



## **Responsabilidad parental**

### **Familia ensamblada y progenitor afín**

**Alumno: Daniel Adrián Riveros**

**Tutor: Mgter. Carlos M. Villanueva**

## AGRADECIMIENTOS

No hay imposibles en la vida, todo con esfuerzo se puede lograr, no sé de quienes será esta frase o si hay alguna parecida, pero la verdad está inspirada en mi madre, quien me enseñó que con esfuerzo siempre se puede luchar y que el amor es la fuerza más grande que tenemos en este mundo, este día que llega con el mayor logro para mí alcanzado en mi vida personal te lo quiero agradecer a vos madre mía (Alicia) vos que me guiaste y me hiciste creer en imposibles, que aun en tu lecho de muerte me enseñaste a estar firme y sacar una sonrisa, hoy cumplo la promesa que te realice hace varios años atrás.

Hoy llego a la culminación de muchos años de esfuerzos no solo míos si no de mi familia, a ustedes les doy las gracias por estar y comprender cada momento de estudio y de ausencia, a mi esposa, Mariela, mis hijos del corazón Franco y Sol. Ustedes que no solo fueron la fuente de inspiración para este trabajo final, sino que son mi sostén de cada día, gracias por estar y alentarme todo el tiempo.

No quiero dejar de agradecer a mi padre, Daniel, y mi hermano, David, que siempre han confiado en mí, también al resto de la familia, mis abuelos, tíos, primos que han soportado mi ausencia en muchas ocasiones por tener que estudiar.

Quiero darle las gracias a una amiga que me ayudo a que retomara mis estudios, gracias Analía Vita por tu ayuda y apoyo.

Por ultimo y en especial a mi abuelo que desde el cielo me guio en este camino, gracias por el amor que me brindaste, fuiste un ejemplo de padre del corazón como también de abuelo del corazón, siempre estarás presente.

## RESUMEN

El presente trabajo aborda dentro de su contenido a la familia, pero no desde un punto de vista tradicional, sino de uno más moderno como es la familia ensamblada y pretende demostrar la importancia de su reconocimiento y protección por el actual Código Civil y Comercial de la Nación. Para lograr esto será necesario también realizar un análisis de la nueva institución que es “la responsabilidad parental”, la cual viene a traer un cambio más que importante al dar lugar a que en el mismo tengan un protagonismo los progenitores afines que hasta la actualidad se veían excluidos del ordenamiento jurídico. Esta reforma viene a integrar el derecho civil, a lo que se dio en llamar la constitucionalización o democratización del derecho civil, que implicó que nuestro ordenamiento jurídico estuviera a partir de ahora acorde con nuestra carta magna, es decir la constitución de la nación, en la cual se veía amparado este derecho de la familia en el art. 14 bis, pero también a través de los tratados de derechos humanos. A partir de ellos nuestros niños, niñas y adolescentes, pasaron de ser objetos de derecho para ser sujetos de derechos, teniendo en cuenta el interés superior de los mismos. A lo largo de todo el trabajo se expondrá las diferentes posiciones de la doctrina respecto a los principios de la responsabilidad parental y del interés superior del niño, sobre todo en cómo estos dos principios afectan directamente o indirectamente a las familias ensambladas y los deberes del progenitor afín.

**Palabras Claves:** familia ensamblada, progenitor afín, responsabilidad parental, interés superior del niño.

## SUMMARY

The present work deals with the family within its content, but not from a traditional point of view, but from a more modern one such as the assembled family and aims to demonstrate the importance of its recognition and protection by the current Civil and Commercial Code of the Nation. To achieve this, it will also be necessary to carry out an analysis of the new institution, which is "parental responsibility", which brings about a more than important change by giving rise to the involvement of related parents, who until now have they were excluded from the legal system. This reform comes to integrate the civil law, what came to be called the constitutionalizing or democratization of civil law, which implied that our legal system was henceforth consistent with our constitution, that is the constitution of the nation, in which was protected this right of the family in art. 14 bis, but also through human rights treaties. From them our children and adolescents, went from being objects of law to be subjects of rights, taking into account the best interests of them. Throughout the work will expose the different positions of the doctrine regarding the principles of parental responsibility and the best interests of the child, especially in how these two principles directly or indirectly affect the assembled families and the duties of the parent related.

**Keywords:** family assembly, related parent, parental responsibility, child's best interests.

## INDICE

Introducción General.....	Pag. 8
---------------------------	--------

### CAPITULO PRIMERO

#### FAMILIA

1.- Introducción.....	pag 11
2.- Concepto Histórico de familia.....	pag 11
3.- Naturaleza Jurídica.....	pag 12
4.- Distintos tipos de familias.....	pag 14
5.- Función social de la Familia.....	pag 17
6.- Protección Constitucional.....	pag 18

### CAPITULO SEGUNDO

#### RESPONSABILIDAD PARENTAL

1.- Introducción.....	pag 22
2.- Como llegamos a la responsabilidad parental.....	pag 22
3.- Evolución del concepto de patria potestad. ....	pag 27
4.- Concepto de Responsabilidad Parental.....	pag 29
4.1- El uso del lenguaje.....	pag 30
4.1.1-Distintas posturas doctrinarias.....	pag 30
5.- Principios generales de la responsabilidad parental.....	pag 33

6.- Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental.....pag	38
7.- Deberes y derechos de los progenitores.....pag	48
8.- Delegación de la responsabilidad parental.....pag	54

## **CAPITULO TERCERO**

### **FAMILIA ENSAMBLADA**

1.- Concepto..... pag	63
2.- Cuando Surgen.....pag	64
3.- Algunas consideración de la familia ensamblada.....pag	65
4.- Regulación Jurídica de la misma. ....pag	66

## **CAPITULO CUARTO**

### **DERECHOS Y DEBERES DEL PROGENITOR AFÍN**

1.- Introducción y Concepto.....pag	69
2.- Que se entiende cuando hablamos de parentesco por afinidad.....pag	72
3.- Deberes del progenitor afín.....pag	75
4.-Delegación de la responsabilidad parental en el progenitor afín.....pag	79
5.-Ejercicio conjunto de la responsabilidad parental.....pag	81

## **CONCLUSION**

Conclusión.....pag	84
--------------------	----

Bibliografia.....pag 88

## INTRODUCCION GENERAL

La familia, ese primer instituto que dio origen a la sociedad y a sus instituciones, no solo antiguas como era el pater familia, sino hasta las más modernas como es hoy el estado actual.

Esta familia, como todo, se fue transformado a lo largo del tiempo, adaptando y progresando, se puede decir que esta familia evoluciono, pero las instituciones que tenían que ampararlas no lo hicieron, entonces en nuestro ordenamiento se producía una dicotomía entre la reforma de la Constitución Nacional que, al incorporar los tratados de derechos humanos, logro un avance en materia de protección de la misma y el derecho civil el cual en más de una ocasión se vio contrario a la norma. Esto fue así hasta que entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación.

El Código parte de esta noción básica: la familia puede tener origen en un hecho biológico (por ej., lazos que unen a un niño con su progenitora), pero los vínculos jurídicos están condicionados por la cultura de cada sociedad. Por eso, el concepto jurídico de familia, al igual que el de filiación y el de matrimonio, no está atado a "la naturaleza"; depende de las poblaciones, las políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, etc. En otras palabras, aunque distintas formas familiares han existido y existen en todos los pueblos y en todas las épocas, el concepto de familia, como el de matrimonio y el de filiación, es una creación "cultural", no "natural" o "esencial" y, por lo tanto, cambiante (Kemelmajer de Carlucci, 2014)

Es por ello que el Código Civil y Comercial de la Nación, no solo parte de esta noción de familia, sino que además realiza grandes avances, en cuanto los niños, niñas y adolescentes dejan de ser objeto de derecho para pasar a ser "sujetos de derechos", en donde de ahora en más ellos deben ser oídos, en cualquier pleito que los tenga como protagonistas, en donde lo principal es el "interés superior del niño", es decir a esta reforma le importa el bienestar de los menores y deja de lado las cuestiones caprichosas de los mayores. Este tema se analizará a través de las distintas posturas doctrinarias.

Se podrá observar en el presente trabajo, no solo la evolución que sufrió esta familia patriarcal, sino también todos los elementos que nos llevan a tener hoy un instituto como es el la responsabilidad parental, la cual deja de lado la arcaica institución de la patria potestad, que ya ha sido criticada en varios congresos de derecho civil, por ser



una locución latina que denotaba terminológicamente: como el “poder sobre un objeto”, idea más alejada de la actual realidad. Para poder ver esta evolución se pasará a exponer cual es el significado de este nuevo instituto:” la responsabilidad parental” y además los cambios en la locución que significas dejar de lado por ejemplo padraastro, para pasar a ser llamado hoy en día progenitor afín.

Progenitor afín, ¿qué es esta nueva figura?, ¿Cómo surge?, bien este simplemente surge de la familia ensamblada, y es el vocablo para definir a la nueva/o pareja del conviviente o cónyuge que tiene un hijo, producto de anteriores uniones. Esta figura que es totalmente nueva tiene su amparo en el art. 672 del Código Civil y Comercial y del cual se desarrollara todo un capítulo, en cual se tratara de ver las distintas posturas doctrinarias respecto al mismo y también cuáles son sus deberes, algunos aclaro que son el de cooperar en la crianza y hasta poder tomar decisiones siempre que no vayan en contra de los progenitores. Como se puede apreciar esta nueva figura que ha existido desde hace mucho tiempo, pero que antes carecía de una norma o regulación jurídica que lo dotara de protección, ha pasado ahora a tener derechos y obligaciones, las cuales se expondrán en su oportunidad.

La relevancia jurídica de esta investigación es poder lograr una mirada más acaba y por qué no detallada de este nuevo “derecho de familia” y poder conocer más a fondo la problemática jurídica que puede llegar a surgir a partir de esta nueva norma, en especial con la familia ensamblada ya sea que provenga de una unión convivencial o un matrimonio, en donde la figura del progenitor afín toma una importancia relevante a la hora de los deberes y obligaciones de este para con sus hijos afines.

El tipo de Estudio que se realizará será del tipo exploratoria-descriptiva, Es un tipo de estudio sistemático en el que se utilizan todos los recursos disponibles para poder tener mayor precisión en la descripción del fenómeno y así poder abordar el tema de estudio desde el punto de vista de sus rasgos generales. (Yuni-Urbano, 2006).

La elección de este método responde a que en la problemática elegida se cuenta con escasos conocimiento sobre el tema debido que es un fenómeno jurídico con muy reciente implementación y de la cual la Doctrina y la Jurisprudencia todavía no se ha podido explayar demasiado sobre este hecho particular, por lo que se tendrá que analizar varios textos sobre la problemática y además realizar una comparación jurisprudencial y también de la dogmática jurídica anterior a la reforma que dio origen a este nuevo

Código Civil y Comercial de la Nación para así poder analizar como se venía aplicando y con qué criterio a esta situación fáctica las resoluciones jurídicas.

# Capítulo 1

## LA FAMILIA

### 1.-Introducion:

Para poder empezar a hablar de familia es necesario primero hacer una referencia o porque no una breve introducción de esta institución como dice Kemelmajer de Carlucci:

La familia puede tener origen en un hecho biológico, pero los vínculos jurídicos están condicionados por la cultura de cada sociedad. Por eso, el concepto jurídico de familia, al igual que el de filiación y el de matrimonio, no está atado a la “la naturaleza”, depende de las poblaciones, las políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, etc. (Kemelmajer de Carlucci, 2014)

Como se puede apreciar en este capítulo que vamos a desarrollar no solo veremos un concepto lingüístico de familia y jurídico, sino que se observara la evolución que ha sufrido este instituto a lo largo del tiempo desde aquel derecho romano en donde podemos apreciar una primera visión de esta, hasta un concepto que ya no es biológico como decía la Dra. Kemelmajer de Carlucci, y cual nos encontramos no solo en la legislación vigente sino también en la sociedad del siglo XXI.

### 2.- Concepto histórico de Familia:

Para poder definir a la familia empezare por la explicar de dónde proviene la palabra familia, La misma deriva:

Terminológicamente y en sentido estricto familia deriva de *famulus*, siervo, criado doméstico, de donde familia equivaldría al número de siervos de una casa. Pero con familia también se indica el caudal y bienes de la misma, la ascendencia, descendencia y parentela, y por supuesto, el conjunto de personas que viven en una casa bajo la potestad del dueño de ella. En este último sentido según Ulpiano, llamamos familia en sentido propio (*familia propria iure*) a un grupo de personas vinculadas entre ellas por el hecho de estar sometidas a la voluntad de uno solo, el *paterfamilias*. Con un significado más amplio (*familia communi iure*) familia indica el conjunto de todas aquellas personas que habrían estado sometidas a la misma autoridad si el común *paterfamilias* no hubiese muerto. (Ortega Carrillo de Albornoz, 2012)

De esto se desprende la definición de matrimonio que nos da Modestino (digesto 23,2,1) “es la unión del varón con la mujer en consorcio de toda la vida, comunidad del derecho divino y humano”. Como podemos ver el matrimonio era concebido como el acto fundacional de la familia siendo su finalidad la protección de sus miembros y asegurarse a través del mismo la descendencia. No solo tenía un sentido religioso sino también que se lo veía más como una empresa, en donde todos estaban al servicio del Paterfamilias.

Quedando en claro de dónde proviene este término de familia, es necesario ver la evolución que la misma tuvo y para eso podemos seguir a Bossert y Zannoni (2007) quienes nos dicen que, en una primera etapa, la familia se consideraba matriarcal. Este concepto obedecía a que el grupo familiar no se asentaba sobre relaciones monogámicas, sino que la relación sexual existía entre todos los varones y mujeres que componían una tribu, sin distinción. Esto determinaba que se supiera con certeza quién era la madre de un niño, pero no su padre.

Luego, como evolución propia de la institución familiar, aparece lo que se ha dado en llamar la familia sindiásmica, que se caracteriza por la exclusividad de la relación de la mujer con un solo hombre, pero en la cual éste continúa con libertad indiscriminada de relaciones sexuales con otras mujeres.

Por último, en la evolución familiar, nos encontramos con la actual familia monogámica, que se caracteriza por solo dos personas que mantienen relaciones sexuales 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 trajo consigo un orden social y sexual en la sociedad, en beneficio del grupo familiar y del grupo social.

Como se puede apreciar en esta breve evolución-histórica que nos traen estos autores, la familia desde su origen es una construcción cultural más que biológica

### **3.- Naturaleza Jurídica:**

Para poder hacer un enfoque en la naturaleza jurídica es necesario primero ver el concepto que se tiene de la misma en el derogado Código Civil respecto a esto nos dicen, Méndez Costa y Lorenzo de Ferrando (2008) que el concepto de la familia puede formularse desde un doble punto de vista: jurídico y sociológico. a) La perspectiva jurídica nos brinda un concepto amplio: Familia es el conjunto de personas unidas por los vínculos jurídicos emergentes del matrimonio o del parentesco. En este sentido lato la familia comprende tres órdenes de relaciones: las conyugales, las paterno-filiales y las parentales. El Código Civil, aunque no define a la familia, brinda la base para deducir este concepto jurídico amplio, pues de acuerdo a sus normas los vínculos jurídicos no sólo existen entre cónyuges y entre ascendientes y descendientes sin

limitación de grado, sino también entre los colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado.

