cuando amanece el tercer milenio; no asumir que el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos han tejido en torno a las relaciones familiares una malla de situaciones en la que insertan a la mujer, al niño, al anciano, a la fecundación asistida; esclerosarse en modelos que nos llegan del siglo XIX, ignorar o negar la bisagra que une al derecho privado con el derecho constitucional, y tantos otros anacronismos, muy lejos de consolidar y defender a la familia, significa, a nuestro juicio, una miopía que impide ver con mirada amplia las profundas transformaciones que nuestro tiempo histórico viene acelerando.”

(Bidart Campos, 1996, pág. 113).

Palabras preliminares

En este capítulo se realizará una descripción de los nuevos formatos familiares que poco a poco van ganando espacios en la actualidad y que el derecho, como regulador del comportamiento social, debe ir acompañando con normas que los visibilicen. No se pretende hacer aquí un mero recuento de tipos familiares, sino de poner en contexto el resultado de los diferentes cambios en el grupo familiar, a los que hicieramos referencia en el capítulo anterior.

Además, se resaltarán la importancia y la expansión de las regulaciones que tienen por finalidad brindar protección legal integral a todos los tipos de familia, tanto a nivel internacional como local. Se verá con este análisis normativo cómo los redactores de los distintos cuerpos normativos han sabido estar atentos a los cambios sociales y a los reclamos para regular nuevas situaciones. En esas regulaciones se evidencia un cambio de paradigma orientado a humanizar a las familias, liberándolas de los rígidos corsets institucionales y rescatando la dignidad individual de sus miembros.

1. La moderna concepción de familia

Como se ha visto en el capítulo anterior, la relación entre Familia y Derecho no es sencilla. Históricamente ha existido una cierta tensión entre la familia-realidades sociales y la familia-realidades jurídicas. La gran pregunta es si familia es aquello que el derecho acota como familia, o es aquello que los sociólogos o el común de los mortales asumen como familia (Myniesrsky, 2012).

La familia es una institución social que se encuentra sujeta a todos los cambios que se producen en el ámbito de lo social. Sus características típicas van mutando y se van transformando a través del tiempo, y los vínculos familiares se van modificando con el paso de la modernidad hacia la posmodernidad (Kemelmajer de Carlucci y Herrera, 2009; Krasnow, 2010).

En las últimas décadas del siglo XX comenzó a gestarse un cambio radical en la forma y la función de la familia occidental. Aquella familia nuclear formada en torno a los vínculos conyugales y a una división estricta de tareas basada en el género comenzó a ceder

terreno a una multiplicidad de tipos de relaciones de parentesco. En la actualidad, si bien la familia nuclear tradicional sigue siendo el escenario más común para criar niños, las tendencias se combinan para producir una creciente diversidad en la conformación de hogares familiares (Herrera, 2011).

Entonces, además de la dificultad que siempre encontró la doctrina para conceptualizar a la familia, en el contexto contemporáneo su categorización jurídica es todavía más difícil debido a que los nuevos vínculos interpersonales tienen su fundamento en la afectividad como motivo de unión de las parejas, sin resultados fijos, con una estructura mucho más dinámica y con relaciones intrafamiliares más libres. Se suma a esto la homoparentalidad, las diferentes modalidades de procreación técnicamente asistida y el reacomodamiento de roles parentales. Los niños tienen en la actualidad un lugar preponderante en la familia, reconociéndoseles autonomía y capacidad para proyectarse de manera diferenciada de sus padres.

Las características de la economía de mercado y el deseo de las personas de satisfacer sus aspiraciones personales han desplazado en gran parte la urgencia por establecer relaciones de pareja y conformar una familia tradicional. Además, las parejas suelen postergar el matrimonio como mecanismo de defensa contra la posibilidad de que el vínculo no sobreviva. Así, el matrimonio ha dejado de ser un juramento de compromiso eterno para transformarse cada vez más en un compromiso condicional a permanecer juntos siempre que ambas partes estén dispuestas y puedan hacerlo (Gillis, 1996). Por esto el concepto de matrimonio para toda la vida como único marco socialmente aceptado para las relaciones de pareja y la procreación, parece haberse tornado un tanto anticuado en las últimas décadas.

Otro hecho significativo de la familia moderna tiene que ver con los matrimonios conformados por segunda vez. Es decir, matrimonios de personas que se separan de sus antiguas parejas y vuelven a contraer matrimonio y a formar una nueva familia, conservando relaciones con su familia anterior o integrándola en la nueva familia.

A lo largo del tiempo ha surgido la familia como institución sociocultural, fruto de la interacción de diversos factores que repercuten en su estructura y composición, dando lugar a nuevas prácticas y tendencias que reclaman su reconocimiento jurídico. Y

es que el profundo impacto que en esta nueva era de la historia han sufrido la sexualidad y la procreación, ha generado una acelerada transformación tanto en las estructuras familiares tradicionales, como en los roles que se desempeñan en su seno (Cala, 2016). Por estas y muchas otras razones la organización familiar atraviesa una enorme revolución tan profunda y vertiginosa como nunca antes (González de Vicel, 2015). Todos estos cambios socioculturales han influido en la familia, no solo en la conformación de distintas formas familiares, sino en el modo de relacionarse de sus miembros dentro del grupo familiar. Esta situación nos sumerge en un proceso de creciente pluralización de las estrategias de convivencia, con la consiguiente diversificación de fórmulas alternativas al modelo tradicional de familia nuclear matrimonial heterosexual. Dentro de estas nuevas estructuras familiares, cuyo creciente avance constituye la contrapartida de la drástica disminución de hogares complejos (aquellos en que conviven distintos núcleos familiares), se observan los hogares unipersonales, los hogares sin núcleo familiar, las uniones no matrimoniales heterosexuales u homosexuales, las parejas sin descendencia, las familias monoparentales y, desde luego, las familias ensambladas o reconstituidas (Cala, 2016).

2. Los nuevos paradigmas de familia

Por todo lo que venimos expresando, queda claro que la familia ha dejado de ser percibida como un fenómeno natural y ha pasado a ser entendida como “cultural”, lo que lleva a que no exista un modelo universal e inmutable sino muy diversos tipos de familia (Kemelmajer de Carlucci, 2014). Es por esto que uno de los principales desafíos del derecho de familia contemporáneo es justamente el de definir qué se entiende por familia, teniendo en cuenta que ella “ha dejado de ser, esencialmente, un núcleo económico y de reproducción para ser un espacio de afecto y de amor” (Herrera, 2011, s/p).

Ante esta perspectiva, Minyersky (2012) entiende que las familias no se definen, sino que simplemente se conforman en base al respeto, la elección personal y las ideas de pluralismo, tolerancia y democracia.

2.1) De la familia nuclear matrimonial a la familia nuclear extramatrimonial: La familia convivencial

Vélez Sarsfield sólo reguló las relaciones y los derechos de familia cuando la misma tenía su origen en el matrimonio. Si bien es cierto que no prohibió las relaciones no matrimoniales, su posición abstencionista generó que entre los convivientes no se reconocieran derechos personales, lo que dejó desamparadas en la mayoría de los casos a las personas que pretendían una solución justa a sus reclamos durante la relación de pareja o luego de su disolución (Capparelli, 2010; Solari, 2012). La única referencia explícita al concubinato se encontraba en el art. 232 cuando ante la nulidad del matrimonio con mala fe de los contrayentes, establecía que “su unión será reputada como un mero concubinato”.

Antes de la sanción de la Ley 23.515 de divorcio vincular, la concepción del matrimonio indisoluble heredada del catolicismo y continuada por Vélez Sarsfield en nuestro Código fue una de las principales causas para la existencia de las uniones concubinarias. La imposibilidad del disolver el matrimonio hacía que quien hubiese estado casado anteriormente no pudiera regularizar legalmente una nueva unión. Posteriormente, la recepción del divorcio hizo que fueran otras las causas personales que llevan a una persona a no contraer matrimonio. Estas razones pueden ser múltiples: económicas, sociales, legales y hasta ideológicas (Bossert, 2006). Este autor encuentra como las causas que más pueden destacarse, el factor económico y cultural.

A estas razones se le agregan la de aquellos que quieren probar si se llevan bien en su convivencia o bien de los que no se casan para evitar los trámites y costos de un futuro divorcio o para no repartir sus bienes y la de aquellos que la institución matrimonial perdió toda credibilidad (Azpiri, 2010).

Con el correr de los tiempos y ante la realidad social consecuente, nuestros juzgados, aún con ciertos reparos, comenzaron por habilitar una suerte de permisiva corriente aperturista reconociendo que las relaciones de familia se generan tanto cuando el grupo tiene como causa legal las nupcias, como cuando emana de una relación extramatrimonial. Esto nos permite afirmar -no tan sólo vislumbrar- que el matrimonio ha dejado de ser la única forma de unión conforme a la moral (Castro, 2013).

Al respecto, tienen dicho (Braña y Gutiérrez, 1999, s/p) que:

Las personas capaces tienen plena libertad para decidir el tipo de vida familiar que desean llevar adelante. Pueden optar por contraer matrimonio, sometiéndose a los derechos y deberes que, con carácter de orden público establece la ley, o bien pueden no casarse, organizando su vida privada y familiar según sus deseos.

2.2) La familia ensamblada

Desde la perspectiva sociológica -aunque también con trascendencia jurídica-, la estructura familiar se amplía con la conformación de las familias ensambladas o reconstituidas. Siguiendo a Grosman (2007, pág. 89), podemos conceptualizar a la familia ensamblada como “aquella estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de un casamiento o relación previa”.

Partiendo de esta definición, podemos observar que se trata de sistemas familiares que nacen de la unión legal o consensual de una pareja y que puede completarse con una variedad de vínculos. Por ejemplo, con hijo/s biológicos y/o adoptivos de uno solo de los integrantes de la pareja; o hijos biológicos y/o adoptivos de cada uno; o hijos biológicos y/o adoptivos de ambos con hijos biológicos y/o adoptivos de uno solo de los miembros de la pareja; o hijos biológicos y/o adoptivos de ambos más hijos biológicos y/o adoptivos de cada uno. En este marco, podemos encontrar además familias en las cuales los hijos comunes o provenientes de vínculos anteriores son el resultado del recurso a la procreación humana asistida (Krasnow, 2010).

Así, en estas organizaciones familiares se reconocen los vínculos anteriores de una o más uniones anteriores—que pudieron haberse extinguido por la muerte o la ruptura del vínculo matrimonial o de hecho- que pasan a coexistir con el nuevo vínculo, manteniéndose inalterables los vínculos parentales que comprenden las relaciones con los hijos anteriores y de los padres entre sí. Por esta razón, estamos frente a una organización amplia y a la vez compleja, conformada por hijos que pasan a convivir con otros que no son sus hermanos, pero comparten el mismo hogar y/o incorporan nuevos hermanos. Asimismo, estos hijos mantienen un contacto con el progenitor no conviviente, quien puede vivir solo o haber constituido otra pareja. Todo esta situación genera tensión y crisis, porque cada miembro de esta nueva familia ingresa con una historia que proviene de su situación familiar previa (Kemelmajer de Carlucci y Herrera, 2009; Zannoni, 2010).

Estas familias se sustentan y desarrollan en torno a la noción de la “socioafectividad” (Herrera, 2014; Cala, 2016). Esto permite que desde el afecto de los miembros que componen el grupo familiar se genere un cúmulo de derechos y obligaciones entre ellos que legitima sus relaciones. Aparece, entonces, una nueva fuente de vínculos parentales que parte de la revaloración de los referentes afectivos.

El fenómeno de las familias ensambladas o segundas familias no es un fenómeno novedoso como hecho social. Desde hace mucho tiempo ya la sociedad se compone de grupos familiares constituidos por uno o varios miembros descendientes junto con los otros descendientes provenientes de matrimonios o uniones de hecho anteriores, las que no encontraban en nuestra legislación anterior disposiciones normativas que otorguen respuestas ni especial tratamiento a los diversos aspectos que se presentan, tanto emocionales como legales. Esto se debió a que el derecho de Familia regulado en el Código Civil de Vélez Sarsfield y que rigió como código de fondo hasta finales del mes de Julio del pasado año, reconocía como único modelo al matrimonio, desconociendo cualquier otro tipo de forma de constitución de una familia.

Fue recién a partir de 1985- año en el que se sancionó la ley 23.515-, que muchas de las costumbres implementadas como prácticas diarias en las nuevas familias pasaron a ser una preocupación por la falta de tratamiento legal. En este sentido, antes de la sanción de la aquella ley el “divorcio” que se encontraba regulado en el Código –entendido como separación legal- no otorgaba nueva aptitud nupcial a los cónyuges, por lo que las uniones posteriores no tenían efectos civiles y sólo se les reconocía ciertos derechos en el ámbito laboral y de la seguridad social. Esto trajo como consecuencia que las nuevas familias provenientes de uniones no formalizadas, organicen y desarrollen sus actividades diarias en ausencia de normas que brinden protección, legitimen sus derechos y establezcan obligaciones (Solari, 2006). El reconocimiento de ciertos derechos en el marco de las familias ensambladas partía del parentesco por afinidad, es decir, de aquel que se genera tras la celebración de un matrimonio entre cada uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro, entre los cuales se encuentran sus hijos. Y a su vez, dicha regulación en cuanto al contenido de la relación jurídica familiar resultaba ser también acotada a determinados aspectos, en tanto se centraba en el derecho alimentario y omitía una cuestión fundamental, como resulta ser el de la función de cuidado del hijo del

cónyuge; no hallándose el padre por afinidad entre las personas a quien la ley encomendaba la protección del hijo en colaboración o sustitución del progenitor. Esta carencia de figuras jurídicas adecuadas al plexo de estrategias de convivencia familiar que trae consigo la familia ensamblada, no solo motivó que se eche mano a herramientas legales inadecuadas - como es el caso de la adopción por integración, la cual por otra parte solo puede tener lugar cuando el otro progenitor ha fallecido, no ha reconocido al hijo, o se ha desinteresado de su suerte, pero no frente a un padre activo y presente-, sino que ha generado incluso el recurso a institutos que atentan contra los derechos fundamentales del hijo vulnerando su derecho a la identidad, como resulta ser el denominado reconocimiento complaciente (Calá, 2016; Schiro, 2014).

Durante el período en que no existía la disolución del vínculo conyugal más que por la muerte de uno de los contrayentes, estas segundas uniones informales fueron miradas con disfavor tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Por ejemplo, la tenencia de los hijos y el derecho de visitas eran puestos en riesgo por considerar a estas uniones como contrarias a la moral y a las buenas costumbres e, incluso, imposibilitaban a los progenitores el ejercicio de sus funciones aun cuando cumplían con las condiciones para ello. No obstante, alguna corriente jurisprudencial comenzó a ampliar su mirada sobre el tema, reconociendo el valor de estas segundas o nuevas familias, y destacando la importancia de la integración de los hijos al nuevo grupo, la imagen paterna y la necesidad de no generar mayores confusiones a los niños; atenuando, a su vez, la marginalidad y el concepto cultural de nuestra sociedad sobre la familia ensamblada, considerada en sí mismas como algo malo o anormal². En esta línea aparecen otros fallos, tanto nacionales³ como internacionales⁴. Como se ve, fueron los tribunales los primeros en reconocer y visibilizar la existencia de diferentes formatos familiares.

A partir de allí, y con el paso del tiempo, comienza a entenderse que las posibilidades de constitución de estas familias son de lo más variadas, lo que presenta una

² C. Nac. Civ., Sala B, 29/8/1980, ED, t. 91, página 101; C. Nac. Civ., Sala B, 28/6/1977, ED, t. 75, página 471.

³ Juzg. Familia N.º 4 Córdoba, “A. S. G. c/ M. V. S. y otro s/ Medidas urgentes”, 28/6/2010, en RDF 2011-I-137 y ss., con comentario de LLOVERAS, Nora, «Una madre invisibilizada y una madre biológica 'visible': dos madres y la filiación del niño»; Juzg. Cont. Adm. y Trib. N.º 14 Ciudad de Buenos Aires, “D. G. F. v. ObSBA s/ Amparo”, 17/2/2014. MJJ97835.

⁴CIDH, “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”; 24/02/2012.

enorme complejidad interna. Esta mezcla de vínculos exige apoyarse en un conjunto de pautas de estabilidad y reglas lo suficientemente flexibles y justas que permitan evitar conflictos y otorguen a los integrantes de la familia ensamblada la posibilidad de encontrar un nuevo sentido de identidad familiar (Grosman y Mesterman, 1989).

En un trascendente fallo⁵ se exteriorizó en sus argumentos las notables transformaciones sufridas en la percepción de “familia”. En esta oportunidad, se hizo lugar a la acción de amparo promovida por una persona contra una obra social, ante la negativa del ente de incorporar como afiliado al hijo menor de edad de la pareja del accionante que convive con él. En el decisorio se procedió a decretar la inconstitucionalidad de la normativa que solo admite como afiliados a los hijos biológicos menores de 21 (veintiún) años o que estén bajo tutela o adopción, ordenándose que se incorpore como afiliado al hijo de la pareja conviviente del adherente principal (Calá, 2016).

Encontramos otro fallo que también marcaba la imprescindible exigencia de establecer normas regulatorias para este tipo de familias:

Es una realidad que indica en estas familias que una persona, junto a su pareja, tiene hijos propios y de otras uniones, viviendo en común, bajo su dependencia económica, con deberes de educación, vigilancia y corrección. No hay reemplazo ni abdicación..... falta al derecho de familia un ámbito normativo que proteja a sus integrantes y produce una discriminación⁶.

Destacamos en este punto que la figura del progenitor afín encuentra su contexto jurídico dentro de este tipo familiar.

2.3) La familia monoparental

Este tipo de familia es la que mayor incremento ha tenido en las últimas décadas según surge de un informe de la CEPAL (Comisión Económica para Latinoamérica) (Grosman y Herrera, 2007). La familia monoparental puede comenzar a definirse por oposición a la familia nuclear. En ésta el complejo personal se conforma con la pareja - casada o no-, mientras que el complejo personal en la familia monoparental se fracciona en una sola persona. Se trata de una estructura integrada por madre o padre e hijos (biológicos

⁵ Juzg. Cont. Adm. y Trib. N.º 14 Ciudad de Buenos Aires, “D. G. F. v. ObSBA s/ Amparo”, 17/2/2014. MJJ97835.

⁶ Cám. De Apelaciones en lo Civ.Com.y Minería Gral Roca,5/3/2003.LL Patagonia 2003-102.

o adoptivos), cuyo nacimiento se produce como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial (muerte/divorcio) o porque los padres nunca han conformado una comunidad de vida (madres solteras).

Si bien en el pasado estas estructuras eran consecuencia de la viudez, en la actualidad responden mayoritariamente al fracaso en el matrimonio, al aumento del índice de natalidad de hijos extramatrimoniales y también a los casos de mujeres solas que adoptan o deciden tener a sus hijos a través de técnicas de reproducción humana asistida y que son inseminadas o fecundadas con semen de tercero dador (Krasnow, 2010).

2.4) La familia y los matrimonios igualitarios

Sumado a la amplia y compleja estructura familiar que expusimos, debemos destacar que cada uno de los formatos familiares puede, a su vez, conformarse dentro de una relación entre personas de distinto sexo o entre personas del mismo sexo.

En nuestro país, la Ley 26.618 del año 2010 reconoció el dato de la realidad que indica que en la sociedad nos encontramos con una multiplicidad de parejas del mismo sexo que funcionan como familia. En este contexto, el legislador se ocupó de describir en la norma una realidad palpable en la sociedad, permitiendo de este modo contar con un régimen que se corresponda con el derecho de familia desde una mirada constitucional (Krasnow, 2010; Kemelmajer de Carlucci, y Herrera, 2010; Herrera, 2011).

Todas estas realidades complejas requieren nuevas respuestas jurídicas.

3. La protección convencional internacional y constitucional de la familia

3.1) Protección convencional internacional

Según la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su Art. 16 Inc. 3º es: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”, pero no brinda una definición o caracterización de la misma. Coincidentemente, la Convención Americana de Derechos Humanos

reconoce la importancia de la familia –sin definirla- dándole un marco tuitivo al matrimonio y a los hijos⁷.

Cuando se analiza este artículo se evidencia la referencia a la familia en sentido restringido conformado por el núcleo conyugal y paterno-filial. No obstante, una mirada más profunda permite ampliar esos márgenes ya que el inciso 5° del artículo se refiere a la los *hijos fuera y dentro del matrimonio*, lo que evidencia su protección independientemente del matrimonio de sus padres. Además, por vía interpretativa tampoco existirían obstáculos para dar un marco protectorio a los nuevos formatos familiares. La familia ensamblada se encontraría implícitamente comprendida como consecuencia de la posibilidad de disolver el matrimonio (inc. 4°) y el reconocimiento de los vínculos procedentes de otras uniones anteriores.

En el mismo sentido, la protección también podría extenderse a la unión de personas del mismo sexo, ya que si bien el artículo reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio, no especifica que necesariamente deba ser entre sí.

Como consecuencia de este análisis podemos decir que de la CADH no se protege un modelo único de familia, sino que por vía interpretativa quedan incluidas diversas construcciones familiares (García Mele, 2013).

3.2) Protección constitucional de la familia

La reforma constitucional de 1994, al enumerar las atribuciones del Congreso (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), le confiere la de “aprobar o desechar tratados con otras naciones y con organizaciones internacionales, así como con la Santa Sede”. Seguidamente, la norma enuncia una serie de tratados con jerarquía constitucional y

⁷CADH Art. 17: “Protección a la Familia.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

a los que se debe entender complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la constitución.

Entre esos tratados y declaraciones internacionales, ahora operativos, conciernen al derecho de familia la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de toda la forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención sobre Derechos del Niño, entre otras.

Estos instrumentos internacionales, por la jerarquía constitucional que han adquirido, exigen confrontar el derecho positivo interno con sus enunciados. Es así que nace la mirada del Constitucionalismo de los Derechos Humanos y desde los nuevos principios se rompe con viejas ideologías de exclusión en las que se asentaba en la noción tradicional de familia.

Originariamente en nuestra Constitución Nacional del año 1860 y en sucesivas modificaciones, nada se expresaba sobre la familia. Recién en el año 1957 se incorporó el artículo 14 bis referido a la protección constitucional de los derechos sociales y económicos, en ese contexto surge el principio de protección integral de la familia. La amplitud del término “integral” permite abarcar distintos aspectos que el derecho debe respetar y garantizar; desde los cambios que se produjeron en el modelo de familia, lejos de responder a las características inherentes de la “familia tipo”, el derecho ante la *diversidad*, debe garantizar y otorgar protección jurídica a todas las situaciones de familia (García Mele, 2013; Sagués, 1994).

De allí que- superada la falta de reconocimiento constitucional de la familia- desde la última reforma constitucional se deben armonizar los principios y las mandas internacionales con el fin de erradicar los vacíos legales que permanecían en nuestro ordenamiento. Por ejemplo, siguiendo los lineamientos establecidos por la Declaración Universal sobre los Derechos del Hombre los niños tienen derecho a igual protección social, hayan nacido dentro del matrimonio o fuera de él. A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone la igualdad entre los niños (art. 5°). El

derecho a formar una familia es un derecho fundamental; en otros términos, se trata de una garantía institucional de nuestra Constitución Nacional, y tiene fuerza normativa e imperativa en manera integral (Bidart Campos, 1995; Gil Domínguez, 1999).

Estas transformaciones han implicado una verdadera resignificación de todos los conceptos construidos a la luz de viejos paradigmas y una conformación de un ordenamiento jurídico y de un nuevo orden simbólico construido alrededor de los derechos humanos (Lloveras, 2010; Zabalza, 2012). Indudablemente, las transformaciones no han sido ajenas al derecho de familia, donde los derechos humanos han tenido un impacto fundamental no sólo porque se han incorporado de manera directa a las relaciones de familia y se acepta su aplicación directa sino porque constituyen el motor de esta rama del derecho. El derecho de familia ha evolucionado en función del propio reconocimiento de los derechos humanos (Gil Domínguez, Famá y Herrera, 2006; Lloveras y Salomón, 2009).

4. El nuevo ordenamiento civil: El Código Civil y Comercial de la Nación

Tanto la aprobación del Código Civil originario como la gran reforma que ha tenido en el año 1968 durante el gobierno militar de Onganía tras la sanción de la ley 17.711, fueron decisiones a libro cerrado. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCC) que se encuentra en vigencia en nuestro país desde el 1° de Agosto del año 2015 fue el resultado de un largo proceso de debate, no sólo en audiencias públicas realizadas en diferentes lugares del país, sino también en distintos ámbitos académicos, jornadas, cursos, artículos de doctrina y medios de comunicación, en el que se receptó las profundas modificaciones que desde la doctrina y la jurisprudencia se venían reclamando- principalmente en el la modernización de las normas del Derecho de Familia-, armonizando su normativa con los lineamientos de los documentos internacionales (Medina, 2012).

Existían muchas realidades sociales y familiares que el texto civil que regía –con sus modificaciones- desde al año 1871 invisibilizaba, escondía o de las que renegaba. Por el contrario, el CCC adopta una postura que permite sacar a la luz estas nuevas realidades, priorizando la protección a todos los integrantes de un núcleo familiar; en especial, las relaciones derivadas de familias ensambladas con el propósito de proteger todos los

intereses y deberes familiares que se vean comprometidos (vivienda, alimentos, comunicación, la eliminación de las palabras que tengan sentidos peyorativos o negativos, la crianza y la educación, los derechos de los niños a mantener el vínculo con sus padres biológicos y la introducción de los referentes afectivos, entre otros aspectos). Frente a estos nuevos paradigmas, en la familia ensamblada encontramos la máxima visibilización de la figura del progenitor afín. (Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, 2011; Cazzani y Sánchez, 2015; Millán, 2014).

Ya con anterioridad a la sanción del nuevo ordenamiento –pero durante su discusión parlamentaria- en un fallo de Cámara⁸ se acogió la demanda de alimentos a favor de la hija biológica de la actora, quien fue tratada como una hija por el demandado con la progenitora. Se reconoció la responsabilidad del progenitor afín a partir del sustento de las normas constitucionales, internacionales - Interés superior del niño, art. 3º CDN-, y con sustento en la Ley 26.061 y su decreto reglamentario (González Magaña, 2013).

4.1) El reconocimiento de los Derechos Humanos: un nuevo paradigma

La antigua normativa de fondo resultaba en ciertos casos incompatible con el reconocimiento legal del matrimonio igualitario y los nuevos postulados básicos que marca la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹, por lo que se hizo necesario el dictado de un nuevo ordenamiento Civil que regulara y actualizara la regulación de la vida cotidiana. Por manda constitucional-convencional el nuevo ordenamiento debía tomar todos los avances y desarrollo que se ha venido dando en el campo de los Derechos Humanos, el cual ha interpelado de manera profunda la legislación civil actual.

La obligada perspectiva de derechos humanos ha significado una verdadera revolución en los diferentes subsistemas que integran la sociedad. Los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional desde el año 1994 han conminado a revisar de manera crítica todo el plexo normativo inferior. El CCC no ha estado ajeno a este

⁸ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Contencioso Administrativo de San Francisco, “G., S. C. c. L., D. s/alimentos” 13/12/ 2012.

⁹Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica, 28/11/2012: "En la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo tradicional. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio".

movimiento, y así lo expresa desde su primer artículo¹⁰ y en todo el espíritu de sus normas (Herrera, 2014).

La llamada "constitucionalización del derecho civil" y, dentro de este, la "constitucionalización del derecho de familia" han permitido el ingreso de varias revisiones críticas en la noción misma de familia, básicamente aquella centrada en la familia matrimonial, heterosexual y principalmente centrada en la procreación, cuyo rol de cuidado debía quedar a cargo de las mujeres. Uno de los principios de derechos humanos que han promovido tal revisión ha sido el de igualdad y no-discriminación (Herrera, 2011).

La obligada perspectiva de Derechos Humanos aplicada en el ámbito de las regulaciones de familia recupera conceptos tales como el de "identidad" y su plural, "identidades" encierra una multiplicidad de connotaciones, al igual que la familia o mejor dicho, "las familias" -también en plural- derivan de la expansión y efectos del reconocimiento de los Derechos Humanos.

El Libro II del CCC dedicado al derecho de familia se asienta sobre pilares y valores axiológicos conformados por nuevos principios de raigambre humanista, tales como el principio de igualdad y no discriminación, el principio de libertad e intimidad, el de inclusión, el principio de realidad, el reconocimiento de diversas formas de vivir en familia, el principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes, el derecho a vivir en familia, el principio de solidaridad familiar, etc., los que han sido colocados en un lugar de privilegio (Herrera 2014; Herrera, 2015).

4.2) La democratización de las relaciones familiares

El nuevo código sigue de cerca la evolución producida en el ámbito de "las familias" y la aparición de nuevos principios, tal como el mencionado de "democratización de la familia" (Kemelmajer de Carlucci, 2014). El CCC redefine a las relaciones de familia desde perspectiva jurídica innovadora, basada en derechos constitucionales y en tratados del derecho internacional que ponen como eje central a la persona y a los derechos

¹⁰ Artículo 1° del CCN: "Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los *tratados de derechos humanos* en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho".

humanos. La llamada "democratización de las relaciones familiares" se sintetiza en el reconocimiento de diversas formas de organización familiar a la luz de la noción de pluralismo reconocido por la doctrina internacional de los derechos humanos. Ahora se entiende que la familia nuclear arquetípica está muy lejos de cualquier ideal democrático ya que retrataba una organización patriarcal, donde el "jefe de familia" concentra el poder, y tanto sus hijos como la esposa- madre desempeñan papeles anclados en la subordinación al jefe [...] La conceptualización de la familia con una perspectiva de género y el análisis crítico de la distinción entre el mundo privado y el ámbito público han generado una nueva camada de investigaciones que ponen en cuestión la imagen idealizada de la familia nuclear. La democratización de las relaciones familiares ha llevado al sinceramiento de las realidades cotidianas y permite avanzar en el planteo y en el análisis de las tensiones y dilemas que la institución familiar o, mejor dicho, la multiplicidad de modalidades de organización familiar enfrentan en la actualidad (Herrera, 2011).