Ahora bien, como nuestro derecho otorga efectos jurídicos tanto a los vínculos legítimos nacidos del matrimonio como a los que se generan fuera de la unión conyugal, aunque concediendo más derechos a los primeros, lo exacto es que de tal circunstancia se deduce que el concepto jurídico de familia comprende no solo a la familia legítima, sino también a la, que se constituye sin mediar entre los progenitores el vínculo matrimonial, reconociendo la realidad innegable de la familia natural, extramatrimonial o ilegítima, que surge cuando se forma la prole extramatrimonial y genera derechos y deberes recíprocos en la relación paterno-filial consagrados por la ley civil (arts. 1, 8, 9, 10 y 11, ley 14.367; arts. 369, 376 bis, 3545, 3571, 3584 y sptes. del Cod. Civil). Por ello, aunque no medie vínculo matrimonial válido entre los progenitores, la situación jurídica que se crea entre estos y sus hijos tiene un carácter esencialmente familiar, y esas normas legales indican que el hijo extramatrimonial tiene realmente una familia, cuya existencia ha sido confirmada además por la ley 17.711, que a través del nuevo texto del artículo 3585 consagra el derecho de herencia entre los hermanos extramatrimoniales. (Méndez Costa y Lorenzo de Ferrando 2008)

El concepto amplio de familia incluye también a la familia adoptiva, creada exclusivamente por la ley, sin la base del fenómeno biológico. En suma, reiteramos que la familia es el conjunto de personas unidas por los vínculos emergentes del matrimonio o del parentesco, sea este por consanguinidad, legítima o extramatrimonial, por afinidad o por adopción. Como puede observarse en el código Civil derogado y también en su reforma parcial que se produjo por la Ley 17.711, ya se venía deslumbrado una familia de tipo no natural o biológica y en consecuencia empieza a ser necesaria una regulación de los actuales tipos de familias. Como puede apreciarse en este concepto jurídico comprende entonces a las tres clases de familia: legítima, extramatrimonial y adoptiva. (Méndez Costa y Lorenzo de Ferrando ,2008)

Desde una perspectiva sociológica se *restringe* el concepto de familia al núcleo paterno-filial, llamado pequeña familia, o familia nuclear. La familia, en este sentido, se define como la agrupación natural formada por el padre, la madre y los hijos no emancipados por matrimonio que viven con ellos, o que están bajo su potestad, aunque no convivan en el hogar común.

Es por ello que este concepto, deducido de la observación social, tiene más importancia sociológica que jurídica porque se refiere a la familia como núcleo primario de la sociedad, y a este significado aluden los textos de las modernas Constituciones y Declaraciones internacionales que imponen al Estado la protección y defensa de la familia (art. 14 bis de nuestra Constitución; art. 16, inc. 39 *de* la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, 1948; etc.). (Méndez Costa y Lorenzo de Ferrando, 2008)

Como se puede apreciar en la doctrina mencionada *up supra* ya se veía en los estudiosos del derecho que se necesitaba un cambio en lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico es así que también siguiendo a los autores Bossert y Zannoni (2007, pag. 6) nos dicen:

“En un sentido amplio, se puede decir que la familia está conformada por “todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco”

En un sentido restringido, podemos reducir el concepto de familia a los padres y sus hijos menores.

Ahora en una concepción más acorde a nuestro actual ordenamiento jurídico encontramos a Fanzolato que sostiene que:

“La familia es una comunidad natural de personas que se agrupan sobre la base de las relaciones intersexuales que genera la convivencia (Matrimonial o, de hecho) y los vínculos de sangre o nexos biológicos.” (2007, pág. 27)

En esta noción que responde a la realidad actual de nuestro país y de muchos otros países ya sean estos latinoamericanos o europeos, se destaca que la familia constituye una entidad de base natural y cultural, queriendo significar que es una entidad prejurídica y que, por ende, no es una institución jurídica creada o regulada por el derecho.

**4.- Distintos tipos de familias:** Hoy en día la Familia pos moderno o actual como hemos visto anteriormente ha variado mucho, ya no se puede hablar de un solo tipo de familia o unión, sino que esta ahora es tiene muchos modelos entre ellos los que nos distingue Fonzolato (2007):

a). - **La casi extinguida familia patriarcal:** Integrada por una pareja de esposos que convive con toda su descendencia (hijos, nietos, etcétera y sus respectivos cónyuges). También entran en el concepto aquellos núcleos familiares a los que se agregan, entre

los que viven en el mismo hogar, otras personas con las que están vinculadas por lazos parentales o biológicos (tíos, abuelos, nietos, primos) o afectivos (ahijados, criados, amigos). Todavía tiene vigencia limitada, especialmente en zonas rurales. En las ciudades, aunque cada vez con menos frecuencia, se observa también un modelo de familia amplia.

b). - **Familia nuclear matrimonial:** Constituida por la pareja casada que vive con sus hijos comunes, denotando marcada aminoración de contactos y vínculos respecto del linaje (de las generaciones precedentes) y de los parientes colaterales y por afinidad. Este fenómeno aparece junto a la urbanización y se acentúa con los alejamientos que generan las migraciones o traslados por razones laborales o de otra índole.

c)- **Familia nuclear ensamblada o recompuesta:** Conformada por un matrimonio que convive con sus hijos comunes y los hijos extraconyugales o de anteriores nupcias de cada consorte (o adoptivos de uno u otro). En esta hipótesis, las cargas matrimoniales incluyen a los hijos afines que conviven en esa familia nuclear ensamblada.

d)- **Familia matrimonial sin descendencia:** Es decir, una pareja de casados sin hijos en donde el afecto, el amor, la solidaridad, la ayuda mutua y el compañerismo entre sus miembros, cualesquiera sean sus edades, es suficiente fundamento de perduración. La falta de descendencia puede originarse en una imposibilidad o en una deliberada exclusión de la prole por los esposos, pero ello no es óbice para que exista familia.

e). - **Familia nuclear extramatrimonial:** Formada por una unión de dos personas de igual o distinto sexo, no casadas, con hijos comunes. También estas uniones pueden constituir una familia extramatrimonial ensamblada si los convivientes tuvieran hijos de convivencias o matrimonios anteriores.

f). - **Convivencias estables sin hijos:** Teniendo en cuenta la fragilidad del matrimonio, que puede disolverse por el desistimiento unilateral de uno de sus miembros, muchos estiman que la formalización de la unión es intrascendente y constituye uno de los resabios de hipocresía heredada de concepciones sociales perimidas. En este orden de principios, defienden y practican una convivencia sin celebrar el matrimonio, a la que consideran como la genuina y auténtica unión, que sólo está cimentada en la constante y renovada voluntad de convivir. Tales realidades fácticas son reconocidas como entidades jurídicas familiares en muchas legislaciones, tal como es el caso de nuestro país, mientras que en otras se le desconocen efectos específicos. En este sentido,

muchas legislaciones reconocen este tipo de organización familiar basado en la convivencia, incluso no habiendo hijos.

g). - **Familia monoparental:** Se configura cuando un progenitor convive sólo con sus hijos. Puede ser una familia monoparental de origen matrimonial, extramatrimonial o por fecundación con material de donante anónimo. Son formas de familia desconyugalizadas, y a tales situaciones se puede arribar por divorcio, viudez, mera progenitoriedad biológica y no matrimonial, a través de prácticas de fecundación asistida, o en virtud de la adopción unilateral, en donde se satisface el interés de un niño, niña o adolescente que carece de familia o que ha sido abandonado por ella, y también, el legítimo anhelo de paternidad o de maternidad del o de la adoptante que, por los motivos que fuera, no ha tenido descendencia biológica deseada.

h). - **Familia binuclear:** En donde ambos progenitores están separados o divorciados; no conviven entre ellos, pero tienen hijos comunes en guarda compartida y, por ende, dichos hijos conviven indistintamente con cualquiera de sus progenitores.

i). - **Familia protectriz:** Es el grupo cuasi familiar que, constituido sobre la base del vínculo jurídico derivado de la tutela, de la curatela o de la guarda, enlaza al tutor (y su descendencia), al curador o al guardador con el pupilo, menor o persona con capacidad restringida a su cargo o bajo su custodia.

j). - **Matrimonio homosexual** (Argentina, Uruguay, Francia, Holanda, Bélgica, Canadá, etcétera): Pareja de igual sexo con hijos biológicos no comunes o con hijos comunes adoptados o nacidos merced a métodos de fecundación asistida con material heterólogo su homólogo, según las particulares normas de algunos ordenamientos muy recientes, como el nuestro, que admiten la adopción por tales parejas, o que consienten semejantes procedimientos de fecundación asistida.

k). - **Unión de hecho homosexual juridizada con hijos:** Son uniones entre dos personas del mismo sexo, con hijos de cada uno de los convivientes o comunes logrados por los procedimientos antes señalados. Estas uniones pueden perseguir múltiples propósitos, tales como educar a los hijos que tuviesen o que adoptasen; satisfacer sus requerimientos sexuales; conformar un núcleo de consumo, de afecto, de compañerismo y brindarse apoyo material y moral frente a las adversidades de la vida.



l). - **Unión de hecho homosexual juridizada sin hijos:** Constituida por una pareja de compañeros del mismo sexo que conviven en relación de afectividad análoga a la de un matrimonio sin hijos, con independencia de su orientación sexual. Es un modo de existencia familiar adecuado a las aspiraciones y a los caracteres específicos de la pareja. Los derechos familiares de los miembros varían según que la pareja esté o no registrada, o de los pactos de convivencia que consientan, teniendo en cuenta la legislación de cada país.

ñ). -**Convivencias de ayuda mutua:** Otro novedoso modelo de familia introducido hace poco tiempo en el mundo latino por la legislación catalana, son las llamadas convivencias de ayuda mutua destinadas especialmente a las personas de edad que intentan poner remedio a sus dificultades. Se trata de situaciones de convivencias no carnales de personas que, sin constituir una familia nuclear, comparten una misma residencia, unidos por vínculos de parentesco sin límite de grado en la línea colateral, o de simple amistad o compañerismo, y que contribuyen solidariamente a los requerimientos patrimoniales y tareas domésticas del grupo, con voluntad de ayuda mutua y de permanencia.

##### **5.- Función social de la familia:**

La familia tiene fines naturales o religiosos, asimilados por la sociedad, que no siempre están consagrados por el derecho. “Con esta óptica, la familia cumple desde el origen del hombre funciones geonómicas, formativas y de socialización de la descendencia, de solidaridad y ayuda material y moral, y de perpetuación o transmisión de patrimonios”.

La procreación y el destino de reproducción de la especie se cumplen en la familia de manera natural obedeciendo a un instinto o impulso humano de conservación.

De esta manera siguiendo a Fanzolato (2007) poder citar que:

“La familia envuelve la vida entera de la persona, como una sociedad total e integradora que abarca los más diversos aspectos de la vida del ser humano y dentro de la cual se cumplen los fines fundamentales de la vida del mismo. En la familia, el hombre puede realizarse plenamente, como persona; dentro de ella, día a día puede formarse y mejorar, haciéndose cada vez más un ser humano, es decir que la familia le permite su humanización y la búsqueda de su propia identidad. (Fonzolato, 2007)

Desde esta función social que representa la familia y la cual como hemos visto en capítulos anteriores se ha ido transformando o cambiando para dejar ya de ser una familia de tipo biológica para pasar a ser una familia más cultural en la cual era imprescindible que nuestro ordenamiento jurídico se adaptara a la misma para poder no solo brindarle una protección y regulación sino para que esta como tal no perdiera esa función social de la cual es imprescindible en la sociedad, cierto es que si bien hay otros tipos de instituciones que cumplen un rol de culturización como es la escuela, el club, etc., siempre se ha dicho que los valores primarios de respeto, orden, amistad, solaridad, etc. se imparten de la casa, de la familia, ya no importa de qué tipo sea esta, monoparental, tradicional o ensamblada.

Es por esto que es importante que esta misma tenga un código civil y comercial que la proteja que la ampare y sobre todo que se adecue a la norma máxima de este país es decir a la Constitución Nacional, esa misma que contempla en su art. 14 y art, 75 inc. 22, la protección integral de la misma, justamente para que estos valores que imparte no se pierdan y para que sus integrantes sepan que, estén en el tipo de familia que sea, no son contrarios a la sociedad o al orden jurídico y que tienen los mismos derechos, obligaciones y protección que cualquier otra ciudadano o familia en este País.

## **6.- Protección Constitucional:**

Debido que a partir de la reforma de nuestra constitución en el año 1994 nos encontramos con una protección a la familia que antes carecía es así que vemos en el art. 14 bis, que consagra: “...*la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.*”<sup>1</sup>

Pero no solo con este artículo se puede apreciar la protección de la familia, sino que además encontramos también su amparo en las bases de los derechos internacionales, que con la incorporación del art. 75 inc. 22 que habla de los tratados de Derechos Humanos, en los cuales se encuentra también su protección de los que podemos citar los siguientes:

---

<sup>1</sup> Art. 14 bis, Constitución Nacional.

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. IV: “Toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella”.

- Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 16.3: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el estado”.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 10.1: “Se debe conceder a la familia, que es elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo”.

Con ellos se pretendió que nuestro ordenamiento jurídico se actualizara y es por eso que la labor de la doctrina y los fallos judiciales fue adquiriendo cada vez mayor relevancia a la luz de hechos nuevos, como las uniones convivenciales (anteriormente uniones de hecho), y en consecuencia era necesario una reforma de nuestro derecho civil, tal como se produjo.

Dentro de estos no hay que olvidar que uno de los tratados más importantes incorporados en el art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional y que logra introducir un cambio muy significativo en la legislación es el “La convención de sobre los derechos del niño” y que el mismo fue recepcionado por la ley 26.061 de “Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”.

Siguiendo esta línea de análisis podemos citar a la Dra. Herrera (2015) que nos dice con respecto a la reforma de la constitución y como esto influyo en nuestro actual derecho civil:

La última reforma constitucional acontecida en 1994 contiene como uno de sus principales aciertos, la jerarquización constitucional de varios instrumentos internacionales de Derechos Humanos (conf. art. 75, inc. 22, de la CN).<sup>2</sup>

Esta autora a partir de un análisis de esta reforma se plantea el siguiente de interrogante, que es oportunos de compartir en este trabajo, es así que ella nos dice:

---

<sup>2</sup> Herrera, Marisa. Manual de Derecho de las Familias. 2015

***¿Cuáles son las transformaciones que observa el Derecho de Familia al verse interpelado por la obligada doctrina internacional de Derechos Humanos?***

Los cambios han sido sustanciales a punto tal que han dado lugar al llamado derecho constitucional (al cual se le debe agregar el término convencional) de familia. En este marco, se ha sostenido que "los legisladores y los jueces, como representantes de los poderes instituidos, deben ajustarse a las normas supremas al sancionar y aplicar las leyes y, por ende, no pueden decidir siguiendo discrecionalmente su criterio, aunque éste represente al pensamiento o deseo absoluto de las mayorías. Ante cualquier creencia o convicción —insistimos, aún predominante— existe un límite insoslayable: los contenidos esenciales de los derechos fundamentales, universales e inalienables, que propenden al desarrollo de construcciones que reflejen la pluralidad de una sociedad abierta". Sucede que el pluralismo constituye un pilar sobre el cual se edifica el nuevo Derecho de Familia, que parte del reconocimiento social de que existen diversas formas de organización familiar y que todas ellas deben tener su lugar en el ordenamiento jurídico infra constitucional. (Herrera, 2015)

Como se puede observar esta autora, nos deja más que claro que los jueces, quienes tiene a cargo la administración de la justicia y el control constitucional de la misma, son lo que tienen que a través de sus sentencias expresar el actual pluralismo de la familia moderna o pos moderna.