La noción de "democratización de la familia" permite ampliar el objeto de estudio y el campo de acción del derecho de familia al derecho de "las familias" en plural (Herrera, 2011). Esta opinión se sustenta -entre otras razones- en la amplitud de los términos del artículo 14 bis de la Constitución Nacional que se refiere de manera general a la "protección integral de la familia", sin limitar esta noción (de carácter sociológico y en permanente transformación) a la familia matrimonial intacta (Kemelmajer de Carlucci, 2014). Por eso, la familia clásica con base en el matrimonio heterosexual debe convivir con todos los posibles formatos familiares expuestos en este capítulo, los que se incorporan al nuevo ordenamiento y a los que los equipara en el reconocimiento.

Palabras de cierre

En este capítulo nos hemos focalizado exclusivamente en las familias en sus diferentes formatos y en la protección internacional que los tratados internacionales les han brindado. También resaltamos que nuestro nuevo ordenamiento civil sigue esa línea de protección amplia de las familias y sus miembros.

Entendemos que esta apertura se hacía necesaria, toda vez el antiguo sistema civil ya no resultaba apto para contener los nuevos formatos familiares. Las sucesivas incorporaciones de leyes -destacando la de divorcio, de patria potestad y de matrimonio igualitario- fueron resquebrajando el rígido sistema familiar asentado en el matrimonio indisoluble para abrir paso lentamente a nuevas estructuras. El aporte de la jurisprudencia en este sentido fue esencial; han sido los jueces quienes primeramente fueron demostrando a través de sus fallos una sensibilidad y un criterio aperturista que desembocaron en el reconocimiento legal que el CCC hace de las relaciones familiares no tradicionales y de los efectos jurídicos.

En siguiente capítulo ahondaremos en el reconocimiento de los derechos de sus integrantes, pero particularizándolo en las relaciones interpersonales paterno-filiales, en las que resaltaremos prioritariamente los derechos que asisten a los menores, independientemente del contexto familiar en el que se encuentren inmersos.

Capítulo III

La regulación legal de las figuras familiares

Palabras preliminares

A partir de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN), ratificada por nuestro país e incorporada a la Constitución Nacional en su reforma de 1994 se puso la mirada en el derecho de familia constitucionalizado, universalizado y humanizado, haciendo foco en la persona como integrante de relaciones jurídicas familiares y haciéndose hincapié en la vida íntima familiar y el desarrollo autónomo de sus miembros en un marco de libertad e igualdad. En este escenario de “democratización de las relaciones familiares”, y a la luz de principios constitucionales-internacionales tales como el reconocimiento de los niños como sujetos de derecho, el consecuente principio del interés superior del niño y la autonomía progresiva de niños y adolescentes, es que el vínculo entre padres e hijos deja de girar en torno a la noción de “potestad” o “poder” para que empecemos a hablar de “responsabilidad” (Bidart Campos, 1996; Notricia y Rodríguez Iturburu, 2014).

Es por eso que desde hacía varios años nos encontrábamos frente a una necesidad, una deuda pendiente, de modificar nuestras leyes de infancia y de familia y adaptarlas a la luz de los derechos humanos. Partiendo de la realidad y de los usos y costumbres como fuente del derecho, el Código Civil y Comercial de la Nación ha tomado debida nota de que la familia ya no se conforma únicamente a partir de la unión de una pareja heterosexual en matrimonio, sino que existen muchos modelos de familia y cada una de ellas debe ser protegida atendiendo al art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional, así como a los tratados que integran el bloque de constitucionalidad y tratados internacionales de derechos humanos en los que se ha comprometido nuestro país (Myniersky, 2012).

En este nuevo ordenamiento necesariamente debía hacer cambios para afirmar el principio coparentalidad, el ejercicio conjunto responsabilidad parental y el cuidado personal compartido y apoyar la colaboración de la nueva pareja en el cuidado de los niños en el ámbito doméstico. De esta manera, se le dio legitimidad a los progenitores afines, que quedaron enmarcados como figuras familiares.

Nos interesa en este capítulo abordar las normas de familia que hacen referencia a los derechos de los niños asentados sobre su interés superior. De este modo, el capítulo rondará el análisis de las normas que asisten al menor en cualquier situación, y en lo que a nosotros nos interesa, particularmente, la extensión a la figura del hijo afín.

I. La dimensión convencional internacional: impacto sobre las relaciones de familia en el ámbito interno

1. Convención sobre los derechos del niño

La CDN combina en un solo cuerpo legal derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, considerándolos como componentes complementarios y necesarios para asegurar la protección integral del niño. Este instrumento internacional de trascendental importancia se interesa por el bienestar integral de todo niño, niña o adolescente, reconociendo que son titulares y portadores de todos los derechos en cuanto persona humana. De este modo, constituye la síntesis más acabada de un nuevo paradigma para interpretar y enfrentar la realidad de la infancia.

La familia cumple un rol importante en el desarrollo de la infancia y la adolescencia, tal es así que desde el mismo preámbulo de la CDN se la define como “como un grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”. Asimismo, la familia “debe recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”.

En su artículo 5 reconoce la gran variedad de parentescos y pactos comunitarios que conforman los marcos familiares dentro del cual crecen los niños. Una visión amplia le permite a la CDN su aplicación en situaciones de familia nuclear, padres separados, familia de un solo progenitor, familia consensual y familia adoptiva. Esto constituye la llamada "democratización de las relaciones familiares", que se sintetiza en el reconocimiento de diversas formas de organización familiar a la luz de la noción de "pluralismo" que sobresale en la doctrina internacional de los derechos humanos.

Tanto la CDN como las opiniones consultivas emanadas del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas es coherente en entender a la familia como un núcleo amplio cuya conformación depende la cultura de cada Estado, por lo 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,

éste debe ser objeto de protección prevista (Observación General No. 19, HRI/GEN/1/Rev.2, párrafo 2) (Herrera, 2011).

Luego de la reforma constitucional del año 1994 y de su consecuente incorporación de los tratados de derechos humanos, nuestro derecho de familia necesariamente debió regular sus instituciones desde una obligada perspectiva constitucional-internacional. El gran desafío a la luz de los nuevos paradigmas ha sido el de compatibilizar nuestro antiguo derecho interno con los principios que emanan de la CDN y que reconoce el desarrollo y la consolidación de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, entendidos como sujetos de derechos en plena etapa de desarrollo, que observan un "plus" de derechos diferentes o mayor a los que titularizan los adultos, regidos por un principio básico del interés superior del niño (suponiéndose una cierta preferencia cuando colisiona con derechos de adultos¹¹) y del cual se desprende directamente otro principio fundamental como lo es el de la autonomía progresiva.

Los cambios enunciados impactaron en nuestro derecho interno sobre la visión de la figura de la "patria potestad" y su cambio por el de la de "responsabilidad parental" que ha realizado el CCC de conformidad con el artículo 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que alude, en primer término, a las "responsabilidades" de los padres, y al art.7° de la ley 26.061, que se refiere a la "responsabilidad familiar". Aquel concepto obsoleto de patria potestad llevaba ínsita la idea de los hijos como objeto de protección y no como sujetos de derecho en desarrollo. Ello, sin dejar de tener en cuenta el vínculo verticalista o de poder de los padres sobre los hijos en el marco de aquella "patria potestad" que no se estrecha con la concepción de los niños como sujetos plenos de derechos. Si bien lo analizaremos con mayor profundidad en breve, decimos por ahora que la responsabilidad parental es entendida como un instituto previsto para la formación integral, protección y preparación del niño para "el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad" y para "estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad" (Preámbulo de la

¹¹Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores (Buenos Aires), SCBA, "M., G. R. c/ E., A. I. L. s/ régimen de visitas", 28/7/2004: "La atención primordial al "interés superior del niño" a que alude el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño, apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. El principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos del niño con los adultos que lo tienen bajo su cuidado. La decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para la menor. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto se prioriza el del niño". (eIDial.com – AA4762).

Convención sobre los Derechos del Niño). Aquélla no sólo incluye las funciones nutricias (alimento, sostén y vivienda), sino también las funciones normativas, esto es, aquellas tendientes a la educación, diferenciación y socialización.

2. Los tratados de derechos humanos

Así como la CDN ha impactado tanto en la protección amplia de los diversos modos de constitución familiar rescatando y priorizando el derecho de los niños, niñas y adolescentes a crecer y desarrollarse dentro de algún tipo de familia, diferentes Tratados de derechos humanos han otorgado al Derecho Alimentario la categoría de derecho humano.

Desde una visión normativa, es posible citar a algunos de los instrumentos internacionales que han consagrado a los alimentos como un derecho humano: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 7 y 30), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 17 y 19) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11). Siguiendo con la enumeración precedente, merece un apartado especial la CDN que impone a los Estados Partes la obligación de proveer las medidas necesarias para propiciar que la vida de sus protagonistas revista condiciones dignas abarcando el pleno ejercicio de sus derechos económicos, sociales y culturales.

Sin lugar a dudas, la CDN representa un hito fundamental en el reconocimiento de niños, niñas y adolescentes como sujetos prioritarios de derechos, que en las cuestiones vinculadas a los alimentos marca reglas específicas que son absorbidas por el CCC y que se diferencian notoriamente de la concepción tradicional del Código Civil que estuvo vigente hasta el 31 de Julio de 2015. Según Curti (2015), los cuatro aspectos centrales sobre los que versa esta impronta internacional son: la recepción del principio del Interés Superior del Niño (art. 3 CDN), el contenido integral de la prestación alimentaria (art. 27 CDN), la participación del niño en todos los asuntos en los que estén sus derechos en juego (art. 12 CDN) y la universalidad de la obligación asistencial en cabeza de todos los que sean responsables de los niños (art. 27 CDN).

Todas estas directrices en materia alimentaria de los hijos fueron receptadas en el CCC y surgen como consecuencia del proceso de constitucionalización del derecho privado que provocaron su efecto inevitable en nuestro sistema normativo nacional. En lo que nos

concierno, en el capítulo siguiente analizaremos cómo la obligación alimentaria que pesa sobre el progenitor afín aparece como una nueva carga familiar que tiene por objeto incorporar subsidiariamente un obligado más al derecho de los menores a ser alimentados. Veremos también cómo esta perspectiva ya venía siendo receptada por nuestra jurisprudencia local antes de su reconocimiento legal expreso, pronunciándose en consonancia con las valoraciones de aquellos instrumentos internacionales¹².

3. El interés superior del niño

Este es el gran principio rector de todo el sistema jurídico de protección de los derechos de la infancia y la adolescencia. Es un principio jurídico garantista que tiene como finalidad resolver conflictos donde los niños se vean involucrados.

La incorporación de los niños como sujetos de derechos humanos le permitió a los instrumentos internacionales romper con el paradigma dominante a lo largo del siglo XX, dejando de considerar al “menor” como objeto de compasión – tutela y represión, y reconociendo a los niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos. Por esto, sus lineamientos constituyen un marco renovado, que obliga a repensar y modificar el derecho de menores a la luz de estas nuevas fuentes normativas.

Desde el inicio de nuestro trabajo intentamos reflejar cómo ha ido variando la constitución familiar y la dinámica de los vínculos internos que se desarrollan dentro de cada familia. Surge de algunos datos recogidos de la realidad en la que cada vez son más los niños que conviven con uno de sus padres y su pareja, en razón del aumento de los hogares ensamblados, que son estructuras familiares que normalmente presentan gran complejidad debido a las tensiones afectivas que pueden existir en su núcleo.

Analizados los derechos a luz de la CDN, la regla establecida en el art. 3¹³ ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otra consideración - al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen las controversias- y tiene el efecto de separar

¹² Corte Suprema de Justicia de la Nación, “F. L. c/ L.. V s/ recurso de hecho”, 15/11/2005. Cita: MJ-JU-M-14676-AR | MJJ14676 | MJJ14676. En este caso la CSJN revocó de la sentencia que rechazó la demanda por alimentos contra el abuelo paterno, a raíz del incumplimiento de la obligación alimentaria por parte del progenitor de los alimentados.

¹³ Art. 3 CDN: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que atenderá será el interés superior del niño”

conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de los otros sujetos individuales o colectivos, incluso, el de los padres, por lo que la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular -pero contingente- que ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto¹⁴.

El interés superior del niño se conjuga con el interés superior de la familia. Según la CDN el niño pertenece a ese grupo constituido como sociedad, tiene una historia que debe ser preservada, custodiada y corregida por el órgano judicial por ser su centro de vida del niño (art. art. 5¹⁵) (Grosman, 2013).

Si bien el interés superior del niño es un principio delineado legalmente, es indefinido y por lo tanto necesariamente es objeto de interpretaciones diversas, tanto en el ámbito jurídico como social. El “interés del menor” es un concepto que varía de acuerdo a cada cultura en particular. Giberti (1994) lo entiende como “lo mejor para el niño” o “lo más beneficioso para el niño”. También la Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó el criterio que emana del art. 3º CDN y lo definió como "el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor, y entre ellos el que más conviene en una situación histórica determinada"¹⁶. En un fallo local se siguió este mismo criterio¹⁷, entendiéndose que el "mejor interés" de la niña exige que se le reconozca el derecho a percibir alimentos del demandado tal como si se tratara de una hija (Jáuregui, 2013).

¹⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala: J, “Y. S. c/ G. s/ homologación de acuerdo”, 30/12/2015. Cita: MJ-JU-M-96989-AR | MJJ96989 | MJJ96989.

¹⁵ Art. 5 CDN: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”

¹⁶ CIDH; “F., e Hija v. Argentina”, 27/4/2012. “Respecto del interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el art. 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección” (considerando 59). Ante estos contenidos indiscutiblemente el interés del adulto debe postergarse ante las necesidades alimentarias la hija de crianza.

¹⁷ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Contencioso Administrativo de San Francisco, “G., S. C. c. L., D. s/alimentos” 13/12/ 2012.

Estos pronunciamientos judiciales demuestran que el interés superior del niño, no es un concepto etéreo, ni un espacio vacío, cuyo contenido puede completarse con cualquier subjetividad. Cuando hablamos del interés superior del niño debemos tener presentes la doctrina y legislaciones que concretizan este concepto tales como la ley 114 de la CABA y artículo 3 de la ley 26.061, para lograr el pleno goce y efectivización de los derechos de niños, niñas y adolescentes (Minyersky, 2012).

Pero a la par del interés superior del niño, debemos rescatar la importancia de la protección integral de la familia. Expresa Bidart Campos (1999) que ambos son principios constitucionales, con fuerte anclaje - además- en el derecho internacional de los derechos humanos, que deben prevalecer sobre la ley cuando, en un caso concreto, sus circunstancias conducirían a una solución “legal” intrínsecamente injusta. Y, por supuesto, a una solución que por su injusticia sería inconstitucional. Los jueces deberán interpretarlos armónicamente según las circunstancias del caso a resolver.

4. Ley 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes

Hemos hecho mención varias veces a la ley 26.061, la que se dictó en el año 2005 ante la necesidad de armonizar los criterios internacionales asumidos dentro del bloque de constitucionalidad (art. 75, inc. 22 CN) que exigía adecuar el ordenamiento jurídico infraconstitucional argentinos a los tratados internacionales de derechos humanos (Sagüés, 1994; Viola, 2007).

Esta ley siguió los lineamientos sentados por la CDN como instrumento de derechos humanos de los NNA, destacando prioritariamente el interés superior de los mismos¹⁸ y

¹⁸ Art. 3 Ley 26.061: “Interés superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

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

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

desplazándolos desde el lugar de objetos de protección y preocupación al de sujetos de derechos. Los nuevos paradigmas permitieron pasar de una doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral (Spota y Millán, 2009; Waigmaster, 2003).