En esta misma sintonía nos encontramos con la Dra. Minyersky (2012) en donde nos dice que partiendo de la realidad y de los usos y costumbres como fuente del derecho, este nuevo Código 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.

Este Código ha incorporado la aparición de los nuevos principios, en especial el de "democratización de la familia" y del de "multiculturalidad", ambos de tanto peso que algunos autores contemporáneos entienden que se ha pasado del "derecho de familia" al "derecho de las familias", en plural. Teniendo, entonces, presente esta nueva concepción de las familias y de la sociedad, las acciones del Estado deben tender a la preservación de esta institución, pilar fundamental en la que son concebidos, ahijados y educados los nuevos sujetos de derecho; ello solamente se logrará a través de la

consideración de los derechos humanos de cada uno de los integrantes de la familia. Es así que este Código respeta, recepta y regula las nuevas maternidades y paternidades que la sociedad ejerce, y acepta en sus usos y costumbres. (Minyersky ,2012)

Por todo lo expuesto anteriormente es que resulta casi imposible hablar hoy en día, de un derecho de familia sin decir que el mismo ha sido constitucionalizado, es que para poder enfocarse en los temas siguientes, del presente trabajo como es la familia ensamblada era necesario primero ver de dónde o con que base se toma este actual derecho de familias, el mismo como se puede observar no solo proviene de una situación real de la sociedad imperante, sino de la reforma de nuestra carta magna que fue la que dio, el punta pie inicial, para que hoy podamos tener un derecho más amplio, más adaptable a las familias actuales es decir a la Familia ensamblada la cual empezaremos a desarrollar en los siguientes capítulos.

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **RESPONSABILIDAD PARENTAL**

#### **1.- Introducción:**

En el presente capítulo ya entrare de lleno en lo que nos aboca en este trabajo final de graduación, es decir en la Responsabilidad Parental, este nuevo instituto que vino a suplantar la “patria potestad”, instituto que estaba en el Art. 264<sup>3</sup>, del Código Civil, derogado y que el mismo establecía, a esta como el conjunto de deberes y derechos que tenían los padres respecto de sus hijos y bienes de estos, como se puede observar esta denominación fue muy criticada por toda la doctrina ya que esta institución implicaba casi un poder absoluto que se tenía sobre el menor, es debido a esto que el actual Código Civil y Comercial de la Nación viene a dar un giro de 180 grados en cuanto ahora ya nuestros hijos no solo son un sujeto pasivo en la relaciones parte-filiales o materno-filiales sino que dejaron de ser: “*objeto de derecho para pasar a ser sujetos de derechos*”, en donde con un derecho más acorde a las normativas de los derechos internacionales, y en este caso especial el de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que nuestra constitución recepta en su articulado y también nuestra legislación a través de la ley 26.061, se pone de manifiesto que nuestros hijos pasaron de ser solo observadores en la familia a tener un rol más protagónico en el cual se les tiene que respetar sus intereses, creencias, etcétera. Siempre en miras de un interés superior de este y no un mero interés egoísta de los padres ahora progenitores.

#### **2.- Como llegamos a la responsabilidad parental:**

A partir de la reforma de nuestra carta magna en el año 1994, se empieza un camino de democratización o constitucionalización del derecho privado. Es así que con la actual reforma que tuvimos en nuestro derecho civil, esto no se podía dejar de lado, por ello en los fundamentos del ante proyecto de la reforma se hizo mucho hincapié en la transformación de este derecho a uno más moderno, pero no solo en el sentido jurídico-dogmático, sino también en cuanto la terminología que se va a empezar a emplear en

---

<sup>3</sup> Art. 264, del Código Civil, derogado y que el mismo decía “*La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos...<sup>3</sup>, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado...*”

este derecho civil, un ejemplo de ello es donde el termino padrastro y/ madrastra ya no se usa más y ahora es el progenitor afín, también en donde la terminología de Madre o Padre, fue sustituida por una más igualitaria en la cual empieza a denominarse: Progenitores, esto resulta así puesto que se tiende a que la terminología no tenga un carácter denigrante ni de exclusión sino más igualitario a la hora de hablar de ciertos sujetos o actores jurídicos.

Si bien estos cambios son importantes se puede decir que su mayor avance se produce en los niños, en donde estos toman un papel protagónico y dejan de ser meros sujetos pasivos de derechos para ahora estar en la relación familiar como sujetos de derechos.

La Dra. Medina, Graciela,(2012) nos dice que respecto a “La mayoría de las instituciones del Derecho de Familia han sido reguladas con anterioridad a la vigencia de la Constitución del año 1994 que incorpora a su texto los tratados constitucionales vigentes hasta ese momento, por ende las disposiciones constitucionales y supraconstitucionales de los tratados de derechos humanos deben ser incorporadas al Código para hacer que este sea congruente con ellas y evitar que los jueces deban indicar la inconstitucionalidad de las normas civiles desajustadas al derecho constitucional, como ocurre por ejemplo con la negativa de la legitimación de la concubina para reclamar el daño moral ante la muerte de su conviviente, para citar uno de los múltiples casos que se dan en los tribunales.(Medina, 2012)

Sin llegar a un análisis profundo respecto de la reforma que sufrió nuestro actual derecho civil y de la que todos ya nos hemos hecho eco, y con el solo fin de entender el porqué de estos cambios pasare a citar a un par de los autores más importante que tuvo esta reforma como en el caso de la Dra. Kemelmajer de Carlucci,(2014) quien nos dice que el anteproyecto sigue de cerca la evolución producida y la aparición de nuevos principios, en especial, el de "democratización de la familia", de tanto peso, que algunos autores contemporáneos entienden que se ha pasado del "derecho de familia" al "derecho de las familias" en plural; 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. Por eso, la familia clásica con base en el matrimonio heterosexual debe compartir el espacio con otros núcleos sociales que también constituyen familias, como, por

ejemplo, las fundadas a partir de una unión convivencial, las que se generan tras la ruptura de una unión anterior, habiendo o no hijos (conformación familiar que se conoce en doctrina —y en menor medida, en la jurisprudencia— como "familia ensamblada". - (Kemelmajer de Carlucci, 2014)

Sin tener que agregar mucho más a estas palabras de la autora citada, es dable entender que uno de los motivos del cambio y de la reforma se basa básicamente en poder encuadrar y regular entre otras cosas a la familia ensamblada. Tanto es así que la misma autora continúa diciendo: El Código, entonces, respeta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que enfáticamente afirma: "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". "Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico. (Kemelmajer de Carlucci, 2014)

Como se podrá observar en los autores citados anteriormente, no solo se necesitaba una actualización del derecho civil, por estar este desactualizado, a las nuevas realidades sociales que imperan en la sociedad actual, sino que también los cambios introducidos por la reforma constitucional prácticamente obligaron a que gran parte del código quedara en contra de esta norma, para ver un poco mejor esto el Dr. Lorenzetti, Ricardo (2014). Nos brinda una breve explicación del porqué y como se produjo y elabora esta reforma y su contenido. Nos dice es importante señalar que en la comunidad académica de Argentina existe un consenso muy amplio sobre la necesidad de una reforma de este tipo. Tal acuerdo fue expresado en siete proyectos presentados a lo largo de muchos años y respaldado en numerosos congresos nacionales e internacionales. Nuestra Comisión utilizó todo ese caudal de conocimientos, más la consulta a casi cien juristas argentinos y tres extranjeros. A ello cabe agregar el importante trabajo del poder judicial, que adelantó muchísimas de las reformas que se introducen, y del legislativo, que avanzó con varias leyes dictadas con anterioridad, que ahora se incorporan. (Lorenzetti. 2014)

Este autor nos sigue diciendo lo importante de esta reforma y que la labor del jurista es siempre fundamental a la hora de la interpretación de la norma jurídica a aplicar, que



no solo se puede detener en lo puramente establecido por la norma tipificada. Por ello nos sigue diciendo el código Civil y Comercial de la Nación establece la necesidad de una decisión judicial razonablemente fundada mencionando una pluralidad de fuentes que exceden su propio texto, lo cual lleva a un necesario diálogo entre ellas. Por esta razón se dispone (Art 1) que en esta materia deben tenerse en cuenta la Constitución, leyes, tratados de derechos humanos y la finalidad de la norma. Asimismo, dispone que la ley debe ser interpretada (Art 2) teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos de modo coherente con el ordenamiento. Finalmente, el deber del juez de resolver mediante una decisión razonablemente fundada (Art 3). (Lorenzetti, 2014)

De lo expuesto se desprende que la labor de todos los juristas como miembros y auxiliares de la justicia, no es quedarse, al menos en algún caso concreto, con lo que establece solo la norma, sino se tiene que tener una actitud de investigación y ahínco con respecto al tema que les toca solucionar, vivir o ayudar, según el caso. Sobre todo cuando se refiere a temas de familia en donde antes se notaba que los juristas (no todos al menos) no se interesaban, o se ponían a veces a pensar en los menores, es decir en los niños, niñas y adolescentes que pudieran encontrarse en medio de un conflicto familiar ya sea este: por temas de separación de los padres, etc. , ahora este nuevo código exige no solamente a los jueces que se empiecen a entrometer ,entendiendo esta no como intromisión en lo ajeno sino como una forma de poder escuchar, y saber los intereses de los niños, niñas y adolescentes, es decir a los hijos de estas familias, quienes son siempre los más perjudicados en las relaciones familiares, estos protagonistas que hasta ahora no eran escuchados, que no se sabían de sus inquietudes, sino que muchas veces eran utilizados como medios para una negociación en un pleito, ya sea este de divorcio, cuota alimentaria, etc.

Estos hijos que más de una vez se sintieron como una especie de maleta que unos días estaba con un padre y al otro con el otro, o también se encontraban con la dicotomía de que por querían, por dar un ejemplo, ir a un paseo y les respondían, ha no se ese día te toca con tu papá, pregúntale a él? , o por qué no decir, que sucede con mayor frecuencia, y sigue pasando hasta ahora, cuando este le dice a su madre o padre que no se quiere ir con el progenitor que le toca la visita, sin embargo no tenía opción e igual se tenía que ir porque así se había establecido en el régimen de visitas. Estos ejemplos

y muchos más que se podrán imaginar o haber vivido son una simple, forma de explicar el sufrimiento que padecen no solo los hijos sino también a veces los propios padres.

A partir de esta reforma no solamente los jueces tienen que decidir siempre por el bienestar superior de este o mejor dicho en el interés superior del niño, niña y adolescente, tal como lo prescriben no solo normas del derecho interno si no también internacionales.

En esta línea de pensamiento nos encontramos con el Dr. Mizrahi (2015), quien nos dice que es un deber de los jueces acercarse a los hijos, escuchar su voz y asegurarse de que estén al tanto de los acuerdos pertinentes que les atañen. El empleo de esa actitud renovadora, por un lado, permitirá que la justicia cumpla un papel preventivo y orientador, recorriendo caminos intermedios que eviten, quizá con posterioridad, la adopción de soluciones más drásticas. Más por el otro, el acercamiento del juez a los niños nos prevendrá contra las eventuales actuaciones de estos cuando se encuentren atravesando un malestar profundo, de orden existencial, producto de la crisis que padece el núcleo familiar. (Mizrahi, 2015) Se puede observar que el autor realiza un hincapié en la función de prevención y orientador que tiene que tener la labor judicial respecto de los niños.

Siguiendo a Mizrahi (2015) quien nos realiza una breve síntesis respecto, a lo que establece la ley 26.061 y nuestro actual Código Civil, nos dice que si tenemos en cuenta que el art. 2º, *in fine*, de la ley 26.061, establece que los derechos y garantías de los niños consagrados en esa normativa son de “orden público”, “irrenunciables” e “intransigibles”, no cabe sino concluir acerca del deber que asiste a la judicatura de *intervenir de oficio* en toda cuestión que se halle involucrado un niño, para evidenciar que se ha atendido efectivamente al desarrollo de su personalidad, que no se ha afectado su vida privada e intimidad, y que se opinión pudo canalizarse de manera adecuada en el seno familiar. De ahí que el principio de oficiosidad se instaura en el Código Civil y Comercial (arts. 706 y 709) y, en este mismo cuerpo, se ordena la prevalencia del interés superior del niño (Mizrahi, 2015). En estos renglones nos describe que el poder judicial y sus órganos no solo tienen que actuar de pedido de parte, sino que a este también le cabe el deber de intervención de oficio y que dicha intervención nunca puede resultar una intromisión a la intimidad de las personas, sobre todo cuando está en peligro la salud, tanto física, psíquica, de los niños/as y/o adolescentes.

### **3.- Evolución del concepto de patria potestad y el uso del lenguaje:**

El Código de Vélez Sarsfield, en su redacción originaria, se conceptuaba a la entonces llamada patria potestad, como el conjunto de los derechos de los padres respecto de las personas y bienes de sus hijos menores no emancipados. Esta noción respondía al criterio imperante en la época de redacción del Código acerca de la relación entre los padres y los hijos, en virtud de la cual estos no gozaban de derechos ante aquellos; pues lo determinante en la estructura del grupo familiar era la voluntad del padre de familia.

Los conceptos cambiaron en virtud de la transformación en la vida en sociedad, y en 1919 la ley 10.903 introduce una profunda modificación a la noción de la llamada patria potestad, ya que esta es considerada en virtud del nuevo texto, el conjunto de derechos y obligaciones que corresponde a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos.

Esta noción adecuada técnicamente, se mantuvo en el régimen de la ley 23.264, no aludiendo a obligaciones, concepto propio de las relaciones patrimoniales, sino a deberes y además ponía el acento en el interés del hijo, desde cuya perspectiva, en definitiva, habrá de ser analizado todo conflicto que se suscite durante el ejercicio de la patria potestad.

Así definía a la patria potestad como:

El conjunto de deberes y derechos que corresponde a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su formación y protección integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.

Con la sanción del Código Civil y Comercial, se modifica la denominación patria potestad por responsabilidad parental, “lo que resulta más adecuado a la realidad de nuestros días para describir las relaciones entre los progenitores y los hijos.