Esta ley recepta, profundiza y refuerza -en total consonancia con la CDN- el principio de capacidad o autonomía progresiva de los NNA lo que el permite el ejercicio del derecho del niño ya a permite valorar la opinión de los niños y en su caso la participación de los mismos en el proceso, conforme su grado de madurez y desarrollo (Herrera, 2009; Pérez Manrique, 2007).

II. El cambio de paradigma en las relaciones de familia en nuestro ordenamiento

1. La patria potestad y el derecho de visitas

Vamos a resaltar aquí las dos instituciones que más modificaciones han recibido en el nuevo ordenamiento: la patria potestad y el derecho de visitas.

Respecto de la primera, ya la responsabilidad parental había sido receptada en la doctrina y jurisprudencia mayoritarias¹⁹, sustituyendo el rígido parámetro de la “patria potestad”, y ostentando un gran valor interpretativo y axiológico referido al conjunto de deberes y derechos, y no un poder sobre los hijos (Cataldi, 2015).

En el el sistema del CC la titularidad de la patria potestad correspondía a ambos padres, pero su ejercicio quedaba en cabeza de quien ejerciera la “tenencia” (art. 264, inc. 2 e inc. 5 CC), tanto si se trata de hijos matrimoniales como extramatrimoniales. Al otro progenitor sólo le restaba el derecho a tener una adecuada comunicación con el niño o adolescente y supervisar su educación (art. 264, inc. 2, CC). Es decir, que inicialmente el progenitor que no ejercía la tenencia cumplía un rol pasivo, de control sobre el modo en que el otro cumplía con su responsabilidad, y en caso de oposición sólo podrá actuar

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

¹⁹ CCCCom. De Dolores, “L.N.s /Protección y guarda”, 9/9/2008. Actualidad Jurídica. Familia y Minoridad, Nro. 55. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba.

después de producido el hecho. Aquella comprensión contradecía la idea de participación y colaboración e implica para el hijo una pérdida que vulnera su derecho a ser cuidado y educado por ambos padres (arts. 7 y 18 de la CDN) (Chechile y López, 2006).

En la actualidad el derecho humano del niño a vivir con sus padres y a ser cuidado por ellos se ha convertido en un dogma que debe ser respetado. El primer antecedente jurisprudencial que otorgó el ejercicio compartido de la patria potestad, habiendo los progenitores cesado la convivencia se registró en el año 1987, en un excelente fallo de la sala F de la Cámara Nacional Civil, ante una planteo concreto de los padres que solicitaban seguir asumiendo ambos la responsabilidad en la crianza de sus hijos²⁰. Tras ese fallo excepcional, los jueces fueron marcando el camino jurisprudencial para una apertura al cambio que tuvo como guía el interés superior de los niños²¹, ya sea otorgando tenencias alternadas o compartidas (Cataldi, 2015; Chehile y López, 2006).

La contracara el derecho de guarda o tenencia estaba constituido el CC por el “derecho de visitas” como el derecho a la adecuada comunicación entre padres e hijos, luego de la separación marital. Se encontraba legislado en el artículo 264 y tenía el propósito de fortalecer la relación del progenitor que no ejercía la tenencia, con sus hijos. A todas luces el término utilizado resultaba inconveniente, ya que el padre no conviviente no es una visita en la vida de su hijo, sino que su función es supervisar su educación, crianza, y cumplir con su rol adecuadamente (Benzaquén, 2012). Sobre el punto, sostiene Cataldi (2015) que el progenitor, convertido en un padre “de fines de semana”, poco a poco se distancia de sus hijos, le cuesta recuperar el lugar que tuvo como padre y en muchas oportunidades, deja de lado paulatinamente, su responsabilidad alimentaria.

2. La responsabilidad parental y el cuidado personal del menor

Acabamos de ver cómo el régimen de visitas impide el verdadero contacto del menor con su progenitor no guardador, a lo que se suma que las visitas desestabilizan la dinámica interaccional entre padres e hijos, desarticulando la cotidianeidad. Frente a las

²⁰ C. Nac. Civ., sala F, 23/10/1987, con nota de BARBER, Omar, “Padres que dejan de convivir pero acuerdan seguir coejerciendo la patria potestad: lesión al orden público”. LL 1989-A-95.

²¹ C. Nac. Civ., sala H, 28/4/2003, RDF 2003-25-187; C. Nac. Civ., sala F, 14/2/2002, JA 2002-II-666 Ver Texto con nota aprobatoria de Bísvaro, Beatriz R., “Tenencia compartida (una decisión acertada)”, JA 2002-II-668; Juzg. Paz Letr. Villa Gesell, 5/5/2003, LLBA 2003-1071; C. Nac. Civ., sala F, del 14/2/2002, JA 2002-II-666 Ver Texto.

rupturas de pareja, y el notable aumento de la conflictividad que ella conlleva para la familia en proceso de separación, se impone entonces la necesidad de implementar un adecuado sistema de protección que les garantice las condiciones necesarias para el desarrollo de los menores, como así para alcanzar un trato amplio y fluido de los hijos con ambos padres, no obstante la falta de vida en común (Grosman, 2006). La misma Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado oportunamente que la patria potestad es una verdadera función social que los padres deben desempeñar en orden a la humanización de los hijos, con la pertinente garantía del Estado²² (Noticia y Rodríguez Iturburu, 2014). Sin embargo, dicha función está lejos de cumplirse.

Para actualizar el sistema de cuidado de los menores rescatándolos como sujetos de derechos humanos, el CCC reemplaza el término “patria potestad” por el de “responsabilidad parental.” El cambio de terminología no es meramente nominal, sino que evidencia la adopción de los nuevos paradigmas e incide en las conductas y actitudes, por lo que tiene un fuerte valor simbólico y pedagógico. Subyace en las nuevas normas una transformación de fondo en la relación entre padres e hijos que se hace extensiva a los fines y alcances de la institución del progenitor afín (Myniersky, 2012). La antigua expresión de “patria potestad” representaba a una sociedad con un modelo de familia piramidal o patriarcal típico, que llevaba ínsita la idea de los hijos como objeto de protección y no como sujetos de derecho en desarrollo²³.

La reforma contenida en CCC reguló un sistema en el que se mantiene el ejercicio de la responsabilidad parental en cabeza de ambos progenitores, pese a la falta de vida en común, separación o divorcio de los padres. Ello, sin perjuicio de que por voluntad de los padres o decisión judicial, en interés del hijo, se atribuya el ejercicio de la función a sólo uno de ellos o se establezcan distintas modalidades en cuanto a la distribución de tareas. La importancia de esta nueva regulación reside en que se resalta el derecho de los niños a tener dos padres que asuman la responsabilidad de su crianza y educación, ambos en forma principal. Pero también amplía el horizonte normativo para poder vislumbrar otras

²² Dictamen de la Procuración General de la Nación que la Corte por mayoría hace suyo, sentencia del 29/4/2008, en LL 2008-C-540.

²³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala: K, “V. G. E. c/ T. D. J. s/ aumento de cuota alimentaria”, 4/11/2015. Cita: MJ-JU-M-96068-AR | MJJ96068 | MJJ96068.

opciones, tales como la delegación de la responsabilidad parental en ciertos supuestos particulares (Cataldi, 2012; Famá, 2012).

Actualmente el modelo de constitución familiar es de carácter asociativo, de corte igualitario. Por esto la nueva terminología resulta acorde con los postulados del art. 5 de la CDN y del art. 7 de la Ley 26.061²⁴ (Cataldi, 2015). Se modifica totalmente el concepto y se asume el de responsabilidad parental²⁵, que traduce la esencia de función y de acompañamiento que significa para el nuevo ordenamiento la relación de padres e hijos (Notricia y Rodríguez Iturburu, 2014).

Otro cambio fundamental en el contenido y el lenguaje es la sustitución de la palabra “tenencia” que, como se sabe, se refiere a posesión actual y corporal de una cosa. Desde una visión sistémica, un buen divorcio constituye un elemento central para un buen funcionamiento de las relaciones entre padres e hijos tras la ruptura de la pareja. En ese marco se incorpora la noción "coparentalidad". Así, el nuevo Código modifica sustancialmente el régimen actual que prioriza a un padre por sobre el otro. Es decir, tras la ruptura de la pareja, el CC otorgaba la tenencia a uno de ellos (por lo general, la madre a quien prefiere para la tenencia de los hijos menores de 5 años), ostentando el otro un lugar secundario o periférico. El CCC invierte esta regla, de conformidad con el principio de igualdad, en tanto el hijo tiene derecho a mantener vínculo o relación con ambos (Herrera, 2011).

Lo destacable de este sistema es que responde a la idea de que la ruptura de los padres impacte lo menos posible en la vida de los hijos. Este régimen mantiene por igual el fortalecimiento y desarrollo del vínculo afectivo con ambos padres, salvo cuando en particulares supuestos el juez- priorizando el interés superior del niño- acuerde el cuidado a

²⁴ Art. 7 Ley 20.061: “Responsabilidad familiar. La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías.

El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos.

Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones.

²⁵ Art. CCC: "Conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

uno solo de los progenitores, pero siempre asegurando el debido derecho de comunicación con el otro progenitor (Herrera, 2014).

Palabras de cierre

El presente capítulo no había sido pensado originalmente como parte de este Trabajo final al momento de diagramar el desarrollo. Sin embargo, cuando comenzamos a hacer una investigación exhaustiva de la figura del progenitor afín, nos pareció que un abordaje integral del mismo no podía dejar al margen al otro extremo de la relación: el hijo afín. Por ello entendimos atinente hacer una breve recopilación de las normas convencionales internacionales y de las normas internas que han ido mutando en pro de la caracterización de los menores como sujetos activos de derechos humanos, teniendo como guía su interés superior. Esos nuevos paradigmas trajeron vientos de cambios e impactaron sobre las reformas de las instituciones del derecho de familia, que ya venían siendo largamente reclamadas por la doctrina y por la jurisprudencia. El CCC presenta como ventajas del sistema reformado el reconocimiento del principio de la coparentalidad y el cuidado personal compartido. La trascendencia de rescatar estos aspectos es la de analizar en el siguiente capítulo la extensión de la responsabilidad parental y cuidado personal del hijo afín en cabeza del progenitor afín.

Muchas de las cuestiones aquí tratadas inciden en la caracterización de la relación entre los progenitores y los hijos afines. Entendemos que el tratamiento de las reglas del cuidado personal de los menores, si bien dedicada a los progenitores, son enteramente aplicables por analogía a las reglas que pueden generarse en el vínculo afín, en todo aquello que no tenga una regulación específica. El interés superior del niño, el reconocimiento del derecho alimentario como un derecho humano básico, la capacidad progresiva del menor y el derecho a ser oído, impactan de modo directo en el contenido de las normas que veremos a continuación.

Capítulo IV

La incorporación de la figura del “progenitor afin” en el Código Civil y Comercial de la Nación

Palabras preliminares

Sobre la base del mencionado principio de “democratización de la familia”, el CCC regula ciertos aspectos que involucran a la familia ensamblada. La nueva normativa se inspira en el Art. 14 bis de la Constitución Nacional y en el Art 17 de la Convención Americana de los Derecho Humanos, que comprende la protección integral de la familia, entre otros instrumentos. El derecho de familia asegura la coparentalidad como uno de los ejes fundamentales en que se basa la continuidad de la familia, luego de la separación marital o cese de la convivencia con el otro progenitor. Pero durante la misma, uno de los mayores problemas que deben afrontar los padres en una familia ensamblada es la distribución de roles y la asunción de responsabilidades en cuanto a la crianza y educación de los hijos de uno de ellos, y de los hijos comunes.

Para lograr una mejor convivencia, los progenitores afines deben adoptar una conducta complementaria en mayor o menor cuantía en relación a la desempeñada por el padre biológico. Su tarea se va a relacionar con la vida cotidiana de los menores –que no son sus hijos- y el funcionamiento de la familia (Benzaquén, 2012; Myniersky, 2012).

Analizaremos aquí cómo ha estructurado el CCC las características y el contenido de la figura del progenitor afín que desarrolla sus cargas familiares y sus derechos dentro esa familia ensamblada.

1. El progenitor afín

1.1) Concepto y precisiones terminológicas

Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que cohabita con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente; o sea que es aquel progenitor no biológico del niño con el que convive en un mismo hogar familiar y de los cuales surgen las principales cargas familiares. Destacamos que el progenitor afín puede ser un padre o una madre afín que generan vínculos cotidianos con los hijos de su pareja y establecen una relación con el hijo afín (Millán, 2014).

En nuestro país la figura fue primeramente reconocida por la jurisprudencia, que basándose en opiniones doctrinarias y en las circunstancias de hecho de los casos traídos a

su decisorio, entendía que se hacía necesario abrir un nuevo espacio asentado sobre vínculos que emanaban de la convivencia y del afecto. Así, en un fallo estimó el tribunal que “el vínculo de padre-hija que el demandado tuvo con la niña estaba probado mediante numerosos indicios que reflejan el vínculo afectivo o parentalidad doméstica creado entre ambos”²⁶. Posteriormente, el nuevo ordenamiento civil la incorporó como una figura legal novedosa, pero que nada tiene de nuevo en la realidad, ya que es usual la conformación de las familias ensambladas de las que surgen relaciones basadas en el amor y el afecto. Ese reconocimiento legal le otorga un marco jurídico en el que se le asignan deberes y se le reconocen derechos, ya que con anterioridad al nuevo régimen se debía hacer una creación pretoriana para establecer una obligación alimentaria del progenitor afín que no tenía sustento legal alguno en nuestro orden interno, y su implementación respondía a las características propias del caso de que se trate (González Magaña, 2013).

Según surge del art. 672 del CCC²⁷ el progenitor afín puede tener un doble origen: por un lado, basado en un vínculo matrimonial y por el otro, basado en una unión convivencial. Podrá plantearse en este último caso el interrogante acerca de qué unión convivencial encuadra en los requerimientos de la norma. Claro está que no debe ser una convivencia informal ni meramente temporal, sino referida a una pareja caracterizada bajo la connotación de “estabilidad”, incorporando además, otros requisitos de validez de dichas uniones que prevé el art. 510 CCC²⁸ (Cazzani y Sánchez (2015). Millán (2014) agrega un nuevo requisito para darle precisión al concepto de conviviente: la inscripción registral que surge del art. 511 CCCN²⁹. Según este autor, el progenitor afín debe haber pasado por la

²⁶ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Contencioso Administrativo de San Francisco, “G., S. C. c. L., D. s/alimentos” 13/12/ 2012.

²⁷ Art. 672 CCC: “Progenitor afín. Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente”.

²⁸ Art. 510 CCC: “Requisitos. El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este Título a las uniones convivenciales requiere que:

- a) los dos integrantes sean mayores de edad;
- b) no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado;
- c) no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta;
- d) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea;
- e) mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años”.

²⁹ Art. 511 CCC: “Registración. La existencia de la unión convivencial, su extinción y los pactos que los integrantes de la pareja hayan celebrado, se inscriben en el registro que corresponda a la jurisdicción local, sólo a los fines probatorios.

No procede una nueva inscripción de una unión convivencial sin la previa cancelación de la preexistente. La registración de la existencia de la unión convivencial debe ser solicitada por ambos integrantes”.

formalidad prevista en el ordenamiento jurídico, cumpliendo sus requisitos y registrando la relación, sea que haya optado por contraer matrimonio o una unión convivencial.