Al respecto la Dra. Herrera, Marisa (2015) nos da una breve reseña o introducción del porqué del pasó del concepto de “patria potestad” al actual de “responsabilidad parental”, en donde los tratados de derechos humanos tienen una relevancia importante y que, dentro de estos principios, “...la democratización de las relaciones familiares, por un lado, y la autonomía de los miembros de las familias por el otro, llevan a reformular la vinculación entre padres e hijos. Tradicionalmente, esta relación fue definida a partir del concepto de patria potestad, como referencia al reconocimiento de

un poder del padre de familia sobre sus hijos menores de edad. (Herrera. 2015). Es así que a partir de este concepto que ya se vio que fue muy criticado, y en donde los hijos matrimoniales como extramatrimoniales no tenían la misma regulación o derechos. Esto recién cambio, con la reforma del año 1985 a través de la ley 23.264 la que culminó el proceso de igualación de los hijos independientemente de su origen (filiación matrimonial o extramatrimonial), otorgándole una nueva lectura a la "patria potestad" a través del art. 264 del Código Civil., donde se la definió como "el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.( Herrera, 2015)

Es a partir del art 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño con jerarquía supra legal (conf. art. 75, inc. 22 de la CN) que dice: "Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño y su preocupación fundamental será el interés superior del niño" (Herrera, 2015)

Frente a este contexto, el proceso de humanización del derecho privado y sus principios constitutivos, obviamente iba a hacer mella en los conceptos tradicionales; así, la consideración de los niños como sujetos de derecho exigiendo en cada decisión que los involucre respetar su interés superior (art. 3º, CDN); el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser oídos (art. 12, CDN) en todas las cuestiones que hagan a su interés; y el principio transversal de igualdad en las relaciones familiares, que se refiere no sólo a las relaciones entre adultos —cónyuges o convivientes—, sino también a sus roles como padres; el principio de autonomía personal en el ámbito familiar y la solidaridad familiar fundadora de nuevos deberes/derechos. A esto se agrega el impacto que también recibe el derecho de infancia y todas las instituciones que involucran a niños y jóvenes, a partir de la sanción de la Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, que contiene entre sus principios centrales el mencionado interés superior del niño y, como parte integrante de éste, la consideración obligada de su condición de sujeto de derechos, y la posibilidad de ejercerlos conforme su madurez y grado de desarrollo.(Herrera, 2015)

Por lo expuesto es que la autora citada, nos dice que a partir de este cambio se empieza a transformar el concepto de patria potestad.

Así, la noción inicial de patria potestad comienza a mutar al advertirse que los padres ejercen en realidad una función dirigida a posibilitar y asistir a sus hijos en el ejercicio de sus derechos, a acompañarlos para la adquisición de su plena autonomía. **De este modo, se pasa de las ideas de "potestad" y "autoridad" a una responsabilidad que implica justamente poner el acento, por un lado, en la primacía del destinatario—el hijo y sus derechos— y por el otro, en que el ejercicio de este rol por el adulto no puede ser "de cualquier modo" ni basarse en un puro ejercicio de autoridad, sino que se trata de una actuación funcional, dirigida a que el hijo ejerza los derechos por sí.** La actuación de los progenitores comienza a registrar límites cuando se aparta del interés de los hijos, puede serles perjudicial o sea abusiva. (Herrera, 2015) (Lo resaltado en negrita me pertenece).

#### **4.- Concepto de Responsabilidad Parental:**

La responsabilidad parental está definida por el art. 638 que dice: *“Responsabilidad parental. Concepto. La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.”* Código Civil y Comercial de la Nación 2015) Se puede observar a partir de este artículo el cambio que hubo, con respecto al artículo del código de Vélez el cual nos decía que *“La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.”* (Código Civil derogado) Como se puede apreciar en un primer momento no hay gran variación en el concepto. Pero a la hora de ir más a fondo en el mismo es donde vamos a ver cuál es la diferencia sustancial de mismo, y esta empieza principalmente en el cambio del lenguaje que se empezara a utilizar de ahora en más y el cual significa un gran avance en materia del derecho, en donde el mismo no solo tiene implicancias jurídicas sino también valorativas para nuestra sociedad actual. Al respecto me avocare en el próximo punto, para también ir entrando en cómo se produjo

este cambio y que significa este término “responsabilidad parental” no solo a nivel jurídico sino también social.

#### **4.1- El uso del lenguaje:**

Como se puede apreciar desde un comienzo de este trabajo me vengo refiriendo al uso del lenguaje en el actual código, y también se podrá ver que el mismo no es neutro tal como especifican varios autores de la doctrina y no solo de la doctrina actual, sino también cuando estudiamos lógica jurídica, ahí podemos observar los distintos tipos del uso del lenguaje y en especial el lenguaje emotivo y la connotación que tiene el mismo en las personas. Por eso a continuación pasare a exponer distintos criterios de la doctrina con respecto al cambio de la terminología que ha tenido este código con respecto a la responsabilidad parental.

##### **4.1.1-Distintas posturas doctrinarias:**

Entre la doctrina encontramos varios exponentes en los cuales casi la mayoría, por no decir todos, están a favor de este cambio que introdujo la ley 26.994 entre ellos nos encontramos a los siguientes autores:

Dr. Lorenzetti, Ricardo (2014) nos dice como el lenguaje no es neutro, el Código reemplaza el término “patria potestad” por el de “responsabilidad parental”, de conformidad con varios principios constitucionales-internacionales, como ser: 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, todos ellos, en el marco de la obligada “democratización de las relaciones familiares”, entre ellas, el vínculo entre padres e hijos que ya no gira en torno de la noción de “potestad” o “poder”, sino de “responsabilidad”. No se trata sólo de un remplazo terminológico, sino que implica un replanteo de la relación paterno filial a la luz de la doctrina internacional de los derechos humanos. A esta institución ya no se la observa como un poder de los padres sobre los hijos, sino que la noción de *responsabilidad parental* permite visualizar a esta figura como una función de colaboración, orientación, acompañamiento e, incluso, contención, instaurada en beneficio de la persona menor de edad en desarrollo para su formación y protección integral. (Lorenzetti R. L., 2014)

Dentro de esta misma línea y con un pensamiento casi similar al autor expuesto up supra nos encontramos con la Dra. Herrera, Marisa (2015) quien nos dice que No es un detalle menor la modificación del "nombre" de la institución; el lenguaje no es neutral y los términos jurídicos tienen que ir de la mano de los cambios que la sociedad registra respecto de los roles familiares. La denominación "patria potestad" no refleja el significado que esta nueva función tiene; es que, en consonancia con la condición de personas en pleno desarrollo madurativo, los hijos pueden ejercer sus derechos y los padres deben acompañarlos, teniendo en cuenta sus distintas etapas y la consecuente capacidad de comprensión y discernimiento..." (Herrera, 2015)

Siguiendo en la misma corriente nos encontramos al Dr. Mizrahi Luis (2015) quien nos dice, que la terminología resulta harto importante en las regulaciones jurídicas. Precisamente en los fundamentos del anteproyecto del Código – finalmente convertido en el Código Civil y Comercial de la Nación conforme a la ley 26.994- se señala que la “incorporación de los tratados de derechos humanos en el bloque constitucional (art. 75, inc. 22, Const. Nacional) ha tenido un fuerte impacto en las relaciones padres e hijos” y que “*el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico*” y, por eso, se promueve un trascendente reemplazo en las expresiones. (Mizrahi, 2015)

No cabe duda de que la denominación “responsabilidad parental”, que emplea el Código Civil y Comercial, responde a las nuevas exigencias sociales. Hoy es insostenible pretender mantener una rigurosa verticalidad en la organización familiar, lo que se dio paso a otro esquema más horizontal. Los niños- sujetos de derecho- abandonan su condición de sujetos pasivos para interactuar activamente mediante relaciones de coordinación. (Mizrahi,2015)

Agregaremos, por otro lado, la indudable contribución que el cambio terminológico ha de aportar a las relaciones paternas y materno-filiales. Es verdad que esta sustitución ha de cooperar en la transformación de las creencias y que, por ende, ejercerá una indudable influencia en las actitudes y comportamientos. Es que – de un lado- ayudara a eliminar; pero, por el otro, la expresión “responsabilidad” nos indica que la necesaria orientación del hijo en el camino de la autonomía no ha de significar un dañino permisivismo, un exceso de libertad, ya que – si así fuera. No habrá propiamente el ejercicio de una función sino, antes bien, la abdicación de ella. (Mizrahi, 2015)

Y a modo de cerrar tantas voces a favor de este cambio, no solo jurídico, sino también coloquial citare a los Dres. Notrica y Rodriguez Iturburu (2015), quienes nos dicen que, Como punto de partida, y antes de comenzar el análisis de estos cambios previstos en materia de responsabilidad parental, es menester destacar la imperiosa necesidad de adecuar la terminología como corolario de la visión constitucionalizada del derecho privado. Los mismos fundamentos del Proyecto hacen especial hincapié en que “el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico; por esta razón, se considera necesario reemplazar la expresión ‘patria potestad’ por la de ‘responsabilidad parental’, denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos.

Ya lo decía Elizabeth Jelin, el lenguaje no es neutral y en esta mirada abierta, humanizada del derecho de familia corresponde adaptar aquellos términos que hacen al instituto para que así capten el interés protegido: el hijo y sus derechos.

Este reemplazo obedece a que el viejo concepto 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.

Voces doctrinarias hace tiempo ya denunciaban que el término “patria potestad “se encontraba perimido, pues aludía a un tipo de relación entre padres e hijos bien alejado de la actual que se sustenta en el principio de democratización de la familia y de la concepción de los niños como sujetos plenos de derechos.

Claramente, observamos que este reemplazo no solo es terminológico, sino que focaliza la transformación de fondo que se ha sucedido en la vida y en la dinámica intrafamiliar, particularmente en la relación y vínculo entre padres e hijos, como también en los fines y alcances de la institución en análisis a la luz de la doctrina internacional de los derechos humanos...” (Notrica e Iturburu, 2015)

Todos los argumentos expuestos con respecto al cambio de lenguaje en derecho civil, es notorio que no solo obedece a un cambio social, sino también a una adecuación a la normativa vigente respecto a los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Como así también respecto de las leyes nacionales de protección de los niños/as y adolescentes.



Es decir, la responsabilidad parental, era un cambio que se venía sosteniendo desde mucho antes de que se planteara la necesidad de la reforma de nuestro derecho civil. Este cambio viene y trae consigo nuevas perspectivas no solo en cuanto el lenguaje en sí, sino que también es más inclusivo en cuanto el vocablo progenitores hace referencia a las familias que tiene padres del mismo sexo.

También se observa que esta responsabilidad parental, viene con una autonomía progresiva del niño, ya como sujeto de derecho y no como objeto de derecho. Esta responsabilidad parental implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño, niña o adolescente

En cuanto a voces en contra solo logro resaltar lo que no dice la Dra. Medina, Graciela (2014) quien, Considera que la denominación de “patria potestad” por sus remotos orígenes y su recepción social, excede el mero marco de su sentido literal para individualizar la institución en sus verdaderos alcances y que el instituto lejos estaba de asemejarse a la potestad del pater familia de Roma. Por ello pretender sustituirla por la mención responsabilidad de los padres resulta injustificado, por la falta de arraigo de la expresión en la sociedad para la cual se legisla, además que tal denominación puede reflejar la errónea idea de la responsabilidad de los padres por los daños y perjuicios de los hijos menores la que evidencia una limitación excesiva. (Medina, 2014)

Se puede observar que la autora resalta que la terminología responsabilidad parental, va traer aparejado un error conceptual, en cuanto este se podrá confundir con la responsabilidad por daños que pesan sobre los padres.

##### **5.- Principios generales de la responsabilidad parental:**

Nuestro actual Código Civil y Comercial de la Nación, recepta los principios generales en los que debe reposar la responsabilidad parental, directamente de la declaración de los derechos de los niñas, niños y adolescentes, que tiene en nuestro ordenamiento jurídico rango constitucional y que además también se ven amparados en la ley 26.061 (arts. 2º, 3º, incs. b y d, 24 y 27). Es por ello que el art. 639 del C. C. C.N. establece: “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.<sup>4</sup> A partir de estos principios que rigen ahora nuestra vida cotidiana es necesario verlos con más detenimiento para lograr así una mejor comprensión de los mismos. Para ello realizare una comparación de cada uno de ellos, con diferentes autores de la doctrina argentina. Empezare por el primero:

**a.-Interés superior del niño:**

Con respecto a este principio la Dra. Herrera, Marisa (2015) nos dice:

El interés superior del niño: objetivo a cumplir no sólo en las resoluciones judiciales sino también en el ámbito del hogar. A la hora de definir al concepto general que surge del art. 3º, CDN, la ley 26.061 lo desarrolló señalando que comprende: "a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y a 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". Se aclara además en función de la prevalencia de este interés superior que "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". (Herrera, 2015)

El Dr. Lorenzetti, Ricardo (2014) nos dice, "que luego de definir que es o cual es el objetivo de la responsabilidad parental, el Código regula los distintos parámetros que actúan como una suerte de límites en el accionar de los progenitores y, a la vez, sirven de pautas de interpretación para los operadores jurídicos...". Por ello este autor define a cada principio de la siguiente manera.

---

<sup>4</sup> Art.639 Código Civil y Comercial de la Nación

Con respecto al Principio del interés superior del niño, dice que el principio del interés superior del niño es consecuencia directa del reemplazo de la *situación irregular*, que observaba a los niños como objetos de protección, por la doctrina convencional de la *protección integral*, que conlleva su consideración como sujetos de derecho en pleno desarrollo. En el ámbito de la responsabilidad parental, es decir, del vínculo entre padres e hijos, todas estas variables que encierra el “interés superior del niño” se observan con mayor intensidad. Se intenta que este principio proporcione un parámetro objetivo que permita resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño. (Lorenzetti R. L., 2014)

Se puede observar que de los dos autores anteriores se desprende lo mismo, hoy en día los niños pasaron a ser sujetos de derecho y siempre va a prevalecer el interés superior de estos, en los cuales el derecho de ser oído, principio que se vio anteriormente, se pone de manifiesto a la hora de saber cuáles son las pautas que necesita o requiere el niño ya no por intermedio de sus representantes “progenitores” sino por medio de ellos mismos como sujetos de derechos.

**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:**

Cuando se habla de la autonomía progresiva del hijo, se refiere la norma, al grado de madurez que van adquiriendo los niños, en un principio por el mero trascurso del tiempo, es decir se puede establecer que los menores conforme lo cita el texto normativo, en cual se establece que a partir de los 13 años los adolescentes ya adquieren una libertad de ejercicio del derecho para realizar determinados actos, en la vida cotidiana. Ahora bien, respecto de esto no podemos quedarnos cuando hay intereses contra puestos a estos menores, esperar que se den los requisitos del derecho civil para ver la autonomía, sino que esta es progresiva y gradual siempre conforme a su grado de madurez. Que quiere decir, que conforme un niño o adolescente tenga un cierto grado de madurez ya sea este que tenga 10, 5 o 13 años, el mismo va tener que ser oído y su criterio tenido en cuenta y siempre tiene que prevalecer, el interés superior de este.

Al respecto la Dra. Herrera (2015) nos dice El principio de autonomía progresiva impactó en la noción clásica de patria potestad entendida como poder sobre los hijos,

en relación vertical y autoritaria. De manera básica, la autonomía progresiva se refiere a la posibilidad que van adquiriendo los niños para tomar decisiones sobre sus derechos fundamentales, conforme el alcance de un cierto grado de madurez y desarrollo, que tiene que ser valorado en cada caso concreto (art. 5º, CDN, art. 3º, 19.a, 24, 27, ley 26.061). Este desarrollo se adquiere, como lo dice la palabra, progresivamente, conforme la evolución personal de cada niño, y esto va a determinar entonces distintos grados de autonomía según los distintos niños. La autonomía progresiva puede graficarse con los escalones de una escalera que conducen a la autonomía plena, la que se entiende adquirida para el derecho el día en que se cumple la mayoría de edad. En cada escalón el niño o adolescente podrá ir ejerciendo distintos derechos, según el grado de madurez y desarrollo que se necesite para cada uno de ellos. (Herrera, 2015)

Se puede observar que, al hablar de autonomía progresiva del niño en la autodeterminación de sus derechos, exige un paso previo imprescindible: garantizar su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta; en todo ámbito personal, familiar, comunitario, administrativo, judicial y cualquiera sea la decisión a adoptar. El código civil y comercial introduce estas garantías en su art. 26 al disponer que la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona. (Herrera, Marisa 2015)

Es notorio que los principios rectores de la autonomía progresiva y el de ser oído, son como las dos caras de una misma moneda, uno no puede estar sin el otro.

Es por ello que Dr. Lorenzetti, (2014) dice que el mentado principio implica la participación del niño en la realización de sus derechos, siempre de acuerdo con el grado madurativo y discernimiento alcanzado. Ahora bien, su inclusión significa la disminución de la distancia existente entre Derecho y realidad, al revelar que las necesidades de los niños y adolescentes *son diferentes* a las de los adultos, y que por ello merecen los primeros un plus de derechos y de protección. (Lorenzetti, 2014)

Así, al entender que el niño tiene derecho a desarrollar progresivamente el ejercicio autónomo de sus derechos, se supera el vetusto argumento que consideraba a los padres detentadores de una *cuasi propiedad* sobre sus hijos. A medida que el niño crece, adquiere discernimiento para comprender el sentido de sus acciones, y, al mismo tiempo, ello implica darle la posibilidad de ejercer y defender sus derechos, siendo así

partícipe directo de su propio proceso de desarrollo y madurez. En suma, la noción de autonomía progresiva no está sujeta a una edad cronológica determinada, sino que habrá que verificar en cada caso el discernimiento del niño, su madurez intelectual, psicológica y el suficiente entendimiento. (Lorenzetti, 2014)

**c.- El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez:**

Ya se habló un poco de este principio cuando vimos la autonomía progresiva del menor, pero para dejar un poco más claro de que trata la Dra. Herrera (2014), nos brinda una breve explicación al decir que el derecho a ser oído que se desprende de un derecho más general como lo es el de participación de niños, niñas y adolescentes — consecuencia ineludible de su condición de sujetos plenos de derecho—, involucra dos vertientes: 1) el derecho a ser oído en sentido material, es decir, como sinónimo de escucha, contacto personal o participación a secas, y 2) el derecho a la defensa técnica o participación activa. Esta última es la que involucra la posibilidad de que los niños puedan intervenir con su propio abogado a través de la figura del "abogado del niño" y, por lo tanto, la que mayor complejidad y debate plantea en la teoría y en la práctica. Ambos están presentes en el Código Civil y Comercial con sus particularidades y limitaciones fundadas en la efectiva satisfacción de derechos de niños, niñas y adolescentes. Sucede que es tan perjudicial para los niños silenciarlos o evitar su participación cuando están en condiciones madurativas para hacerlo, como su opuesto: pretender que designen un abogado cuando carecen del discernimiento para intervenir de manera autónoma y en carácter de parte en el proceso que se trate. En este sentido, la nueva legislación civil observa una regulación equilibrada entre ambos extremos que terminan por desproteger a quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad por ser personas en pleno desarrollo madurativo. (Herrera, Marisa. 2015)

En cuanto esto el Dr. Ricardo Lorenzetti (2014) dice que este es otro de los derechos que recepta expresamente la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 12) y reafirma la ley 26.061 (arts. 3, 24 y 27) que es mencionado en varios artículos del Código y que también observa un rol primordial en el régimen de la responsabilidad parental, es decir se trata de un derecho personalísimo, que constituye una garantía

sustancial que fluye de su consideración como sujeto y no mero objeto de derecho, y, en consecuencia, la voz del niño no puede ser reemplazada por la de sus representantes legales o promiscuos. (Lorenzetti, 2014)

## **6.- Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental:**

Para poder comenzar a hablar de este tema, es necesario, aclarar que nos vamos a encontrar con dos conceptos diferentes, primero el de titularidad y después el de ejercicio de la responsabilidad parental, ya que si bien ambos pueden parecer a simple vista como que son sinónimos la verdad es que no lo son, es por ello que a simple vista podemos decir que la titularidad es el conjunto de los derechos y deberes que, en principio, corresponden a ambos progenitores e independientemente, mientras que el ejercicio es la facultad de actuar concretamente en virtud de esos derechos-deberes y que corresponden en algunos casos a uno, o ambos progenitores.

En este punto vamos no solo desarrollar con mayor detenimiento estos dos conceptos y las distintas posturas doctrinarias, también pasare a ubicar en el código civil en el artículo en que se encuentran los mismo, siendo este el art. 640<sup>5</sup>

Si bien en este acápite se verá el inciso, a) que no habla de la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental, no por ellos dejare de mencionar lo que dice la doctrina al respecto de los otros incisos del mismo. Para ello empezare por citar al Dr. Lorenzetti (2014), quien nos brinda una breve introducción del tema, para después explicar con detenimiento cada inciso del art. 640 C.C. y C., al respecto nos dice:

Este artículo enumera las distintas figuras legales que compromete la responsabilidad parental. Paralelamente, se distingue el ejercicio de aquella responsabilidad del *cuidado personal* de los hijos, que es considerado como uno de los deberes y derechos de los progenitores, que se refiere a la vida cotidiana del niño o adolescente. Además, el Código incorpora dos figuras silenciadas hasta ahora en la legislación civil: la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y la guarda, siendo que ambas figuras implican que un hijo permanezca transitoriamente en medios

---

<sup>5</sup> ARTICULO 640.-Figuras legales derivadas de la responsabilidad parental. Este Código regula:

- a) la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental;
- b) el cuidado personal del hijo por los progenitores;
- c) la guarda otorgada por el juez a un tercero

familiares alternativos, para lo cual se debe tener en cuenta lo que dispone la ley de protección integral de derechos de niños y adolescentes con relación a las llamadas “medidas excepcionales” (arts. 39 y ss., ley 26.061). (Lorenzetti, 2014)

### *1-La titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental*

En primer lugar, se menciona tanto la titularidad como el ejercicio de la responsabilidad parental. Pero mientras la titularidad se refiere al conjunto de deberes y derechos que los progenitores tienen en su carácter de representantes legales, el ejercicio se traduce en la puesta en práctica de aquel conjunto.

De esta norma se desprende, claramente, que ambos progenitores son los titulares de un cúmulo de deberes que la ley les impone, y de derechos que ella les reconoce, para la consecución de los fines de la responsabilidad parental, esto es, la formación, desarrollo y protección integral de los hijos. Cuando el niño tiene doble vínculo filial y ambos progenitores conviven, titularidad y ejercicio están en cabeza de ambos. Cuando se produce la ruptura de la convivencia -como se analizará en el articulado siguiente- se puede llegar a desmembrar la titularidad del ejercicio, quedando siempre en cabeza de ambos la titularidad, salvo fallecimiento de alguno o causas graves que traigan consigo la privación de la responsabilidad parental, o sea, la titularidad. En este supuesto de desmembramiento, la titularidad se observa en la obligatoriedad de que ambos progenitores presten el consentimiento para los actos de mayor gravedad o importancia como lo son los que se enumeran en el artículo 645. (Lorenzetti, 2014)

Por su parte, el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos progenitores *conjuntamente convivan o no*, presumiendo Código que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro. Como se analizará en el próximo artículo, ésta es una de las tantas novedades que trae consigo el nuevo texto, ya que se extiende el sistema que el código derogado imponía para los casos de convivencia a los supuestos también de cese de dicha convivencia.

Así, se ha dicho que el divorcio pone fin a la relación conyugal, ya no serán esposos, pero siguen siendo los progenitores de sus hijos y esto es así porque *el divorcio pone fin a un matrimonio, pero no a una familia*. Cada niño o adolescente tendrá dos hogares y dos familias, una con cada uno de sus padres. No hay progenitor *tenedor* y otro *visitante*. Son dos hogares reales que se deben construir con seguridad y continuidad, sin duda una meta heroica, pero indispensable para que ellos puedan terminar lo que

algún día empezaron juntos: la crianza de los hijos, de los hijos de los dos. (Lorenzetti, 2014).

Ya hemos visto la postura del Dr. Ricardo Lorenzetti, con respecto al tema que estamos viendo en este punto y en el cual el autor, hace una larga, explicación del art. 640. Pero para poder ver también otra postura con respecto al mismo pasare a citar a la Dra. Marisa Herrera (2015) quien, también nos brinda una breve introducción, con respecto al ejercicio de la responsabilidad parental, en donde además nos da un recorrido histórico de cómo hemos llegado a esta reforma, para así después poder brindar una explicación mucho más acabada sobre el tema. Sin más palabras pasare a citar a la Dra. Herrera, quien nos dice:

### **Breves antecedentes históricos**

Es necesario distinguir la titularidad de la responsabilidad parental de su ejercicio. La primera refiere a quién/es de los progenitores titularizan los deberes/derechos que conforman esta responsabilidad. Según el derecho civil la titularidad corresponde a ambos progenitores.

Por su parte, el ejercicio refiere a la actuación de dichos deberes/derechos.

Bajo el régimen tradicional, el sistema se estructuró sobre los siguientes ejes:

- Ejercicio de la responsabilidad parental: quién de los progenitores llevaba adelante los deberes/derechos que derivan de su titularidad;
- Tenencia: término empleado por la ley 23.264 para definir quién de los progenitores ejercía la patria potestad y detentaba el cuidado material-convivencial del hijo;
- Derecho de visitas: derecho correlativo del progenitor no conviviente/no ejerciente, quien gozaba del derecho-deber de "visita" y comunicación con el hijo, así como la facultad de oposición —art. 264 ter del Código derogado— a los actos decididos por el ejerciente de la tenencia. (Herrera, 2015)

Un breve repaso histórico nos permite visualizar los cambios y evolución que ha tenido esta institución del derecho civil. En sus inicios, la "patria potestad" fue concebida exclusivamente como un derecho dirigido o pensado en función de los intereses paternos, tal como lo establecía el art. 264 del Código originario de Vélez



Sarsfield. Bajo dicho régimen originario, la mujer resultaba persona incapaz de hecho relativa, de modo que la "patria potestad" no sólo implicaba la prevalencia de la función paterna, sino también del hombre por sobre la mujer en las relaciones frente a sus hijos menores de edad. En el Código originario, los hijos eran clasificados en función del origen de su filiación; así se hablaba de hijos "legítimos" y "naturales", reconociendo no obstante en ambos casos a los padres los mismos derechos y autoridad (arts. 327 y 328). La diferencia se observaba en lo relativo al ejercicio de los derechos patrimoniales, ya que el art. 336 estableció que "los padres naturales no tienen la administración ni el usufructo de los bienes de los hijos". Este ejercicio de la patria potestad se reconocía en forma exclusiva al padre y sólo a falta o incapacidad de éste, a la madre (art. 307). (Herrera. 2015)

La Ley 10.903 de Régimen de Patronato de Menores ejercido por los jueces fue dictada con la finalidad de desplegar un régimen de "protección de la infancia" conforme las necesidades que se derivaban del crecimiento de las ciudades y la multiplicación de las familias urbanas. Esta ley (hoy derogada por ley 26.061), modificó aquella originaria definición introduciendo en primer lugar la noción de obligaciones a cargo de los padres. En cuanto a su ejercicio, se las adjudicó al padre —conforme la visión patriarcal referida— y sólo en caso de muerte o pérdida de la patria potestad, su ejercicio correspondía a la madre. (Herrera, 2015)

La ley 11.357 llamada de Derechos Civiles de la Mujer, implicaba un cambio radical al reconocer la capacidad jurídica de la mujer. Así, esta ley reconoció a la "madre natural" la patria potestad sobre sus hijos con la misma amplitud de derechos y facultades que la madre legítima (art. 2º). Asimismo, la mujer mayor de edad nuevamente casada, conservaría y ejercería la patria potestad de sus hijos de un matrimonio anterior (art. 3º). (Herrera, 2015)

La ley 14.637 suprimió las calificaciones de la llamada "filiación legítima" y extendió los deberes derivados de la patria potestad a los progenitores de los hijos nacidos fuera del matrimonio, y sin distinciones entre estos hijos ilegítimos —adulterinos o incestuosos en el régimen anterior—. A su turno, estos derechos de los padres se limitaron a la prestación alimentaria y al usufructo paterno. (Herrera, 2015)

El cambio trascendental vino de la mano de la ley 23.264 que introdujo el ejercicio compartido de la patria potestad. La norma atendía, así, a la consideración de la mujer

en el espacio familiar en concordancia con las normas internacionales de derechos humanos, en especial la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 16) y la propia Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 9° y 18) que reconoce el derecho de ambos padres a relacionarse y criar a sus hijos.

Ahora bien, de acuerdo al Código Civil derogado —según la ley 23.264— la determinación del ejercicio de la responsabilidad parental recibía diferente solución según la convivencia o no de los progenitores. Así, en el primer caso el ejercicio se reconocía a ambos; si los padres se separaban dicho ejercicio automáticamente se disociaba y concentraba en uno de los progenitores —detentador de la tenencia— y al otro se reconocía el derecho de "tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación". Es por ello que fruto de un largo cuestionamiento doctrinario y jurisprudencial, el Código Civil y Comercial adopta el principio igualitario de ejercicio compartido de la responsabilidad parental; la solución no varía sea que los padres convivan o no. Bajo el régimen anterior se reclamó en forma reiterada y persistente la necesidad de ajustar las normas internas a las disposiciones de los arts. 9° y 18, CDN que garantizan al niño el derecho a mantener con ambos progenitores trato regular, lo que difícilmente se satisface con sistemas que consagran a un progenitor ejerciente y otro lateral o periférico, condicionado por las decisiones del primero y con un poder de oposición de dificultosa eficacia. (Herrera, 2015)

Es así que el art. 9.3 de la CDN reconoce el derecho del niño a "mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular"; el art. 10.2 agrega: "El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres". Por su parte, la ley 26.061 en su art. 7° dispuso que " 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 (...) para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad y, para que, los padres asuman en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones". (Herrera, 2015)

De manera reiterada se advirtió que el art. 264 del Código derogado contrariaba la igualdad de derechos y la equivalencia de responsabilidades de los progenitores en la

crianza y educación de sus hijos, exigiendo una renovación sustancial que receptara estos principios sin distinción acerca de la convivencia o no de los progenitores. Numerosos fallos jurisprudenciales comenzaron a abrir un camino en pos del reconocimiento compartido del ejercicio de la responsabilidad parental frente a la separación de los progenitores. Asumiendo que ambos padres son imprescindibles a los fines de la adecuada formación y sano crecimiento de sus hijos menores de edad, la jurisprudencia empezó a priorizar el reconocimiento compartido de este ejercicio, respetando así "la responsabilidad que sobre ambos pesa respecto al cuidado y educación de los hijos (...) y, además, preserva el fin querido por la ley, de que no sea uno sino ambos padres quienes tomen las decisiones —expresa y tácitamente— atinentes a la vida y el patrimonio de los hijos". Esta noción no sólo respeta el derecho de todo niño a que ambos progenitores se comprometan en su crianza, sino que aporta un importante valor pedagógico al impulsar a los padres a mantener y sostener acuerdos aun frente a la ruptura familiar en pos del interés de sus hijos; saliéndose de la lógica negativa de que un progenitor es el principal y al otro le cabe un rol secundario o periférico. (Herrera, 2015)

Es por ello que la doctrina señaló las ventajas que este sistema compartido representaba para los hijos:

- a. se conserva la residencia de los hijos con uno de los padres, pero ambos tienen el ejercicio de la responsabilidad parental;
- b. se permite una mayor participación de quien no tiene la guarda en el proceso de formación;
- c. consagra un modelo de coparentalidad con iguales derechos y responsabilidades para ambos padres (art. 18 de la CDN) (48);
- d. atenúa el sentimiento de pérdida en el hijo;
- e). evita que existan padres periféricos y reduce conflictos de lealtades en los hijos;
- f. fomenta una mayor y mejor comunicación entre padres e hijos y promueve la participación de hombre y mujer en pie de igualdad en la crianza, en equidad de género.