1.2) El progenitor afín y las relaciones de parentesco

Los autores no consiguen determinar con claridad si la figura del progenitor afín ha creado un nuevo tipo de parentesco con características especiales, o puede ser incorporada por analogía dentro de las reglas de parentesco por afinidad que ya se encontraban en el CC.

La figura del progenitor afín regula la relación que existe entre uno de los miembros de la pareja y los hijos propios del otro, trasladando así al ámbito del derecho los vínculos familiares de hecho que se gestan en el seno de una familia ensamblada. Para la denominación se tomó un vocablo que ya existía en el CC derogado, que es el parentesco por afinidad; pero se ha extendido la designación al conviviente del progenitor, en virtud de la similar función que cumple en el marco de estas estructuras familiares.

El CCC le dedica un título exclusivo al parentesco que comienza con el art. 529³⁰ y posteriormente se refiere al parentesco por afinidad (art. 536 CCC) como “...el que existe entre la persona casada y los parientes de su cónyuge”. De modo tal, que las uniones convivenciales reguladas en el CCC no generan vínculo de parentesco; sólo el matrimonio es causa fuente del parentesco por afinidad, reconociéndose efectos jurídicos restringidamente a los que se encuentran en primer grado (Cazzani y Sánchez, 2014; Millán, 2014; Waigsmaster, 2012).

El lugar que ocupa la norma en la estructura del CCC puede debatirse: la figura se inserta dentro de las “responsabilidades parentales” y como hemos podido apreciar el progenitor afín puede o no tener un vínculo con apoyatura en el parentesco como tradicionalmente lo entendíamos a la luz de la letra del Código. Así, entendemos que por un lado sí se genera el parentesco por afinidad entre el segundo cónyuge y los hijos del primer matrimonio y; por el otro, no se genera parentesco en las relaciones de convivencia entre el conviviente del progenitor y los hijos de este fruto de uniones anteriores, pero sí se

³⁰ Art. 529 CCC: “Concepto y terminología. Parentesco es el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad”.

juridizan las funciones de cuidado que en los hechos ejercen, los que cesan una vez que finaliza la unión con el progenitor (Cala, 2016; Medina, 2012; Schiro, 2014).

Para aclarar este punto, entendemos que en el único supuesto que estamos ante un progenitor afín que se transforma en pariente, sería cuando ha mediado vínculo de matrimonio válido. Por lo tanto, la figura del progenitor difiere del parentesco en aquellos derechos y obligaciones que trascienden el matrimonio. Por lo tanto, ya sea que el progenitor afín sea o no pariente, ostenta un vínculo que emana de otro origen, al cual se le imputa una obligación alimentaria, con características propias y que se debe al especial tratamiento que el CCC le otorga a la “familia ensamblada”, determinando responsabilidades y derechos específicos que protegen a sus miembros.

De todos modos, su contenido queda claramente encuadrado en las funciones parentales.

2. Funciones del progenitor afín durante la convivencia con el progenitor

Una de las características principales y destacables del rol del progenitor afín es el cambio que se produce en las funciones cumple, ya que antes de su reconocimiento en el CCC la pareja del padre biológico sólo cumplía de hecho un rol sustituto y de reemplazo ante la muerte de alguno de los padres biológicos. El nuevo ordenamiento plantea una cooperación natural que deriva de la convivencia y le atribuye en forma obligatoria al padre afín una gran cantidad de cargas familiares. Las principales consisten en la obligación de cuidado y de alimentos³¹.

2.1) Función de cuidado

2.1.1) El cuidado complementario

En la actualidad, se considera al progenitor afín un guardador de hecho en relación a los hijos de su cónyuge o conviviente, siempre y cuando, se encuentren en situación de convivencia. El progenitor afín, al formar vínculos cotidianos con los hijos de su pareja,

³¹ Art. 676 del CCC: “Alimentos. La obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario. Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia”.

hace aparecer claramente el instituto del cuidado personal que comprende deberes como la crianza y la educación, su formación en el ámbito doméstico que le permite tomar decisiones en casos urgentes, participar y colaborar en ciertos actos diarios de los hijos del otro, como llevarlos o traerlos de la escuela, acompañarlos al médico, colaborar con la mantención del hogar, etc. (Cazzani y Sánchez, 2015).

La intención del CCC de sumar vínculos al dar visibilidad jurídica al progenitor afín, otorgándole un espacio familiar y un rol en las tareas de cuidado de los hijos de su pareja, no implica el desplazamiento o sustitución de los roles que le caben a los titulares de la responsabilidad parental (Grosman, 2015; Jáuregui, 2013). Por lo tanto, el lugar que ocupa el progenitor afín no es el de una figura sustituta capaz de lesionar la autoridad e identidad parental, sino el de una figura de referencia distinta que complementa y enriquece la función de los progenitores biológicos o adoptivos con su quehacer cooperativo; noción de complementariedad que presupone que el rol materno o paterno pueda ser en mayor o menor medida compartido con otras personas, esto es, que no es exclusivo. De este modo, la nueva normativa diferencia claramente la filiación y los derechos y deberes derivados del emplazamiento filiatorio, de aquellos ciertos y determinados derechos y deberes que se conceden a una tercera persona y hacen a la cotidianidad de un vínculo afectivo. Por ello, la norma se encarga de aclarar que las funciones asignadas al progenitor afín no afectan los derechos de los titulares de la responsabilidad parental y, ante el desacuerdo, prevalece el criterio del progenitor (art. 673 CCC³²) (Lloveras, Orlandi y Tavip, 2014).

El rol del padre afín cumple una función de carácter complementario y los padres conservan un rol principal. Al margen del progenitor afín, el NNA puede tener uno o ambos padres, con lo cual, son plenamente aplicables las normas relativas a la responsabilidad parental. El progenitor afín aporta su colaboración y apoyo con conductas positivas dentro de la organización de la familia, resguardando su estabilidad a través de las reglas de convivencia y acuerdos o conformidades otorgadas por el progenitor que no convive con los hijos.

³² Art. 673 CCC: “Deberes del progenitor afín. El cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor”.

Aparecen aquí las nociones de “parentesco” y “parentalidad”, siendo este último concepto referido al ejercicio de las tareas relacionadas con la crianza, los cuidados y la educación de los niños, y que corresponden al estado de padres, pero que estos pueden dejar o compartir con otras personas -dando así origen a una pluriparentalidad- sin por ello perder esa calidad. Es así que se ha afirmado que en el CCC la esencia del rol complementario del padre o madre afín se apoya firmemente sobre la idea-fuerza de una “pluriparentalidad jerarquizada”, ya que el diseño legal adhiere a un modelo de duplicación de las funciones parentales, en el cual éstas son compartidas entre los progenitores titulares de la responsabilidad parental y el padre o madre afín, aunque instaurándose una jerarquía en favor de los primeros. Y al delimitar el rol esperable del progenitor afín en el cuidado y crianza del hijo de su pareja, la norma aspira a suprimir de la dinámica de estas constelaciones familiares ensambladas el despliegue de estrategias de evitación, a través de las cuales los progenitores titulares de la responsabilidad parental desempeñan sus funciones previniendo que lo haga el padre o madre afín; y también las estrategias de sustitución, en las que el progenitor afín asume el papel que le correspondería al padre no conviviente, quien deja de cumplirlo (Alesi, 2015).

2.1.2) Delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en el progenitor afín

Asimismo, y más allá del rol del cuidado complementario derivado de la convivencia del grupo familiar que el artículo referido le asigna, el CCC prevé el ejercicio de un rol más preeminente, al incluir expresamente la atribución del ejercicio de la responsabilidad parental a favor del progenitor afín. La regla legal es el cuidado compartido de los hijos (art. 651 CCC³³), pero puede suceder que ante determinadas circunstancias resulte conveniente al interés superior del niño la delegación al cónyuge o conviviente de quien detenta el cuidado indistinto o alternado del niño. Si el otro progenitor consiente expresamente la delegación, prima la autonomía de la voluntad de los adultos; si eso no es posible, o debe ponderarse la conveniencia de que uno u otro asuma el ejercicio, se requerirá la intervención judicial para que los delegantes acrediten su imposibilidad de ejercicio. El progenitor afín asumirá todas las funciones del delegante y se tendrá en cuenta

³³ Art. 651 CCC: “Reglas generales. A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo”.

el plazo previsto de un año prorrogable del art. 643 CCC³⁴ para la delegación entre parientes.

La posibilidad permite delegar al progenitor afín, parcial o totalmente, la responsabilidad parental del hijo propio. Además, debe cooperar en la crianza y educación, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico, y adoptar las decisiones que sean necesarias ante situaciones de urgencia, aunque siempre prevalece el criterio del progenitor ante cualquier situación de desacuerdo³⁵. La delegación del ejercicio de la responsabilidad parental de los progenitores puede ser ordinaria o extraordinaria, las que deberán tener razones justificadas y asentarse sobre el principio del interés del hijo. La *delegación ordinaria* (art. 643 CCC) refiere el ejercicio de actos cotidianos y puede deberse a una imposibilidad temporal del progenitor de origen conviviente con el niño, niña o adolescente de desempeñar sus deberes parentales y del otro progenitor -no conviviente- de asumir el ejercicio o que ello resulte inconveniente a la persona menor de edad (art. 674 CCC).

La delegación de ejercicio por *causas extraordinarias* (art. 674 CCC³⁶) permite subsumir supuestos extraordinarios con cierta permanencia temporal, donde tampoco resulte posible el ejercicio por el otro progenitor o ello sea inconveniente. La norma no tiene un catálogo taxativo de posibilidades, siendo asimilable la circunstancia de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria del progenitor consignada inclusiva de otras como

³⁴ Art. 643 CCC: “Delegación del ejercicio. En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido”.

³⁵ Art. 673 CCC: “Deberes del progenitor afín. El cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor. Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental”.

³⁶ Art. 674 CCC: “Delegación en el progenitor afín. El progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio.

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

ausencia por cuestiones académicas, laborales o médicas; mientras que las cuestiones de salud no se circunscriben únicamente al progenitor, que podría requerir delegar el ejercicio para cuidar en la enfermedad a algún pariente; la incapacidad no puede limitarse a la intelectual sino que el término tiene suficiente porosidad para cubrir imprevistos que requieran de la delegación parental.

Lo que sí debe resaltarse, es que siempre existirá un control judicial para valorar si los hechos acaecidos pueden o no ser inmersos en el texto legal, impidiendo el abuso y la delegación impropia de los deberes parentales, ya que esto derivaría en el ejercicio unipersonal de la responsabilidad parental por el "progenitor afín", no ya en forma conjunta con su cónyuge o conviviente (González de Vicel, 2014).

2.1.3) Ejercicio compartido de la responsabilidad parental con el progenitor

Entonces, el cuidado personal del menor a cargo del progenitor afín operará en dos escenarios diferentes: a. la atribución de que el progenitor afín ejerza su obligación parental a través de la figura de la delegación (situación recientemente analizada); b. la posibilidad de que el progenitor afín ejerza conjuntamente la responsabilidad parental con el progenitor conviviente, en caso de muerte, ausencia o incapacidad del otro progenitor. Este último supuesto es el que veremos a en este punto. Ambas alternativas son evidencia del concepto que aporta el CCC conforme al cual, si bien la responsabilidad parental es una función otorgada prioritariamente a los padres, puede ser ejercida por otros referentes afectivos (Schiro, 2014).

El art. 675 CCC³⁷ plantea supuestos donde el otro progenitor -quien no ejerce la responsabilidad parental-, fallece, se encuentra ausente, se encuentra privado del ejercicio de la responsabilidad parental o tiene restringida la capacidad. En todos esos casos existe impedimento para cumplir la función por el padre no custodio. Se admite, entonces, que el afín pueda asumir el ejercicio en forma conjunta con su cónyuge o conviviente para lo cual es requerida la homologación judicial, pero en caso de disidencia o conflicto, prima la

³⁷ Art. 675 CCC: "Ejercicio conjunto con el progenitor afín. En caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente. Este acuerdo entre el progenitor en ejercicio de la responsabilidad parental y su cónyuge o conviviente debe ser homologado judicialmente. En caso de conflicto prima la opinión del progenitor. Este ejercicio se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial. También se extingue con la recuperación de la capacidad plena del progenitor que no estaba en ejercicio de la responsabilidad parental".

opinión del progenitor de origen. Esta figura dota al progenitor afín de mayores responsabilidades que la simple delegación, no ya como colaborador o cooperador en la crianza, sino con idénticas funciones reconocidas a los progenitores, y esas circunstancias son también consideradas para establecer la extinción del ejercicio conjunto, que estará dado por la ruptura matrimonial, el cese de la convivencia, la aparición del ausente o el restablecimiento de la plena capacidad del progenitor imposibilitado, o cuando resulte perjudicial al niño, niña o adolescente (González de Vicel, 2014).

En el análisis de estos múltiples contextos en los cuales pueden generarse muchos vínculos, no sólo legales sino afectivos, nos preguntamos qué ocurriría ante una situación especialmente delicada como sería la muerte del progenitor que vivía con sus hijos de una unión anterior, luego de que el otro progenitor recuperara la posibilidad de ejercer el cuidado personal de su hijo (por ejemplo, en los la aparición del ausente o el restablecimiento de la plena capacidad del progenitor imposibilitado). Allí correspondería analizar, en materia de guarda, el mejor interés de los niños que han convivido en el hogar conyugal. La madre o el padre afín o conviviente en muchos casos cumplen una tarea de cuidado y atención de los menores, que para su beneficio es necesario mantener. Como en todas las resoluciones que se tomen en el derecho de familia se debe atender el superior interés del menor, será necesaria la valuación de la calidad de los vínculos que se han creado con el grupo familiar con el que cohabita, para ponderar una decisión sobre la guarda judicial del menor. En función del análisis de la dinámica familiar, se evaluará la decisión a tomar fundada en el principio jurídico mencionado, si resulta más conveniente para los niños la atribución de la guarda al padre o madre biológico o a quien ha sido el cónyuge o conviviente del progenitor fallecido (Benzaquén, 2012).

Entendemos que cualquier cambio en la estructura familiar tiene incidencia en la calidad de vida de sus miembros afectando los vínculos entre ellos, y esos cambios deben ser considerados desde el particular el punto de vista de los niños. Si bien no está expresamente estipulado, consideramos que el hijo afín debe ser oído en el supuesto de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y en otros casos en que se le otorguen facultades al padre a fin. También en el caso que nos planteamos. Para fundamentar estos dichos su puede echar mano a los lineamientos de la Ley 26.061 en lo referente al derecho de los NNA a participar de aquellas decisiones que le competen. Ese

derecho a ser oído y a participar debe interpretarse y desarrollarse en consonancia con el concepto de capacidad progresiva de los menores (Myniersky, 2012).

2.2) El deber alimentario del padre afín

A partir del reconocimiento de la familia ensamblada como un conjunto solidario, las obligaciones que surgen para el progenitor afín se caracterizan por su actitud consciente y de carácter voluntario, que también encuentra su fundamento en el principio de la teoría de los propios actos. Sobre esta base, y aun antes de la entrada en vigencia de estas nuevas normas del CCC, gran parte de la doctrina proponía que el “concubino” (conviviente) del progenitor fuera considerado una figura familiar asentado sobre un concepto amplio de familia que surge del art. 5 CDN y de la Ley 26.061. “Los deberes y derechos en relación con los hijos del otro devienen de dicha convivencia o comunidad de vida...” (Grosman y Herrera, 2010, pág. 82).