Así, evaluando ¿cuál es el sistema que responde a la idea de que la ruptura de los padres impacte lo menos posible en la vida de los hijos? La respuesta es clara: el ejercicio de la responsabilidad y cuidado personal compartido. Si mientras los padres vivían juntos, ambos llevaban delante de manera indistinta los actos de la vida cotidiana

de los hijos, tal modo de vida debe mantenerse después de la ruptura. Ya se ha hablado del valor pedagógico de la ley; pues bien, ésa es una de las razones por las cuales la regla es el ejercicio y el cuidado personal compartido; es éste el régimen que mantiene por igual el fortalecimiento y desarrollo del vínculo afectivo con ambos padres. La solución no impide que, en algunos supuestos, en pro del interés superior del niño, los padres acuerden o el juez otorgue el cuidado a uno solo, pero siempre se debe asegurar el debido derecho de comunicación con el otro progenitor". (Herrera, 2015)

Al respecto cabe destacar un precedente de la Cámara Civil y Comercial de Azul del 17/06/2009 en el que se priorizó la atribución de la llamada "tenencia" bajo modalidad compartida, conforme la implicancia manifestada por ambos padres en la crianza de los hijos y el aporte de la escucha mantenida por los niños, que consolidaban opinión en favor de la solución unificadora de este ejercicio contra el principio unilateral por entonces vigente. Esta misma línea es seguida por la Cámara Civil y Comercial de Dolores el 18/03/2008 en el que se reconoció el ejercicio compartido de la responsabilidad parental, independientemente de la mayor o menor extensión de los períodos de permanencia de la niña con cada uno de sus progenitores. En este sentido se afirmó: "Corresponde que ambos padres ejerzan la tenencia y guarda compartida de la menor —como de hecho acontece— mediante acuerdos adultos y equilibrados que privilegien el bienestar de su hija. Así, y por aplicación del principio de la coparentalidad (art. 9°, inc. 2° de la Convención sobre los Derechos del Niño), resulta conveniente que la niña permanezca durante los días de semana con su padre y los días feriados y/o festivos con su madre".

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en fecha 05/12/2007 se pronunció en favor del ejercicio compartido de la responsabilidad parental, considerando que "hace a la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la autoridad en la toma de decisiones que a los progenitores concierne, efectivizar el mejor grado de desarrollo personal de los niños (arts. 6.2 y Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño;( 3 incs. c y d y 9° de la ley 26.061), en particular los derechos de educación y crianza focalizados a satisfacer sus necesidades y respetar las diferentes etapas evolutivas de los niños con sus propios requerimientos y expectativas (arts. 5°, 14.2 y 18.1 y Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño), y garantizar que los niños por la madurez alcanzada, puedan expresar sus opiniones y ser escuchados (arts. 5° y 12, primer párrafo, Convención de los Derechos

del Niño)". Es por tal razón que aparece conveniente "otorgar la tenencia compartida en la que se abra una instancia superadora entre ambos progenitores para decisiones relacionadas con la vida de menor en un marco de diálogo, presidido por la aspiración de máximo bienestar de la misma, desde este nuevo posicionamiento. De este modo la tenencia compartida aportará al progenitor asumir un rol más activo que implique participar en la vida de relación de la hija, colaborar, apoyar, sugerir e incluso decidir en conjunto ambos padres, representando esta investidura un contenido más extenso que circunscribir la cuestión al contacto físico derivado de la convivencia". Lo más importante de este precedente es que la noción de "compartir" fue impuesta por el tribunal y no peticionada por uno o ambos progenitores. (Herrera, 2015)

### **Distintos supuestos de ejercicio de la responsabilidad parental**

El Código Civil y Comercial clarifica (art. 640) las diferentes nociones que involucra la figura de la responsabilidad parental que son:

- La titularidad que corresponde a ambos progenitores;
- El ejercicio de la responsabilidad parental;
- El cuidado personal del hijo;
- La guarda atribuida a un tercero —supuesto de excepción—.

Tal como hemos referido al explicar la evolución de la hoy responsabilidad parental en cuanto a la consagración legal de su titularidad y ejercicio, la denominación y sistema que diseña el Código Civil y Comercial excede una cuestión terminológica o lingüística, para reflejar en realidad el proceso de evolución de la institución, de la mano del reconocimiento progresivo de la condición de sujeto de derecho de los hijos, en tanto personas independizadas de sus padres. En primer lugar, como dijimos, al desplazar la idea de "potestad" en la formulación del término y mutarla por la de "responsabilidad", apunta a calificar expresamente a este ejercicio de derechos y deberes como una auténtica función en interés y beneficio del hijo (conc. arts. 5°, 9°, 18, Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 4°, 7° y concs. ley 26.061). La protección del hijo apunta a las funciones de cuidado y defensa del hijo menor de edad, la formación integral excede los conceptos de "educación" para referir o abarcar todos los planos de la vida del hijo, educación, formación espiritual, desarrollo e inserción

social, adquisición de autonomía, asistencia en el ejercicio de dicha autonomía, participación y construcción de su personalidad en desarrollo. (Herrera, 2015)

Es por ello que el Código Civil derogado reconoció el ejercicio conjunto de la llamada "patria potestad" en caso de convivencia de los padres, es decir para los "hijos matrimoniales" siempre que sus progenitores "no estén separados o divorciados o su matrimonio fuese anulado" (art. 264, inc. 1º). Vemos en primer lugar, que se introducía una distinción atendiendo a la filiación matrimonial o extramatrimonial del hijo, y, en segundo lugar, a la convivencia o no entre sus padres. Frente a la separación, el ejercicio de la patria potestad se concentró en el "padre o madre que ejerza legalmente la tenencia" (art. 264, inc. 2º). Así, sólo se atendía a la convivencia del hijo con uno de sus progenitores como consecuencia de la separación y en éste se concentraba el ejercicio de los deberes y derechos y la toma de decisiones sobre la vida del hijo. En cambio, al progenitor no conviviente se le reconocía en forma expresa el derecho de "tener adecuada comunicación con el hijo y supervisar su educación". Tal como se ha afirmado, este sistema de ejercicio unilateral que importaba la convalidación legal de las acciones de un padre "ejerciente" y un padre "periférico" frente a la toma de decisiones relativas a los derechos del hijo, comenzó a cuestionarse fuertemente desde el escenario no solo doctrinario sino jurisprudencial. Fruto de estos cuestionamientos plasmados en fallos como los citados más arriba, es que el Código Civil y Comercial decide modificar sustancialmente el régimen de la responsabilidad parental a fin de reconocer el mantenimiento de su ejercicio compartido aun luego de la separación de los progenitores. (Herrera, 2015)

Es así que el actual diseño legal es sustancialmente modificado por el Código Civil y Comercial. En primer lugar, el carácter matrimonial o extramatrimonial de la filiación del hijo no tiene incidencia a la hora de establecer el ejercicio de la responsabilidad parental. En segundo lugar, la situación de ruptura de convivencia de los progenitores no influye —en principio— en el principio general que establece que el ejercicio de la responsabilidad parental es de carácter compartido: sea en caso de hijos matrimoniales o extramatrimoniales, cuyos padres convivan o no convivan; ello salvo los supuestos de excepción que el Código prevé. Veamos.

a. En caso de convivencia de los progenitores, ambos ejercen la responsabilidad parental; se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del

otro, con excepción de los supuestos contemplados en el art. 645, o que medie expresa oposición (art. 641, inc. a). No tiene incidencia que se trate de una unión matrimonial o convivencial.

b. En caso de que los progenitores no convivan —sea por cese de la convivencia, por divorcio o nulidad del matrimonio— el ejercicio corresponde a ambos. Juega igualmente la presunción acerca de que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del inciso anterior (art. 641.b). (Herrera, 2015)

El Código Civil y Comercial entiende entonces frente a los supuestos de separación de la pareja —matrimonial o extramatrimonial— que resulta preferente al interés del hijo reconocer el ejercicio de la responsabilidad parental en forma conjunta. En los Fundamentos del entonces Anteproyecto, antecedente directo del texto sancionado, se expresan las razones de esta opción: "Si los hijos tienen derecho a relacionarse con ambos padres por igual, el sistema legal que mejor responde a este principio es el del ejercicio de la responsabilidad parental conjunta, convivan o no los progenitores. Producida la ruptura, se pretende que ella incida lo menos posible en la relación padres e hijos. Por ello, si cuando los progenitores convivían, ambos podían realizar los actos cotidianos de manera indistinta presumiéndose que lo realizado por uno cuenta con la anuencia del otro, este mismo sistema puede ser sostenido después de la ruptura de la pareja. La reforma deroga la regla del sistema unipersonal vigente en los supuestos de separación que ha dado lugar a la siguiente situación: uno de los progenitores (por lo general la madre) se queda a cargo del hijo y al otro progenitor le queda un rol secundario y periférico; ambos roles se muestran estereotipados y rígidos (madre cuidadora - padre proveedor), que no es acorde con la compleja realidad familiar". Como consecuencia de ello es que el Código Civil y Comercial adopta un sistema de ejercicio compartido lo que obliga a los progenitores a mantener diálogo y dirección común en la función de crianza de sus hijos; aun frente a divorcios o separaciones conflictivas esto no marca una menor idoneidad de los adultos para ejercer la responsabilidad parental y por ello las descalificaciones que mutuamente puedan hacerse en cuanto pareja no deben incidir en sus roles frente a sus hijos, con funciones a consensuar hasta la mayor edad. Por eso es de celebrar el sistema que incorpora el Código, que exige a los adultos conciliar y acordar los aspectos esenciales de la crianza de los hijos. (Herrera, 2015)

Es importante aclarar que la decisión judicial de atribuir el ejercicio de la responsabilidad parental en forma compartida resulta independiente de lo que hubiesen solicitado las partes. Tanto si uno de los padres peticionase la atribución compartida del ejercicio de la responsabilidad parental como si ninguno lo hubiese hecho, reclamando para sí el ejercicio exclusivo, las sentencias resolvieron estos supuestos en función del mejor interés de los hijos, el que, por principio se identifica con el mantenimiento del ejercicio de la responsabilidad parental en cabeza de ambos progenitores. No se configura una violación al principio de congruencia por el hecho de no haber sido la atribución compartida peticionada por ninguno de los padres, pues el objeto de la decisión se centra en la determinación del ejercicio, debiendo el juez efectuar la valoración de la opción más conveniente al hijo, a la luz de su interés superior y su realidad familiar. (Herrera, 2015)

Como excepción, el Código Civil y Comercial establece que por acuerdo de los padres o decisión judicial —conforme el interés superior del hijo— puede adjudicarse el ejercicio a uno de ellos o establecerse distintas modalidades (mismo inc. b]) cuando:

c. Uno solo de los progenitores se encuentra en condiciones de ejercer la responsabilidad parental: casos de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión de su ejercicio respecto a un progenitor, el ejercicio le corresponde al otro (inc. c]);

d. El hijo tiene un solo vínculo filial (inc. d]): el ejercicio corresponde a éste;

e. En caso de hijos de doble vínculo, pero en que uno de ellos se estableció por declaración judicial, el ejercicio corresponde al otro progenitor. La razón es que si fue necesario recurrir a la justicia para obtener el emplazamiento filial no aparece a primera vista un interés en el emplazado y por ende no corresponde equipararlo al ejerciente (inc. e]). Sin embargo, aún en este caso prevalece el interés del hijo y así los progenitores de común acuerdo o el juez pueden decidir el ejercicio conjunto o establecer distintas modalidades. Esto constituye una modificación de importancia también a la luz del régimen anterior, pues bajo este último, la determinación de la filiación extramatrimonial por sentencia judicial implicaba en todo caso, la atribución de la "tenencia" en favor del otro progenitor. En cambio, el Código Civil y Comercial no pierde de vista aquí tampoco la finalidad del ejercicio de la responsabilidad parental: el interés del hijo. (Herrera, 2015)



## **7.- deberes y derechos de los progenitores:**

Siguiendo la idea principal en cuanto a esta tesis, que es el de ver la responsabilidad parental, no podemos dejar de lado, los deberes y derechos que tiene los progenitores con respecto a sus hijos. Y esto lo encontramos en el capítulo 3 del código civil y comercial, en su art. 646.<sup>6</sup>, al respecto de este el Dr. Lorenzetti (2014) nos dice, Los deberes instituidos constituyen un piso mínimo de acción impuesto a los progenitores en aras de lograr la máxima realización de los derechos de los que son titulares sus hijos, preparándolos para la vida adulta. Y como una rápida lectura del dispositivo nos permite advertir, cabe resaltar que los mismos se encuentran pensados en favor de estos últimos, eje sobre el cual gira la institución en este título tratada, dotándola de sentido y brindándole un fundamento válido para su existencia misma. Mal podría acercarse el intérprete a las obligaciones puestas en cabeza de los progenitores desde una concepción verticalista de las relaciones dadas en el seno del grupo familiar; contrariamente a ello, el artículo anotado acuerda un amplio campo de participación para los hijos en el proceso de cumplimiento de aquéllas, como fiel corolario del principio de democratización de la familia, pilar fundamental de la nueva legislación en la materia: en dicho orden de ideas, se señala que deberá ser respetado su derecho a ser oído y a participar en su proceso educativo, fórmula con la que se excede la educación formal, siendo también comprensiva de la instrucción que se recibe cotidianamente en el seno del hogar; igualmente, cabe prestar orientación y dirección al hijo para que éste ejercite por sí los derechos legalmente asignados, propendiendo a lograr su desarrollo autónomo; en el mismo sendero, deberán aquéllos atender a las necesidades de su descendencia, tomándose como medida para apreciar su adecuado