También la jurisprudencia hizo lo suyo, cuando oportunamente realizara una utilización *sui generis* de la figura del progenitor afín para imponer la obligación alimentaria en beneficio de un adolescente hasta su mayoría de edad recurriendo al argumento de la solidaridad familiar y la posesión de estado filial. En este caso el tribunal entendió que existía un deber alimentario entre los convivientes no progenitores que se mantenía luego de la ruptura pues la situación del marido encajaba en el concepto de “padre solidario”, con justificativo en la solidaridad familiar y la posesión de estado filial, siendo su asistencia un mecanismo efectivo para evitar consecuencias irremediables para el desarrollo de la niña:

...La deserción o la desobligación del que durante la infancia de P. ocupara el rol de padre afectivo y proveedor puede traer consecuencias irremediables para el futuro desarrollo de aquella en cuanto a que se resentirán sus posibilidades educativas y consecuentemente se eleva el riesgo de conductas antisociales³⁸.

Siguiendo esta línea, en otro fallo se expresó que:

Quien asume una conducta jurídicamente relevante, consistente en reconocer y tratar a un menor como un hijo suyo, no puede pretender luego que se tutele una actuación posterior incompatible con aquélla, como la de afirmar que no existe obligación

³⁸ Trib. Coleg. Familia Nro. 5, Rosario, 10/5/2012 sentencia no firme, elDial.com - AA769D.

alimentaria alguna en tanto no se trata de un hijo biológico, sino del hijo biológico de quien fue su conviviente durante varios años³⁹.

En estos extractos transcriptos se realiza el principio del interés superior del niño como pilar protector de los sujetos vulnerables, en este caso el hijo menor de edad (González Magaña, 2010). Excepcionalmente, si se encuentra afectada la calidad de vida del niño, habiendo cesado el vínculo del progenitor afín, la obligación alimentaria continuará vigente, siempre y cuando el progenitor afín haya asumido durante la vida en común el sustento del hijo del otro (Millán, 2014; Jáuregui, 2013). La fijación de esta cuota alimentaria a cargo del progenitor afín, surge con el fin de que la ruptura del vínculo familiar repercuta lo menos posible en la vida de los niños, niñas y adolescentes.

Por esto, el reconocimiento legal que el CCC hace de las familias ensambladas permite sumar adultos responsables en la vida cotidiana de los niños, pero también genera una obligación alimentaria para el progenitor afín. Esta obligación alimentaria tiene su antecedente en el art. 368 CC⁴⁰, aunque con un alcance diferente, por no ser el progenitor afín un pariente por afinidad (Millán, 2014).

Los alimentos *recíprocos* entre parientes afines ya estaban previstos en la norma antecedente en la sección dedicada a los alimentos llamados de toda necesidad debidos entre parientes en general, limitados al primer grado de la línea recta (suegro/a y yerno/nuera; padrastro/madrastra y entendidos/das). Lo novedoso no es sólo la extensión de la obligación, sino también que se encuentra obligado el conviviente del progenitor, que no tiene parentesco con el hijo de este último, por ello se entiende que la obligación descansa en esta peculiar relación protectora convivencial, y que no es recíproca. La obligación alimentaria del progenitor afín surge este deber desde el primer día de la convivencia familiar y hasta la disolución del vínculo matrimonial y /o el cese de la unión convivencial.

³⁹ CCiv., Com. y Cont. Adm. San Francisco, 13/12/2012, RIDyJ. 2013-III, (p. 111).

⁴⁰ Art. 676 CCC: “Alimentos. La obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario. Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia.

Concretamente el art. 676 CCC⁴¹ que se ubica dentro del título referido a la “Responsabilidad parental” -pero en el Capítulo que regula específicamente los deberes y derechos de esta figura-, consagra el deber alimentario del progenitor afín respecto del hijo afín.

Hay que destacar que la obligación alimentaria del progenitor afín tiene carácter subsidiario durante la vida en común y, por ende, se sitúa en grado posterior a la obligación de sus parientes en línea recta. Es decir, en primer lugar se encuentran sus padres y los abuelos; pudiendo el progenitor afín demandado, defenderse alegando la existencia de un pariente en condición de prestar alimentos, conforme a la facultad conferida por el art. 546 CCC⁴² (Curti, 2015). Por esto, frente a cada caso, sin privar al necesitado de la debida asistencia, deberá imponerse el deber alimentario a quien resulta prioritariamente obligado: su padre o madre e incluso los demás consanguíneos que estén en condiciones de asistirlo, puesto que el deber alimentario del progenitor, además de ser subsidiario, debe limitarse a los alimentos de toda necesidad o subsistencia. En un fallo que involucraba a dos hermanas menores- una hija afín y la otra hija propia del demandado, se consideró que en materia alimentaria, las obligaciones para con ambas niñas “no resultan de igual consideración”⁴³. Esto se debe a que la obligación alimentaria del padre afín es de carácter subsidiaria, siendo que la obligación principal siempre se encuentra en cabeza del progenitor no conviviente.

El progenitor afín aparece como un “padre solidario” y esa pauta de solidaridad familiar se apoyada en la protección integral de la familia -art. 14 bis CN- y supera el estrecho margen obligacional del parentesco, efectivizando la proclama de los derechos humanos básicos reconocidos en el bloque de constitucionalidad (González Magaña, 2012).

⁴¹ La obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario. Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia”.

⁴² Art. 546 CCC: “Existencia de otros obligados. Incumbe al demandado la carga de probar que existe otro pariente de grado más próximo o de igual grado en condición de prestarlos, a fin de ser desplazado o concurrir con él en la prestación. Si se reclama a varios obligados, el demandado puede citar a juicio a todos o parte de los restantes, a fin de que la condena los alcance”.

⁴³ Juzgado de Familia de 6º Nominación de la ciudad de Córdoba, "M., S. M. y Otro - Solicita homologación", 31/8/2015.

2.2.1) La fuente de la obligación alimentaria del progenitor afín

Cada categoría alimentaria se encuentra determinada por su naturaleza jurídica, origen y fundamento. Tradicionalmente, la obligación alimentaria emanada de la ley, diferencia los alimentos derivados de la patria potestad, del parentesco y del matrimonio; pero si pretendemos entender el funcionamiento de los alimentos del progenitor afín en base a la clásica división de fuentes que rigen la obligación alimentaria emanada del antiguo Código, quizá la tarea se dificulta (Millán, 2014). Ya en el año 2009 -con la sanción de la ley de mayoría de edad ley 26.579- se reconoció que la obligación alimentaria de los padres hacia sus hijos mayores de edad y hasta los 21 años tiene una naturaleza especial, distinta a la patria potestad y al parentesco, consistente en el vínculo paterno-filial, (Solari, 2010). Por lo tanto, más modernamente se entiende que los alimentos tienen una naturaleza asistencial y constituyen un derivado del derecho a la vida, debiendo buscarse sus fundamentos -en las relaciones de familia- en términos de solidaridad humana (González Magaña, 2013).

Siguiendo esa línea, el CCC instituya la obligación alimentaria del progenitor afín en el vínculo filial. Esta una nueva fuente obligacional presenta características propias; cuya procedencia, extensión, duración y contenido son distintos al resto de las fuentes de obligación alimentaria hasta aquí conocidas (Cazzani y Sánchez, 2014). Ello, en virtud de que no puede equipararse la nueva disposición a las ya existentes de la patria potestad o la derivada del parentesco, pues presenta características especiales (Millán, 2014).

2.2.2) Límites temporales de la obligación alimentaria

Hemos dejado en claro ya que la obligación alimentaria del progenitor afín tiene un carácter subsidiario durante la vida en común. No obstante, cuando se intenta marcar el inicio de la carga alimentaria nos encontramos con el mismo interrogante que planteáramos oportunamente, referido a cuándo se conjugan los requisitos para que se considere obligado el progenitor afín. Según algunos, la carga alimentaria surge desde el primer día de la convivencia familiar y hasta la disolución del vínculo matrimonial y /o el cese de la unión convivencial (Cazzani y Sánchez, 2014). Para Millán, (2014) el artículo 676 CCC establece que comienza a regir esta nueva fuente de obligación alimentaria, ya sea con el matrimonio o con la unión convivencial, cumpliendo las formalidades que establece nuestro Código.

El art. 676 CCC establece como principio la cesación de este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. No obstante, no podemos dejar de admitir que los momentos de ruptura de una pareja pueden traer aparejadas consecuencias económicas que se suscitan al desaparecer uno de sus miembros, que durante la vida estable convivencial o matrimonial, afrontó los gastos cotidianos para la subsistencia y manutención del hijo afín. Por esto, y aunque la procedencia de la obligación alimentaria con respecto al hijo afín tiene puesto el énfasis en la convivencia, en función del interés superior del niño o adolescente la disposición consagra una excepción, permitiendo el reclamo por alimentos con carácter transitorio -descartándose su perpetuidad- al progenitor afín si se dan los siguientes requisitos: a) que el cambio de situación pudiera ocasionar un grave daño al menor y, b) que este hubiera asumido el sustento del hijo del otro durante la vida en común (Cazzani y Sánchez, 2014; Curti, 2015).

La excepción se justifica en los casos en los que la supresión de la obligación alimentaria luego de la ruptura pudiera ocasionar un *daño grave* en el quebrantamiento de la relación. Nos merece reparos el término “grave daño” por su vaguedad y la previsible litigiosidad que esta norma acarreará ante la ruptura de muchas uniones de hecho que hasta la entrada de vigencia del nuevo código tenían el carácter de informales o inestables. Amén de ello, la prueba del “grave daño” sin dudas desnaturalizará y dilatará el proceso de alimentos (Merlo, 2014).

El art. 676 CCC que venimos comentando establece que dicho monto obligacional es de carácter transitorio, cuya duración no deberá superar el tiempo de la convivencia. He aquí otra característica propia de este instituto: la evaluación realizada por el Juez hecha de manera flexible, considerándose el contexto fáctico de cada grupo familiar y, en especial, como señala el nuevo Código, si el cambio de situación de convivencia con el progenitor afín pudiera ocasionar un grave daño al niño, niña o adolescente (Famá, 2014; Grosman, 2013).

2.3) El derecho a la adecuada comunicación

La comunicación entre el padre o madre excluidos del cuidado personal y sus hijos reviste los caracteres de inalienable e irrenunciable, ya que tiende a la subsistencia de un

lazo familiar y afectivo de particular importancia en la formación del NNA⁴⁴. Ese derecho asiste los progenitores, para quienes mantener contacto y comunicación con el hijo constituye un deber paternal y maternal de interés y atención; pero no es posible olvidar que también en relación al hijo existe un deber filial de ver y comunicarse con aquéllos⁴⁵.

Pero este derecho a la comunicación también debe ser evaluado desde la perspectiva del NNA. El reconocimiento, promoción y respeto del derecho del NNA a mantener un vínculo fluido con su progenitor no conviviente se apoya en el interés superior del niño, como pauta o criterio de actuación en toda situación que los atañe, conforman la plataforma normativa que contribuirá a la construcción su personalidad, apuntando hacia su autonomía progresiva.

La noción de autonomía o capacidad progresiva, que contaba con recepción en la jurisprudencia y ámbitos doctrinarios, tiene en el CCC un lugar que modifica el modo de considerar al niño y adolescente, permitiendo que el niño sea oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez (art. 639 CCC⁴⁶).

No obstante todo lo dicho, esas normas se refieren los progenitores de origen del NNA (sean éstos biológicos o adoptivos), o a sus parientes (art. 555 CCC)⁴⁷. El planteo de nuestro interrogante se refiere a los progenitores afines no parientes –a aquellos convivientes-, quienes deberán demostrar judicialmente un interés legítimo (art. 556 CCC)⁴⁸ para acceder al derecho de visita. Por aplicación de este artículo el progenitor afín

⁴⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala: B, “R. I. c/ M. A. P. s/ medidas precautorias”, 28/8/2015.

Cita: MJ-JU-M-95526-AR | MJJ95526 | MJJ95526.

⁴⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala: B, “R. F. J. c/ A. P. M. E. s/ régimen de visitas”, 20/12/2013. Cita: MJ-JU-M-83966-AR | MJJ83966 | MJJ83966.

⁴⁶ Art. 639: “Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios:

a) el interés superior del niño;

b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos;

c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

⁴⁷ Art. 555 CCC: “Legitimados. Oposición. Los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de estos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado. Si se deduce oposición fundada en posibles perjuicios a la salud mental o física de los interesados, el juez debe resolver lo que corresponda por el procedimiento más breve que prevea la ley local y establecer, en su caso, el régimen de comunicación más conveniente de acuerdo a las circunstancias”.

⁴⁸ Art. 556 CCC: “Otros beneficiarios. Las disposiciones del artículo 555 se aplican en favor de quienes justifiquen un interés afectivo legítimo”.

deberá demostrar su interés legítimo para mantener la comunicación. Pensamos que el hijo afín podría igualmente ser oído para reclamar el contacto con su progenitor afín luego del cese de la convivencia. No obstante, el hecho de tener que *probar y justificar el interés afectivo* –tanto para el progenitor como para el hijo afín–, nos parece innecesario. Si dos personas desean mantener el contacto evidentemente subyace entre ellos un afecto que no debe ser justificado, sino que surge naturalmente del vínculo creado entre ellos. Entonces, si este derecho se extendiera a favor de quienes justifiquen un interés afectivo legítimo, el juez también podría disponer medidas para asegurar el cumplimiento de la norma; es decir, puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado medidas razonables para asegurar su eficacia.

Entendemos que el CCC debió haber incluido una norma que expresamente reconociera el derecho natural a una adecuada comunicación entre ellos después de la ruptura, sin necesidad de demostrar el afecto que lo justifique.

3. Efectos luego de la ruptura del progenitor afín con el progenitor de origen

El nuevo ordenamiento hace especial hincapié en los deberes y derechos del progenitor afín durante la convivencia con el otro progenitor, pero sólo se refiere a los efectos luego de la ruptura en la última parte del art. 675 CCC⁴⁹ que regula el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental y en el siguiente artículo referido a la obligación alimentaria, que excepcionalmente se mantiene luego de la ruptura (art. 677 CCC). Este último artículo extiende excepcionalmente la obligación patrimonial alimentaria a favor del hijo afín luego de la ruptura, pero ninguna concesión excepcional se hace acerca del cuidado personal o el derecho de comunicación. No hay previsión normativa que reconozca, ni siquiera excepcionalmente, el derecho extramatrimonial a mantener una adecuada comunicación ni como facultad del progenitor afín, ni como derecho del hijo afín (Calá, 2016). Si se piensa que la fijación de la cuota alimentaria a cargo del progenitor afín tiene su fundamento en que la ruptura del vínculo familiar repercute económicamente lo menos posible en la vida de los niños, niñas y adolescentes, protegiendo y garantizando el

⁴⁹ Art. 675 CCC: “...Este ejercicio se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial...”.

principio del Interés Superior del Niño (Cazzani y Sánchez, 2014; Millán 2014), con más razón, el derecho a la comunicación se fundamenta por iguales causas.

No podemos olvidar el origen y fundamento del reconocimiento del progenitor afín, figura asentada en los lazos de socioafectividad nacidos dentro de la dinámica cotidiana de una familia ensamblada. Los mismos conceptos vertidos en el capítulo anterior acerca de las razones por las cuales el progenitor no conviviente debe mantener adecuada comunicación y contacto con sus hijos luego del cese de la convivencia con el otro progenitor, pueden hacerse extensivos aquí.