---

<sup>6</sup> Art. 646 *Enumeración*. Son deberes de los progenitores:

- a) cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo;
- b) considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo;
- c) respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos;
- d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos;
- e) respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo;
- f) representarlo y administrar el patrimonio del hijo.

cumplimiento el particular momento madurativo que aquélla estuviera transitando.(Lorenzetti, 2014)

Por su parte, y haciendo al recto funcionamiento del instituto de la responsabilidad parental, los deberes que la norma fija resultan plenamente exigibles a los obligados, no admitiéndose su sujeción a condición alguna. De ello resulta que su inobservancia, o su cumplimiento en modo parcial o defectuoso, que coloque al hijo en un grave estado de desprotección, pueden constituir causa suficiente para el dictado de la sanción de la privación de la responsabilidad parental, en base a lo que previene el inciso b, del artículo 700 del Código. (Lorenzetti , 2014)

Asimismo, la Dra. Marisa Herrera ve este punto, desde el enfoque de cuando se produce una separación vincular o divorcio y que, como corolario de esto, los hijos son dejados de lado o sus progenitores, el que no convive, se desentiende de sus derechos-obligaciones que tiene para con el menor. Al respecto nos dice que tradicionalmente, el sistema del cuidado de los hijos luego de la separación de los progenitores sufrió el mismo efecto que ella: la disociación de los adultos implicaba automáticamente separación entre éstos y sus hijos. Si los progenitores no se encontraban en condiciones de diferenciar aquello que tiene que ver con su relación personal —de "ex pareja"— de lo referido a su vinculación como padres, el sistema no colaboraba al reforzar el síntoma con un régimen de cuidado unilateral, exclusivo y expulsorio. Fue así que la ley 23.264 en esa línea, dispuso la mal llamada "tenencia" al elemento material de la guarda, o sea, la facultad de vivir con el niño y ejercer su cuidado. Esta tenencia sólo se atribuía a uno de los progenitores: el hijo debía vivir con uno y el otro mantener un régimen de comunicación y "supervisión de educación" (art. 264 del CCiv. derogado). (Herrera, 2015)

Es por ello que el nuevo sistema cambia radicalmente el estado de situación. En primer lugar, en función de la carga peyorativa del término "tenencia" se lo reemplaza por el concepto de "cuidado". Así, el Código Civil y Comercial se refiere al "cuidado personal" del hijo, que apunta a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana de aquél (art. 648). Una vez más, el lenguaje colabora en la modificación o transformación de las ideas y aporta a la comprensión que las familias tendrán del sistema. Ante el cese de convivencia, el cuidado personal puede ser ejercido por uno o por ambos progenitores (art. 649), o sea, ser unilateral o bilateral.

Atendiéndose a los distintos supuestos que puedan darse se distinguen dentro del cuidado personal compartido dos modalidades: cuidado personal compartido alternado: aquel en que el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores según la organización y posibilidades de la familia —ejemplo, caso en que vive algunos días con un progenitor, los restantes con el otro; días hábiles con uno, fin de semana con el otro; una semana con cada uno, etc. —. La segunda opción es el cuidado personal compartido indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno, pero ambos comparten las decisiones y distribuyen de modo equitativo el cuidado. No importa dónde "esté más tiempo" el hijo: ello no excluye la presencia del otro. (Herrera, 2015)

Teniendo en cuenta la opción más saludable para el hijo —evitar la llamada "modalidad mochila" en referencia a los traslados permanentes del niño de un domicilio a otro—, el Código prefiere el tipo de cuidado personal indistinto. Por supuesto, si esta opción es perjudicial al niño, cabrá dejarla de lado. A su vez, si bien el principio es el cuidado compartido, puede ocurrir que por razones referidas al mejor interés del hijo deba preferirse el modo de cuidado unilateral (art. 653) y esta solución no puede descartarse *a priori*; hay que analizar cuál es la solución más ajustada a las necesidades y dinámica de cada familia particular. (Herrera, 2015)

El cuidado unilateral reconoce en favor del otro progenitor un deber de amplia y fluida comunicación, derecho y deber del progenitor y sobre todo derecho del propio hijo (arts. 7°, 8°, 9°, CDN). También se contempla un deber de informar sobre los hechos trascendentes de la vida del hijo (arts. 652, 654). Así, por ejemplo el hecho de que el hijo tenga su residencia en el domicilio de uno de los progenitores conformándose un caso de cuidado unilateral, no implica que el otro progenitor quede ajeno a las cuestiones referidas al cuidado y desarrollo del hijo, desde las tareas domésticas —sean escolares, o actividades extracurriculares o visitas al pediatra, etc.—, hasta otras más trascendentes como aquellas cuestiones de salud, intervenciones quirúrgicas, viajes o aun traslados provisorios fuera de la ciudad, por citar algunos ejemplos que ponen de manifiesto el no desplazamiento del progenitor no conviviente. Asimismo, la propia profesión o empleo del progenitor puede tener una incidencia determinante en esta cuestión. Por ejemplo, el progenitor cuya profesión es piloto de líneas aéreas: sus ausencias frecuentes le impiden ejercer el cuidado del hijo, que en este caso será unilateral, pero el ejercicio de la responsabilidad parental sin embargo será conjunto, ya que cuando está en tierra lleva adelante los actos y decisiones en forma

indistinta con el otro progenitor. Así, puede configurarse ejercicio conjunto de la responsabilidad parental con cuidado personal conjunto en modalidad indistinta —que es el régimen legal supletorio en el Código— pero también ejercicio conjunto con cuidado personal unipersonal o ejercicio unipersonal con cuidado unipersonal; sin embargo, no cabe un ejercicio unipersonal con cuidado compartido. (Herrera, 2015)

Ante lo expuesto anteriormente cabe preguntarse: **¿Qué pautas toma el juez para decidir a cuál de los progenitores otorgar el cuidado unilateral?** Ellas surgen del art. 653 y son:

a. la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro; factor relevante que define el concepto mismo de idoneidad, que no apunta a cuestiones sólo personales ni materiales (67): es más idóneo aquel progenitor que respeta el derecho del hijo a la coparentalidad y le permite mantener trato frecuente con el otro.

b. la edad del hijo; no como una pauta que determine preferencias de sus progenitores por razón de género —como lo hacía el art. 206 del CCiv. — sino como un factor a considerar, por ejemplo, en función de las actividades del hijo y posibilidades de los progenitores, como también en relación al peso que va a reconocerse a su opinión en caso que hubiese expresado preferencia a la convivencia con uno de ellos.

c. la opinión del hijo; elemento central dentro de la dinámica familiar y que va a ser tenido en cuenta por el juez; no de un modo vinculante ya que la opinión del hijo no obliga a seguirla ciegamente, pero el juez debe fundamentar técnica y cuidadosamente las razones por las cuales se aparta de la opinión vertida (conc. art. 707, C.C.Com.).

d. el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo. La preservación del *status quo* guarda relación con el objetivo de respetar la habituación y permanencia del niño en un ambiente o residencia: este "centro de vida" forma parte del concepto mismo de interés superior (art. 3º, inc. f], ley 26.061) y es pauta que rige la resolución de las cuestiones del derecho de familia. Así se desaconseja todo cambio abrupto que implique separar nocivamente al hijo de su centro de vida. El entorno no debería modificarse salvo que poderosas razones lo aconsejen; y

En caso de otorgamiento unilateral del cuidado personal, el otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente. En último término cabe aclarar que todas las decisiones relativas al ejercicio de los derechos de cuidado sobre el hijo, así como a su vinculación, en fin, lo referido al ejercicio de la responsabilidad parental, revisten carácter mutable y no definitivo, son esencialmente revocables de acuerdo a la conveniencia de los hijos menores y las circunstancias en que se fundó su dictado frente a las actuales. (Herrera, 2015)

También el Dr. Mizrahi, Mauricio nos dice al respecto del art. 646 que existes otros deberes adicionales de los progenitores, no solamente los enumerados en este artículo, Existen otros deberes adicionales de los progenitores; entre ellos; el de informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo” (art. 654). Es verdad, como bien se dijo, que este deber de informar fortalece a comunicación continua entre los progenitores, y, desde luego, conduce a un desarrollo más equilibrado del hijo en común. Asimismo, el art. 658, vuelve sobre la cuestión de los deberes, pues prescribe que “ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna”. (Mizrahi, 2015)

Es bueno dejar aclarado que los deberes de los padres se orientan claramente en el nuevo paradigma que instaura la convención sobre los Derechos del Niño, la ley 26.061 y el mismo Código Civil y Comercial de la Nación. Desaparece la dicotomía sujeto-activo pasivo; la función formativa de los progenitores se tiene que desenvolver en el marco de un diálogo entre el adulto y el niño; de forma tal que la participación de éste pasa a ser un elemento *esencial* en la relación paterno o materno-filial. (Mizrahi, 2015)

El autor continúa realizando un análisis más profundo respecto al art. 646, pero solo en cuanto a lo que se refiere al abandono de menor y nos dice:

Como vimos en el citado art. 646, inc. a, del Código que estamos estudiando, establece como deberes de los progenitores “cuidar *del hijo*” y “*educarlo*”; lo cual significa, obviamente que este no puede ser víctima del abandono por sus padres. Sobre esta cuestión, merece resaltarse que el abandono resulta posible concebirlo desde tres perspectivas distintas. Una, diríamos, es como se considera en el lenguaje común de la comunidad; vale decir, cuando el niño aparece con las necesidades básicas insatisfechas; o sea, sin la adecuada vivienda, insuficiente alimentación, desatendida su

salud, falta de educación regular elemental, etcétera. La segunda acepción de abandono sería una suerte de polo opuesto; pues estaríamos en el fenómeno de la *sobreprotección*, típico de la era moderna, propio de las familias con ciertos recursos económicos, y que constituye una de las etapas por las que transita el niño en su consideración social a lo largo de los siglos. Se trata de los habituales casos de los padres castradores que se *apropian* de sus hijos, como si fueran su objeto de *pertenencia*, con lo cual el proceso de crecimiento de los niños se puede ver seriamente afectado. Este tipo de abandono, lamentablemente, se puede observar muy a menudo en la realidad de los tribunales. La tercera perspectiva de abandono de los hijos por sus padres, en fin, se refiere más al mundo posmoderno que nos toca vivir. Se presenta cuando los progenitores, no obstante cubrir en exceso las necesidades materiales de sus hijos, los educan en un dañino *estado de permisivismo* que acarrea consecuencias nefastas. Es la “educación” del hijo en un ambiente *sin límites* en el que todo *vale*, porque da lo mismo cumplir o no cumplir con la ley; respetar o no al otro; ser o no solidario con los semejantes; admitir o rechazar los propios deberes que corresponden a cada uno. Es la política –consciente o inconsciente- de alentar conductas transgresoras, donde no existe la transmisión de valores ni de ideales y se arroja a los niños –adultos del mañana- a un mundo sin normas, tras una crianza donde está *ausente* lo más rico de las aspiraciones humanas. No nos cabe duda de que, incurrir en algunas de esas formas de abandono que se acaban de mencionar, comportaría no ejercer como corresponde la responsabilidad parental y, por lo tanto, incumplir la función concerniente a los progenitores. (Mizrahi, 2015)

#### **8.- Delegación de la responsabilidad parental:**

En este punto se puede observar que nuestro actual código ha introducido una reforma sustancial al poder facultar a los progenitores a que puedan delegar su responsabilidad parental, algo que antes estaba totalmente prohibido. Sin embargo, esta delegación que vamos a ver ahora, no fue del todo recepcionado tal como lo preveía el proyecto, ya que el mismo, tenía previsto que se pudiera realizar o hacer hacia un tercero. Sin embargo, esto fue modificado y solo esta delegación de responsabilidad parental se puede realizar si bien es de un progenitor a otro, también a un tercero, pero en este caso a un pariente. El cual necesita que ese convenio por el que se tiene que realizar no solamente sea homologado por un juez, sino que también siempre tiene que

ser oído en la medida de lo posible el menor y tenido en cuenta no solo su opinión si no su interés superior.

Es por esto que para ahondar en el tema pasare a exponer lo que dice al respecto la Dra. Herrera (2015), quien también nos hablara de la decisión judicial de guarda a un tercero, que los juristas vienen haciendo bajo la figura de una adopción simple. Es por ello que nos dice, que la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental por los progenitores no era una figura contemplada en la legislación anterior. Al entenderse que se encontraba en juego el orden público en el marco del ejercicio de los deberes y derechos de los padres y atento que ese ejercicio constituye el contenido mismo de la responsabilidad parental, no fue prevista la posibilidad de que los padres —por diversas razones— delegaran en un tercero el ejercicio de sus funciones relativas al hijo menor.

Así, el régimen anterior en el art. 275 del C. Cid. establecía la prohibición a los hijos menores de "dejar la casa de sus progenitores" sin autorización de ellos, con lo cual a contrario sentido podía interpretarse que los progenitores no contaban con la facultad de transferir a un tercero el ejercicio del cuidado del hijo. Con una mirada realista que atiende a las diversas circunstancias que pueden generarse en la vida cotidiana y que en casos particulares exijan dar una respuesta a la situación que atravesase una familia y que requiera arbitrar una modalidad alternativa al principio general, el art. 643 del CCyCN dispone: "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". (Herrera, 2015)

Por lo expuesto, y siguiendo a la Dra. Herrera (2015), es oportuno preguntarse ¿Cuáles son entonces las circunstancias que permiten esta delegación y su ejercicio? Quien nos brinda las siguientes posibles respuestas:

a- Interés del hijo: supuestos en que por razones que hacen al interés o beneficio del hijo aparece conveniente delegar el ejercicio de la responsabilidad parental a este tercero. Puede serlo también por alguna necesidad del progenitor, si de no operar la delegación el hijo queda desprotegido por falta de responsable. b- Razones suficientemente justificadas: el principio es que los progenitores asuman el ejercicio de la responsabilidad parental; por eso el fundamento se relaciona con el beneficio del hijo; ambos recaudos se relacionan entre sí. c- Acuerdo de ambos progenitores: si los dos se hallan en ejercicio de la responsabilidad parental; se trata de imposibilidad de ambos. d- Otorgamiento a un pariente: no se prevé la delegación en favor de terceros. Si bien el texto originario del Proyecto de Reforma contemplaba la delegación a un tercero, al compatibilizar la norma con la prohibición de entrega directa para adopción en el art. 611 se limitó esta posibilidad para evitar la posterior invocación de situaciones de hecho consolidadas. e- Homologación judicial: una vez que la persona delegada ha aceptado la propuesta el acuerdo debe ser homologado. En este trámite judicial el hijo tiene que ser oído. f- Es temporario o provisorio: el plazo máximo está fijado en un año y sólo puede ser renovado por igual plazo, con intervención judicial y por razones fundadas. Los progenitores no pueden acordar la renovación extrajudicialmente. g- Efectos de la delegación: la titularidad de la responsabilidad parental permanece en cabeza de los progenitores ya que lo que se delega es el ejercicio y no la titularidad. A pesar de ello, los padres mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo y la toma de decisiones cuando ellas resulten de entidad trascendental. (Herrera, 2015)