A nadie se le ocurriría poner en discusión cuáles son las razones que justifican la adecuada comunicación del progenitor que no ejerce la guarda con sus hijos. No deben demostrar el cariño y los efectos beneficiosos que el contacto con el hijo significan para éste. Entendemos que lo mismo ocurre en los caso de los progenitores afines. Lo hemos expresado recientemente, nos parece innecesario que tenga que probarse y justificarse el *interés afectivo*, que los une para que tanto el progenitor afín como el hijo afín demanden judicialmente el contacto.

Podría preguntarse ¿Por qué deberían demandar el contacto judicialmente si pueden mantener ese contacto fuera de los estrados judiciales en todos aquellos casos en los que el vínculo es genuino? Lo cierto que mientras no exista una normativa expresa que reconozca ese derecho, el mantenimiento del contacto dependerá de la buena voluntad de la expareja del progenitor afín o del otro progenitor no conviviente. También dependerá de la sensibilidad de quien tenga en sus manos la decisión judicial de reconocer el derecho a una adecuada comunicación.

4. Interrogantes

A lo largo de nuestra investigación fuimos descubriendo ciertos vacíos en la norma que nos hicieron plantear varias cuestiones, de las que sólo dejaremos trazados algunos interrogantes para abrir el debate. Entendemos que el reconocimiento de la figura del progenitor afín es de una trascendental importancia en tanto otorga a los menores un marco jurídico que les permite sumar vínculos en su beneficio. No obstante, mal puede desarrollarse por completo el funcionamiento de la institución en los escasos cinco artículos (arts. 672 a 676 del CCCN) que les dedica el nuevo ordenamiento. Es por esto que los

jueces deberán hacer una enorme tarea para suplir algunas lagunas en la regulación, echando mano a otras normas y teniendo como guía fundamental el interés superior de los menores.

4.1) Configuración legal del progenitor afín con fuente en la convivencia

No queda del todo claro desde qué momento puede interpretarse que existe la figura del progenitor afín en los casos en que no existe un vínculo matrimonial. Su determinación de modo preciso impacta sobre el comienzo de las cargas del progenitor afín. Mientras por alguna parte de la doctrina basta con que la convivencia tenga el carácter de “estabilidad” requerido para las uniones de hecho, para otros se requiere, además, la inscripción registral para tener por formalizada la figura.

4.2) El orden sucesorio

Briozzo (2014) plantea un interrogante muy interesante referido al derecho sucesorio del hijo y del progenitor afín para los casos en que se produjera la muerte de alguno de ellos durante la convivencia con el progenitor de origen. Sabemos que el hijo afín no integra el orden sucesorio —el que queda reservado para los parientes consanguíneos— aunque nada impide que el progenitor afín ejerza su voluntad de favorecerlo por vía del testamento hasta el límite de la porción disponible. No obstante, podría discutirse si no sería procedente la sucesión legítima, por ejemplo, cuando hubo una convivencia de muchos años, habiendo logrado la integración familiar y un vínculo afectivo generado en el marco de la convivencia de una familia ensamblada.

Quizá hubiese sido interesante que el CCC hubiera regulado estos casos, ya sea creando de un nuevo orden sucesorio en el que estuvieran incluidos tanto el hijo como el progenitor afín, exigiendo para ellos cierto tiempo de convivencia; o que se permitiera aumentar la porción disponible para mejorar la situación de los hijos afines en caso de no prosperar la opción anterior. Podría pensarse también en un sistema donde los bienes propios de un cónyuge que provienen de la unión anterior sean heredados por los hijos nacidos del vínculo precedente. En cambio, sobre los bienes gananciales de la segunda o ulterior unión heredarían los hijos propios y afines.

4.3) Bien inmueble propio del progenitor afín

Una hipótesis que puede plantearse, es el supuesto en que el menor afín habite en la vivienda familiar, que es un bien propio del progenitor afín y se produzca el cese de la convivencia o la muerte del progenitor titular del inmueble. Si se entiende que la protección de la vivienda no ampara el interés de los cónyuges o convivientes sino el llamado "interés familiar" consistente en que los hijos menores de edad e incapaces tengan asegurado su derecho a la vivienda, se trate de hijos comunes del matrimonio, o de hijos propios de unos de ellos, tanto de un matrimonio anterior como de una unión extramatrimonial, podremos alcanzar una solución. Sobre la base coincidente de dicha premisa, se ha debatido acerca de la posibilidad de extender la aplicación de esa protección a las familias constituidas en torno de una convivencia de pareja (Grosman y Martínez Alcorta, 1998).

El traslado del problema al ámbito alimentario en cabeza del progenitor afín no resuelve la cuestión específica por cuanto, como bien han puesto de resalto Grosman y Martínez Alcorta (2000, págs. 277 y 278;), el interés el niño

no sólo significa proteger el ámbito material indispensable para la subsistencia y formación del mismo, sino evitar el daño que podría ocasionarle a su estabilidad emocional arrancarlo de su espacio habitual que puede implicar el alejamiento de los amigos, del colegio al cual concurría, de sus compañeros de estudio y sus habituales lugares de recreación.

Para resolver estos casos podría integrarse la solución con las normas de las uniones convivenciales posteriores al cese, y las normas del divorcio, como efectos generales de la ruptura. Y diagnosticar si se integra la prestación en especie del progenitor afín, adicionando un rubro específico redimensionado por el problema de la vivienda del niño, niña o adolescente, entendiendo que "el rubro "vivienda" integra la obligación alimentaria derivada de la "patria potestad"⁵⁰.

4.4) Derecho a una adecuada comunicación

⁵⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, "V. S. S. c. A. N. del V", 31/5/2006, con comentario a fallo de Famá, M. V. ().Convivencias de pareja y protección de la vivienda familiar: la aplicación analógica del artículo 1277 del Código Civil. LA LEY.

Aún durante la vigencia del Código Civil anterior, entendía Benzaquén (2012) que el derecho de comunicación de los padres afines con sus hijos se encontraba legislado en el artículo 376 bis del CC que establecía ese derecho entre los parientes que se deben alimentos recíprocamente (artículo 377 y 378 del mismo cuerpo legal). Siempre refiriéndose al anterior ordenamiento, la doctrina interpretaba que el cónyuge o pareja del progenitor biológico podía aspirar a obtener la guarda judicial del hijo en caso de pérdida o suspensión del ejercicio de la patria potestad del padre conviviente, si de todo ello resulta un beneficio para el menor. En materia de guarda correspondía investigar lo que fuera más conveniente al interés de los menores; esto es, tomar en consideración si el padre o la madre afín habían desarrollado una relación afectiva con ellos. En tales casos, cambiar la guarda significaría alejarlos del que consideran su hogar. Aquellos pensamientos adquieren mayor relevancia en la actualidad, ya que en este tema –como en todos los temas de derecho de familia- el nuevo ordenamiento expresamente establece como principio cardinal el del interés superior del niño, que resulta prioritario en cualquier ámbito que los involucre (Benzaquén, 2012).

Lo mismo ocurría con el derecho de visitas. La Dra. Grosman (2000) opina al respecto que “resulta aplicable a estas situaciones el criterio doctrinal y jurisprudencial que ha concedido el derecho de visitas a terceras personas si se ha acreditado incontestablemente que el contacto periódico es válido para el niño”. Las atribuciones del padre o madre afín no afectan el ejercicio de la patria potestad por parte del progenitor biológico, con sus responsabilidades y derechos que emergen de la norma en cuestión.

Como conclusión decimos que las familias ensambladas consideran válido el derecho del cónyuge a continuar la comunicación con los hijos del progenitor, no obstante la disolución del vínculo. El padre o madre biológicos frecuentemente ejercen su poder en forma arbitraria, negándole al niño el contacto con una figura que se ha tornado importante en su historia familiar. No obstante, los tribunales no reciben planteos de régimen de visitas de los progenitores afines, quizá por un desconocimiento de los derechos y las obligaciones que emergen de esos vínculos que son pasibles de reclamo. Por esa razón es que no se han registrado casos de impedimento de contacto del padre biológico respecto de los padres afines, luego de la disolución de la pareja conyugal. Esperamos que a partir del

reconocimiento expreso de la figura del progenitor, aquellos que se vean impedidos de mantener adecuado contacto con sus hijos afines luego de la ruptura comiencen a acudir a la justicia en reclamo de ese derecho no regulado.

En las familias asentadas en uniones de hecho deben respetarse los derechos de los menores y de los adolescentes, de relacionarse con las parejas de sus progenitores, debe asegurarse si resulta beneficioso para su crecimiento personal. Podemos concluir que en las situaciones descriptas –guarda y régimen de visitas- es necesario tener presente el contenido de la noción del interés superior del niño.

Que en la concepción actual de la familia se ubica de manera central la satisfacción de las necesidades afectivas. Se trataría, según un autor, de un derecho de la personalidad (Benzaquén, 2012).

El CCC protege el derecho de los padres e hijos afines a mantener la relación lo cual conforma un derecho subjetivo legítimo avalado por la ley (Benzaquén, 2012).

4.5) El cuidado personal compartido del menor luego de la ruptura

Este último interrogante es el que corresponde a la pregunta de investigación que disparó nuestro Trabajo. Nos planteamos originariamente si podía el padre afín solicitar el cuidado personal compartido del menor luego de la ruptura con el progenitor biológico. A estas alturas del desarrollo, estamos en condiciones de opinar afirmativamente. Nos precede todos los argumentos anteriores para justificar el adecuado derecho de comunicación siempre que en casos excepcionales entienda el juez que el supremo interés del menor se encontrará más protegido en cabeza de quien fuera su progenitor afín. En esta idea vamos un paso más adelante que el de permitir la comunicación con el menor, y consiste en otorgar el cuidado personal compartido toda vez que los progenitores biológicos no demuestren constituir la mejor opción para que el menor se desarrolle y crezca. El Código nada regula al respecto, pero en nuestra opinión el interés superior del niño junto con el derecho del niño a ser oído, podrían inclinar la balanza en aquellos casos en donde el progenitor afín reclamara el ejercicio del cuidado compartido, el menor que contare con edad suficiente expresara su voluntad en conformidad y el/los progenitores biológicos no se opusieran.

Particularmente en esta situación, así como entendíamos innecesaria la demostración del interés afectivo para justificar el derecho al contacto y la comunicación entre progenitores o hijos afines, sí entendemos que la prueba para solicitar el cuidado personal del menor debe ser contundente. No deberán quedar dudas al juzgador acerca de la idoneidad de los progenitores de origen -o de sus familiares directos- para ejercer el cuidado personal; así como de la idoneidad de quien reclame judicialmente ese cuidado. Entendemos que estos pueden ser casos excepcionales, pero que son de factible producción dentro del complejo entramado de las relaciones familiares. Los jueces que homologuen este pedido deberán hacer un seguimiento minucioso de la evolución de la situación. Cualquier expresión en contra del hijo afín o cualquier situación posterior que habilitara a los padres de origen a ejercer el cuidado, deberían ser causales para dar por extinguido el derecho del progenitor afín para que el cuidado personal recaiga en los progenitores del menor. Entendemos que no podría el mismo progenitor afín solicitar el desplazamiento del cuidado personal. Así como los adoptantes plenos un pueden revocar su adopción, el progenitor afín no podría retractarse de tomar a su cargo el cuidado personal del hijo afín cuando así lo hubiera solicitado anteriormente.

Palabras de cierre

La figura del progenitor afín es un elemento positivo para el desarrollo del NNA, de allí que nos parece acertado que el CCC regule su situación y le establezca deberes. Esto implica humanizar el derecho y reconocer que más allá de todo están los afectos entre las personas y los vínculos que se generan, los cuales deben ser aceptados y respetados por el derecho (González Magaña, 2013). Sin perjuicio de ello, entendemos que han sido pocos los derechos que se le reconocen, tanto durante la convivencia con el progenitor biológico como luego de la ruptura. En el primer caso, parece una pauta razonable en el supuesto de desacuerdo hacer prevalecer el criterio del progenitor en caso de desacuerdo, aunque no hubiera estado de más otorgarle la posibilidad de reclamar ante la justicia, en caso de considerar que la decisión que se está por tomar pudiera acarrear un perjuicio grave para el NNA.

Lo mismo ocurre con el derecho a una adecuada comunicación y hasta la posibilidad de solicitar el cuidado personal del menor luego de la ruptura. Aquel afecto sobre el que descansa la relación con los menores y que justifica la carga alimentaria para el progenitor afín, es el mismo sobre el que se asientan estos derechos de naturaleza extrapatrimonial.

En un mundo donde las relaciones humanas son cada vez más complejas se requiere de un esfuerzo mayor por parte de los operadores del derecho para compatibilizar los distintos derechos en tensión. El derecho del niño a vivir con sus padres cede ante el divorcio o la separación de éstos, se flexibiliza; y es aquí donde es necesario desplegar al máximo la analogía a fin de encontrar las herramientas que el ordenamiento jurídico provee en idénticas situaciones que involucran a los progenitores y a los hijos afines. Entendemos que estas mismas previsiones serían de aplicación, en determinadas circunstancias a favor del progenitor afín.

El reconocimiento legal de las familias ensambladas justifica que se realicen nuevas propuestas que puedan ser incorporadas a nuestro actual ordenamiento, tanto para fortalecer como para contribuir a una protección jurídica integral y, cubrir así, los vacíos legales. En este sentido, aun cuando se formulan distintos caminos para brindar soluciones, es de gran importancia legislar y darle verdadera identidad al vínculo entre el progenitor afín y los hijos del cónyuge o conviviente (Briozzo, 2014).

En definitiva, de lo que se trata este Trabajo Final de Graduación es de dejar de lado moldes rígidos y promover una interpretación flexible de la ley que permita llenar sus lagunas y que tienda a proporcionar un marco adecuado para la realización de los derechos humanos; en el caso, con miras a garantizar la protección del interés de los menores, cualquiera sea la forma de familia que han elegido sus progenitores. Ardua tarea tendrán los jueces.

Conclusión

Si algo caracteriza al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación son las profundas modificaciones receptadas en el ámbito del Derecho de Familia, obedeciendo a la armonía normativa de todos los Tratados de Derechos Humanos signados por nuestro país. Estamos siendo testigos de la “constitucionalización del derecho civil”, lo que significa incluir algunos principios generales internacionales en la Constitución Nacional. En nuestro país la institución familiar siempre ha contado con la protección constitucional para fundar los derechos patrimoniales y extramatrimoniales entre ellos -sea entre los esposos como así también respecto de los hijos- y frente a terceros. La familia protegida por la regla 14 bis de la Constitución Nacional y los arts. 16 y 19, en cuanto preservan la igualdad de trato entre todos los individuos y la libertad personal y el espacio de intimidad de cada ciudadano; y por los artículos 16.1, 16.3 de la DUDH (y su preámbulo), art. 17 CADH, 23.2 del PIDCP, preámbulo y art. 3.2, 5, 8 CDN (operativos en función de la regla 75. 22 de la Carta Magna) no podía ya seguir encorsetada en el modelo biologicista y matrimonial instaurado, pues ello implicaba dar la espalda a las múltiples formas de convivencia y relaciones familiares surgidas en la posmodernidad.

También el Código Civil de Vélez Sarsfield reguló los derechos de familia, pero basados exclusivamente entre las personas que hubieran contraído matrimonio, sin reparar en las relaciones concubinarias, a las que no les otorgaba ningún tipo de efectos jurídicos. Con la sanción de la Ley de Divorcio N° 23.515 del año 1985 las relaciones estables de hecho luego del divorcio se hicieron cada vez más frecuentes, lo que inició los reclamos de los particulares y de la doctrina que comenzaron a demandar por el reconocimiento de derechos entre los convivientes. Así, las “familias ensambladas” pasaron a tener reconocimiento legal y regulación de efecto entre los miembros que la componen. De este modo y con el tiempo, diversas leyes fueron reconociendo y ampliando los derechos entre los convivientes, pero sin llegar a regularse íntegramente la relación y efectos personales y patrimoniales entre los concubinos. Además, cabe agregar que a partir de la reforma constitucional del año 1994 se incorporaron los tratados de derechos humanos, y con ellos se amplió la mirada sobre diversas relaciones familiares que se asientan fuera del matrimonio, o que provienen de anteriores matrimonios con hijos de diversos orígenes,

conformando lo que se conoce como “familias ensambladas”, las que deben ser igualmente protegidas. Todos esos cambios normativos impulsaron a la necesidad de adaptar la regulación a una nueva realidad social más dinámica, con relaciones menos rígidas, pero igualmente dignas de tutela.

En esta mirada evolutiva no podemos dejar de destacar la labor de los tribunales, quienes fueron los primeros en reconocer y visibilizar la existencia de diferentes formatos familiares que clamaban por soluciones a sus conflictos. Con distintas resoluciones a través de los años demostraron que aquella familia tradicional, estática, casi inmutable, asentada en el matrimonio heterosexual y con fines de procreación dio paso a una noción más dinámica y cambiante, mucho menos estable y plural, en tanto el concepto jurídico de familia es un dato cultural -no natural o esencial-. La concepción tradicional de familia daba de una sola forma de vivir en familia, dejando de lado otra cantidad de modelos familiares que deben hacer su ingreso al derecho. Así, se llegó a lograr finalmente una regulación armónica y coherente con los textos internacionales que reconoce y brinda protección a diversos formatos familiares y a los derechos que de ellos surgen.

Entre esas estructuras, se reconoce implícitamente a las familias ensambladas y se visibilizan los vínculos gestados en su seno: la figura del progenitor afín como un miembro de esas familias, con derechos y obligaciones legales. Su reconocimiento tiene fuente en la socioafectividad que sirve para ampliar los vínculos jurídicos de carácter familiar, permitiendo reflejar también desde la norma los profundos lazos de amor que unen a quienes, sin compartir vínculos biológicos, se han constituido en figuras relevantes en la historia vital de otro. Con respecto a los progenitores afines, el nuevo ordenamiento adoptó una postura intermedia al reconocerles derechos e imponerles obligaciones, pero siempre limitadas y diferenciables de las que corresponden a los titulares de la responsabilidad parental, aunque excepcionalmente se amplían posibilidades de asunción del ejercicio siempre acotado temporalmente. Por su particular naturaleza, el del progenitor afín, es un vínculo creado en base a la solidaridad familiar, que hace al acompañamiento de dicho progenitor con el hijo de la pareja de éste, surgida de un vínculo matrimonial o de una unión convivencial, lo que no debe asimilarse al parentesco por afinidad.

Entre estos derechos se reconoce que el progenitor afín, al formar vínculos cotidianos con los hijos de su pareja, establece una relación con el hijo afín que se asienta en una especie de posesión de estado por el cual el menor recibe de aquél el trato de hijo. De allí el deber de colaboración en el cuidado personal de las cuestiones cotidianas y la imposición de la obligación alimentaria similar a la del progenitor derivada de la responsabilidad parental, que descansan en el afecto y en la legitimidad que la nueva norma otorga a su función.

Partiendo de esa lógica que asimila –aunque con sus particularidades– sus obligaciones a las de derivadas de la responsabilidad parental, el vínculo del progenitor afín resulta importantísimo en la crianza, guía y socialización de los hijos afines.

Las normas del CCC parecen centrarse en tres ejes: por una parte, prevé una norma general, considerando el interés del niño y, por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgada a un pariente o tercero idóneo. Una vez que la persona acepta la delegación, el acuerdo debe ser presentado para su homologación judicial, debiendo oírse necesariamente al hijo. Por la otra, se prevé una norma específica que determina las funciones y el alcance, para el progenitor afín. De esta forma, 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 con la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que existiera imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuere conveniente que este último asuma su ejercicio. Finalmente, en caso de muerte, ausencia, incapacidad o capacidad restringida del progenitor que no ejerce la responsabilidad parental, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente, colocando al progenitor afín en una posición de mayor participación en la vida del niño. Para estos casos el Código prevé expresamente que el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental se extingue con la ruptura del matrimonio o unión convivencial.

Esta situación nos llevó a pensar que en todos estos casos, la relación afectiva que se genera entre el progenitor y el hijo afines puede verse abruptamente truncada por la extinción de la relación sentimental entre los progenitores. Con esa inquietud, nos

planteamos cuáles son –si los tiene- los *derechos del progenitor afín al cuidado personal del menor luego de la ruptura de la convivencia con el progenitor de origen.*

El ordenamiento sólo menciona expresamente y para casos excepcionales, la continuidad de la obligación alimentaria, y pudimos inferir que el derecho a una adecuada comunicación puede ingresar dentro de las situaciones en la que se deberá demostrar un interés afectivo para fundamentar el derecho de visitas. Expresamos en su momento que nos parecía injusto tener que demostrar ese afecto, ya que según el caso- sea por los años de convivencia, la relación cotidiana, los actos de cuidado, etc.- el afecto puede presumirse. Esa misma presunción es la que fundamenta la figura, la de sumar adultos responsables en la crianza de los menores insertos en una familia ensamblada. Se supone que esos adultos, además de responsables, han sido afectuosos y han generado un vínculo genuino con los hijos afines.

No existe normativa que se refiera al cuidado personal luego de la ruptura. Sin embargo, luego de analizar las normas propias del cuidado personal de los hijos propios, de examinar cómo los juzgados se han pronunciado en estos casos, y teniendo en cuenta el interés superior del niño y su derecho a ser oído de acuerdo a su capacidad progresiva, estamos en condiciones de afirmar que no encontramos obstáculo para que el progenitor siga ejerciendo el cuidado personal del menor luego del cese de la convivencia. Para que esta situación sea posible, deberemos estar frente a casos en los que se demuestre que los progenitores biológicos no representan la mejor opción para criar, educar y guiar a los menores. Aun así, siempre podrán rever los jueces la existencia de cualquier variación en las condiciones sobre las cuales fuera otorgado ese derecho de cuidado personal a favor del progenitor afín no conviviente, para dejarlo sin efecto y desplazarlo a favor de los progenitores. En estos casos, se podrá otorgar al progenitor afín el derecho a seguir manteniendo una adecuada comunicación con el menor.

Lo cierto es que más allá de esta opinión personal, ante la falta de regulación de derechos sobre el cuidado personal de los menores o el derecho de visitas luego de la ruptura, se desconoce cuáles serán los posibles reclamos que los particulares y la doctrina puedan esgrimir para los supuestos en que la prolongación del vínculo y de la comunicación sea querida por las partes.

Podemos decir por ahora que la reforma logró introducir efectivamente un cambio de paradigma positivo acorde a las nuevas realidades a partir del reconocimiento de nuevos formatos familiares, recogiendo la realidad "viviente" y permitiendo ordenarla y organizarla. Es una realidad que las familias ensambladas existen, es una realidad que muchas veces hay un progenitor biológico ausente y es la nueva pareja del padre o madre quienes colaboran con las necesidades afectivas y económicas del niño. No obstante, entendemos que el nuevo ordenamiento debió haber regulado expresamente y con mayor profundidad las cuestiones acerca de los efectos posteriores al cese de la convivencia.

Parece un despropósito hablar ahora de reformas legislativas a tan poco tiempo vista de la entrada en vigor del CCC, pero para una nueva y futura modificación, estas cuestiones –y otras que seguramente surgirán de la realidad cotidiana y que los tribunales deberán resolver- tendrían que ser incorporadas. Siempre se trata, en definitiva, de alentar normas que promuevan la importancia de sumar y respetar vínculos de afecto y que estos sean generadores de reconocimiento en el plano jurídico.

Bibliografía

Doctrina

Chechile, A (2006). *El derecho humano del niño a mantener contacto con ambos progenitores Alternativas en la atribución de la custodia y en el ejercicio de la autoridad parental. Su vinculación con los derechos fundamentales de padres e hijos*. LNBA 2006-2-133.

Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación (2011), presentado por los integrantes de la Comisión, doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, en cumplimiento de los objetivos y plazos señalados por el decreto presidencial 191/2011.

González Magaña, I. (2010). *¿Interés individual o interés familia? Un debate acerca del modo en cómo debe dirimirse la tenencia de los hijos luego de producido el divorcio vincular*, Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, Año 2, número 6, mes de julio de 2010, p. 99.

Grosman, C. (2000). *Familias ensambladas nuevas uniones después del divorcio, ley y creencias problemas y soluciones legales*. Buenos Aires: Universidad.

Grosman, C. y Mesterman, S. (1989) *Organización y estructura de la familia ensamblada. Sus aspectos psicosociales y el ordenamiento legal*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, publicado 1989-2-29.

Jáuregui, R. (2013). *La obligación alimentaria del progenitor afín: Un valiente y moderno fallo señero que marcará la tendencia jurisprudencial de los próximos tiempos*. *Revista de Derecho de Familia y las Personas*, 2013 (marzo), 66. Buenos Aires: La Ley.

Kleiman. (2013) Exposición y material de estudio en seminario de posgrado: *La familia ensamblada en el Proyecto de Reforma*. Facultad de Derecho (UBA). Buenos Aires, página 20.

Medina, G. (2012). *Las diez grandes reformas al Derecho de Familia*, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, N°6, Julio de 2012. Buenos Aires: La Ley.

Méndez Costa, M. J. (1996) *Alimentos y familia ensamblada*. Buenos Aires: La Ley.

Millán, F. (2014). *El progenitor afín y su obligación alimentaria en el nuevo Código Civil y Comercial*, Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación, pág. 29. Buenos Aires: Editorial Erreius.

Solari, N. (2006). *Sociedad de hecho entre convivientes*, LL C – 2006 1028.

Material de Internet

Briozzo, M.S. (2014). *La figura del progenitor afín en la reforma proyectada: ¿superó la falta de lineamientos institucionales que determinan sus acciones?* Recuperado de: http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0012A008_0004_investigacion.pdf el 3/9/2015.

Cazzani, G. y Sánchez, L. (2015). *La figura del progenitor afín y su obligación alimentaria*. Recuperado de: <http://thomsonreuterslatam.com/2015/06/04/doctrina-del-dia-la-figura-del-progenitor-afin-y-su-obligacion-alimentaria-autores-graciela-elizabeth-cazzani-lorena-alejandra-sanchez/> el 3/9/2015.

González de Vicel, M. (2014). *El reconocimiento de los derechos derivados de la afectividad y la realidad en el Código Civil y Comercial de la Nación - Trayectorias familiares ensambladas*. Cita:RC D 1063/2014. Recuperado de: [file:///C:/Users/usuario/Downloads/D%202014%20E1%20reconocimiento%20de%20los%20derechos%20derivados%20de%20la%20afectividad%20AFIN%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/D%202014%20E1%20reconocimiento%20de%20los%20derechos%20derivados%20de%20la%20afectividad%20AFIN%20(1).pdf) 3/10/2015.

González Magaña, I. (2013). *¿Existe obligación alimentaria del padre afín respecto del hijo menor del otro cónyuge? Un aporte a un debate inconcluso*. Cita: MJ-DOC-6275-AR | MJD6275. Recuperado de: www.microjuris.com.

Herrera, M. (2010). *Nuevas tendencias en el derecho de familia de hoy. Principios, bases y fundamentos. Tercera parte*. Cita: MJ-DOC-5598-AR | MJD5598. Recuperado de: www.microjuris.com.

Jurisprudencia

1. C. Nac. Civ., Sala B, 29/8/1980, ED, t. 91, página 101; C. Nac. Civ., Sala B, 28/6/1977, ED, t. 75, página 471.
2. Juzg. Familia N.º 4 Córdoba, “A. S. G. c/ M. V. S. y otro s/ Medidas urgentes”, 28/6/2010.
3. Juzg. Cont. Adm. y Trib. N.º 14 Ciudad de Buenos Aires, “D. G. F. v. ObSBA s/ Amparo”, 17/2/2014. MJJ97835.
4. CIDH, “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”; 24/02/2012.
5. Juzg. Cont. Adm. y Trib. N.º 14 Ciudad de Buenos Aires, “D. G. F. v. ObSBA s/ Amparo”, 17/2/2014. MJJ97835.
6. Cám. De Apelaciones en lo Civ.Com.y Minería Gral Roca,5/3/2003.LL Patagonia 2003-102.
7. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica, 28/11/2012.
8. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores (Buenos Aires), SCBA, “M., G. R. c/ E., A. I. L. s/ régimen de visitas”, 28/7/2004.
9. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “F. L. c/ L.. V s/ recurso de hecho”, 15/11/2005. Cita: MJ-JU-M-14676-AR | MJJ14676 | MJJ14676.
10. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala: J, “Y. S. c/ G. s/ homologación de acuerdo”, 30/12/2015. Cita: MJ-JU-M-96989-AR | MJJ96989 | MJJ96989.
11. CIDH; "F., e Hija v. Argentina", 27/4/2012.
12. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Contencioso Administrativo de San Francisco, “G., S. C. c. L., D. s/alimentos” 13/12/ 2012.
13. CCCCom. De Dolores, “L.N.s /Protección y guarda”, 9/9/2008.
14. C. Nac. Civ., sala F, 23/10/1987, LL 1989-A-95.

15. C. Nac. Civ., sala H, 28/4/2003, RDF 2003-25-187.
16. C. Nac. Civ., sala F, 14/2/2002, JA 2002-II-666.
17. Juzg. Paz Letr. Villa Gesell, 5/5/2003, LLBA 2003-1071.
18. C. Nac. Civ., sala F, del 14/2/2002, JA 2002-II-666 Ver Texto
19. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala: K, “V. G. E. c/ T. D. J. s/ aumento de cuota alimentaria”, 4/11/2015. Cita: MJ-JU-M-96068-AR | MJJ96068 | MJJ96068.
20. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala: B, “R. I. c/ M. A. P. s/ medidas precautorias”, 28/8/2015. Cita: MJ-JU-M-95526-AR | MJJ95526 | MJJ95526.
21. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala: B, “R. F. J. c/ A. P. M. E. s/ régimen de visitas”, 20/12/2013. Cita: MJ-JU-M-83966-AR | MJJ83966 | MJJ83966.
22. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, “V. S. S. c. A. N. del V”, 31/5/2006.

ANEXO E - FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

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

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

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	González González, Julio César
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	27.445.669
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	El progenitor afín y el cuidado personal del menor luego de la ruptura de la convivencia con el progenitor biológico
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	gon669@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	-----

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

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

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

Lugar y fecha: Córdoba, cinco de septiembre de 2016.-

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:

_____certifica

que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

M Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial

(Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.