#### *Decisión judicial de otorgamiento de guarda a un tercero*

Más allá del silencio del Código Civil derogado en este aspecto, la práctica habitual fue exhibiendo en el ámbito de la jurisprudencia variadas situaciones que justificaban el dictado de una resolución judicial por la que se otorgara la guarda del hijo menor a un tercero. Así, bajo el término de "guarda simple judicial", se admitía como desmembramiento de la responsabilidad parental. Esta figura fue dando respuesta a diferentes necesidades prácticas, con la mira puesta en resguardar o satisfacer en mejor medida el derecho de los hijos menores. En algunas ocasiones, esta guarda se atribuía a los fines de brindar una mejor calidad de atención integral al hijo, por ejemplo, para la percepción de beneficios sociales, para la inclusión en la obra social del guardador, en otras, permitía a este tercero responsable la realización de actos y toma de decisiones



de la vida doméstica, ante supuestos de ausencia de los progenitores o imposibilidad de ellos de asumir esta función, por mencionar algunos casos. (Herrera, 2015)

El Código Civil y Comercial recepta estos antecedentes, y su art. 641 al regular las figuras derivadas de la responsabilidad parental, contempla: la titularidad, el ejercicio, el cuidado personal y "c. la guarda otorgada por el juez a un tercero". Dice el art. 657: "Otorgamiento de la guarda a un pariente. En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código. El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio". A diferencia de los casos de delegación por los progenitores, este supuesto se origina en circunstancias de gravedad que tendrán que ver con un inadecuado o imposible ejercicio de la responsabilidad parental. (Herrera, Marisa)

El destinatario de la guarda es también un pariente. Por iguales razones a las que se expusieron, si bien el texto originario del Proyecto de Reforma contemplaba la delegación a un tercero, al compatibilizar la norma con la prohibición de entrega directa para adopción en el art. 611, se limitó esta posibilidad para evitar la posterior invocación de situaciones de hecho consolidadas. En caso de haberse admitido la delegación en favor de un referente afectivo —no pariente—, la subjetividad del concepto de afectividad, podía generar un terreno propicio para la configuración de situaciones de violación al mecanismo de selección de postulantes adoptivos a través del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción: lo que se censuraba con una prohibición en el art. 611, hallaría así una puerta lateral de permitirse el ingreso del referente afectivo en la delegación de guarda. (Herrera, 2015)

Esta guarda es provisoria; el plazo máximo es un año también prorrogable por otro igual y por razones fundadas. Se pretende evitar la perpetuación de situaciones que deben ser provisorias y establecer con carácter definitivo la situación jurídica del niño, conforme alguna figura de fondo: por ejemplo, tutela, adopción. Por eso vencido el

plazo de un año y eventualmente su prórroga el juez debe resolver, en definitiva. (Herrera, 2015)

En cuanto a los derechos y deberes del guardador, ellos consisten en el cuidado personal del niño y cuenta con la facultad de tomar decisiones relativas a las actividades cotidianas, domésticas; no ejerce la representación legal que se mantiene en cabeza de los progenitores; eventualmente y por razones fundadas el juez podrá analizar otorgar una tutela especial a este guardador a efectos de la promoción de un reclamo judicial. (Herrera, 2015)

Siguiendo como el mismo criterio de casi todo este trabajo, en donde he expuesto, a dos de las voces más importantes de esta reforma, la primera ya fue expuesta anteriormente y ahora proseguiré con la voz del Dr. Ricardo Lorenzetti (2014) quien nos dice.

El Código reconoce de manera expresa la facultad de los progenitores de delegar el ejercicio de la responsabilidad parental por razones debidamente fundadas y siempre en el interés del hijo. Esta facultad se deriva, principalmente, de dos principios: el de autonomía de la voluntad y el de realidad. La delegación del ejercicio de la responsabilidad parental es una facultad que está prevista para todos los supuestos, es decir, para hijos que ostentan doble o único vínculo filial. Dicho acuerdo debe cumplir ciertos con ciertos requisitos: 1) duración máxima de un año, renovable por un período igual, y 2) homologación judicial. Se trata de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, siendo que la titularidad queda en cabeza de los o el progenitor, según el caso, por lo cual, éstos mantienen el derecho de mantener vínculo con el hijo y por ello se establece, de mínimo, el derecho a supervisar la crianza y educación. En la práctica social, por diversas razones, los progenitores dejan a sus hijos bajo el cuidado de terceros, no encontrando esta situación fáctica, hasta ahora, una respuesta precisa por parte de la ley. Por lo que la reforma regula de manera expresa la decisión espontánea y acordada por parte de los progenitores de otorgar transitoriamente el ejercicio de la responsabilidad parental a un pariente, por razones debidamente fundadas. En la práctica, se pueden presentar diversas situaciones fácticas, como ser la necesidad de permanecer por un período en el exterior o en alguna localidad o región del país lejana al domicilio familiar, o por enfermedad o tratamiento médico en otro lugar del de residencia, en que el ejercicio de la responsabilidad parental o los

actos que hacen a la cotidianeidad de la vida de los hijos se hace imposible o dificultoso. (Lorenzetti, 2014)

La facultad que prevé el artículo en análisis responde no sólo al mencionado principio de realidad, sino también por aplicación al principio de autonomía de la voluntad que también tiene su espacio en la regulación de la figura de la responsabilidad parental. ¿Acaso los progenitores no son los principales responsables de sus hijos y son ellos quienes, en principio, pueden tomar decisiones que sean acorde con lo mejor para ellos? A priori, y en abstracto, no se puede impedir o desconfiar de decisiones que puedan tomar los padres con relación a sus hijos, incluso las más complejas y de gravedad, como lo es tener que delegar el ejercicio en un tercero. Esta decisión autónoma de los progenitores se conoce en el Derecho Comparado como “delegación de la autoridad parental, cuyo fundamento es, precisamente, brindar un marco jurídico a prácticas habituales de la vida cotidiana de algunas familias que por diversas vicisitudes temporales no pueden hacerse cargo del cuidado y crianza de sus hijos. Esta delegación ha sido prevista expresamente en sendas legislaciones del Derecho Comparado, por citar ejemplos del Derecho europeo, el artículo 377 del Código Civil francés dispone: “Los padres, juntos o por separado, o el tutor autorizado por el consejo de familia, podrán, cuando hubieran entregado un hijo menor de dieciséis años a un particular digno de confianza, a un establecimiento autorizado a este fin o al servicio departamental de ayuda social a la infancia, renunciar en todo o en parte al ejercicio de su autoridad. En este caso, la delegación, total o parcial, de la patria potestad resultará de la sentencia dictada por el *Juge aux affaires familiales* por demanda conjunta del delegante y del delegatario” . Por su parte, los artículos 155 y siguientes del Código Civil italiano prevén distintos presupuestos de delegación del cuidado de los hijos en terceras personas, a saber; a) los progenitores confían el niño a un pariente dentro del cuarto grado (es libre, sin período de duración); b) el *affidamento* en el ámbito de colaboración entre familias (¡dura sólo 6 meses, pasados los cuales debe comunicarse al juez), y c) los padres confían al niño en forma privada a un instituto. Los artículos 601 y 605 del Código Civil de Quebec establecen: “Los padres pueden convenir que la guarda del niño sea confiada a un pariente u otra tercera persona por cualquier razón. El padre y la madre conservan el derecho de supervisar su crianza y su educación y están obligados a contribuir a las mismas en función de sus posibilidades

” . Y en el ámbito del Derecho latinoamericano cabe citar el artículo 216 del Código de Familia de El Salvador, que prescribe; “El padre y la madre deberán cuidar de sus hijos. No obstante, en situaciones de suma urgencia podrán, de común acuerdo, confiar tal cuidado mientras dure la misma a persona de su confianza, sin que por tal razón desatiendan sus deberes paternos; esta facultad la tiene también el padre o la madre que ejerza exclusivamente el cuidado personal del hijo”. (Lorenzetti, 2014)

El Código se suma a todos estos ejemplos y tantos otros en el mismo sentido, por lo cual es factible y pertinente incluir expresamente en nuestro ordenamiento civil la facultad de los progenitores de delegar transitoriamente el ejercicio de la responsabilidad parental a personas idóneas, sobre las cuales temporariamente pesarán las obligaciones inherentes a esta función, y los derechos propios de la misma; sin que haya un total desentendimiento por parte de los titulares de la responsabilidad parental en consonancia con el rol prioritario que le otorga la Convención sobre los Derechos del Niño y legislaciones afines. Esta delegación debe ser acotada en el tiempo para evitar un desentendimiento prolongado de las responsabilidades inherentes al cuidado de los hijos, circunstancia que ya encuadraría en figuras legales específicas tales como la adopción. El legislador ha entendido que el lapso de un año es razonable, plazo que se puede extender por otro igual siempre por razones fundadas siendo que se trata de una situación de excepción. Además, la delegación plasmada en un acuerdo debe ser homologada judicialmente en interés del niño, debiéndose recabar su opinión de conformidad con los principios generales de los procesos de familia que se regulan en el Título VIII. (Lorenzetti, 2014)

De este modo, se faculta a los jueces - a modo de control- a evaluar si la delegación del ejercicio está en consonancia con el mejor interés del hijo, para lo cual se deberá indagar sobre dos temas: 1) el apartamiento transitorio de los progenitores, y 2) la aptitud de la persona elegida para su cuidado. (Lorenzetti, 2014)

Por su parte, cabe destacar que la admisión de la delegación con la consecuente homologación judicial ofrece, tanto al niño como a los terceros “delegatarios” , las garantías necesarias para que esta relación produzca efectos jurídicos frente a terceros, por un tiempo determinado y razones debidamente explicitadas. Asimismo, la homologación judicial (límite a la autonomía de la voluntad) va a permitir evitar la consolidación de vínculos afectivos de facto, por fuera de todo control, lo cual podría

ser la antesala de una adopción, violándose así los pasos que el mismo Código prevé para arribar a esta institución. (Lorenzetti, 2014)

Por último, no se debe perder de vista que esta nueva facultad legal está en total consonancia con el reiterado sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes creado por la ley 26.061, y que profundizan varias legislaciones locales. Sucede que, según esta normativa, toda medida de separación del niño de su familia debe serlo con el correspondiente “control de legalidad” (conf. art. 40, 2º párrafo, ley 26.061), por lo tanto, la presente imposición de una posterior homologación judicial se condice. Esto mismo es lo que afirmó la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en un fallo del 6 de junio de 2012. La plataforma fáctica era la siguiente. Dos niñas fueron institucionalizadas en un hogar en octubre de 2011, medida dispuesta por el Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos del Niño de la Municipalidad de San Miguel con conformidad de la madre de las niñas, sin contar con control judicial alguno, permaneciendo las niñas institucionalizadas por más de seis meses. La madre tenía 13 hijos y padecía de esquizofrenia, sólo dos convivían con ella. Anteriormente, las niñas habían estado temporalmente en otro hogar, ocasión en la cual se consideró que la abuela materna no estaba en condiciones para hacerse cargo de la crianza y cuidado. La jueza interviniente rechazó *in limine* el pedido de control de la medida de separación al entender que la decisión en que la institucionalización no constituía la figura prevista en el artículo 35. inciso h, de la ley 13.298 de la Provincia de Buenos Aires que regula en dicho ámbito el sistema de promoción y protección integral de derechos, aseverándose que tal medida era tomada en el marco legítimo del entonces “patria potestad” (conf., art. 264). La asesora interpuso recurso extraordinario y el caso llega a la máxima instancia judicial local. El magistrado Pettigiani sostuvo, con acierto, que “No es posible conceder a sus progenitores exclusiva autonomía para procurar el restablecimiento de tales derechos afectados o definir la forma de llevarlo a cabo. Ello, así pues, por un lado, ante la resignación temporal de algunos de sus deberes y responsabilidades inherentes a la patria potestad es dable observar un escenario en el que podría incluso verificarse un potencial conflicto de intereses entre éstos y sus hijos” . Que “en aquellos casos en que deba tomarse una medida tan excepcional como es el abrigo, que afecta temporalmente sustanciales derechos del menor –como son su libertad y vivir junto a sus padres en el ámbito familiar de origen-, el consecuente control judicial sobre su legalidad debe

pensarse en exclusivo beneficio e interés de éste, de modo tal que la autoridad judicial intervenga a fin de convalidar y así reforzar la inicial percepción del organismo administrativo en cada caso sobre su necesidad, recaudos, condiciones, modalidad, duración y razonabilidad en atención a las políticas públicas que conjuntamente fueran a implementarse a fin de superar la grave situación de afección de derechos en que pudiera encontrarse el niño, niña o adolescente involucrado” . Por lo cual, se ordenó que la causa vuelva al tribunal de origen para que, con la debida intervención del Ministerio Público, se adopten de manera urgente las medidas de control judicial que correspondan respecto de la institucionalización de las niñas con el fin de lograr el debido resguardo de sus derechos. La reforma está en total consonancia con esta doctrina jurisprudencial que responde con la tésis de la ley 26.061: que en los conflictos más complejos y graves haya una doble intervención, siendo ello un sistema más democrático al salirse de la noción de “tutelarismo” (poder de decisión de un solo organismo), que ha primado antes del régimen legal que implementan la ley 26.061 y legislaciones afines. (Lorenzetti ., 2014)

## **CAPITULO TERCERO**

### **FAMILIA ENSAMBLADA**

#### **1.- Concepto:**

Para describir o dar un concepto más adecuado de la familia ensamblada se citará a los siguientes autores:

La Dra. Calzzani, y Sanchez (2015) quienes nos dicen: "... Entiéndase a ésta como la estructura u organización familiar originada en parejas estables, matrimonios o en uniones convivenciales, que cohabitan con hijos comunes y/o con hijos de anteriores nupcias o uniones convivenciales, de esta forma se alude a las situaciones de segundas nupcias de viudos/as y divorciados/as, y en aquellas otras en las cuales uno de los cónyuges es soltero y el otro viudo o divorciado...".

En un concepto muy parecido al anterior encontramos a la Dra. Kemelmajer de Carlucci (2014) quien nos dice "La familia ensamblada (también llamada reconstituida, reconstruida o recompuesta, independientemente de las críticas que cada palabra pueda merecer) es aquella que se constituye después de una separación, divorcio o viudez, cuando uno o ambos integrantes de la pareja tienen hijos de una unión anterior..."

Como último concepto se remarca lo expuesto por la Dra. Herrera (2015) quien nos trae la siguiente definición: La familia ensamblada es una realidad social en constante aumento. Es conocida por la frase coloquial de "los tuyos, los míos y los nuestros". Sin embargo, no todos estos componentes tienen que estar presentes para que pueda hablarse de familia ensamblada; puede haber "tuyos y míos", "tuyos y nuestros" o "míos y nuestros". Se trata de familias que se constituyen a partir de segundas o terceras nupcias o convivencias teniendo en uno o ambos contrayentes/convivientes hijos de otra relación. El CCyC recepta este tipo de familias y reconoce la figura del progenitor afín, es decir, aquel que sin ser el padre o madre vive el día a día cotidiano con este niño de su pareja. En este sentido, se prevé la atribución de cooperar en la crianza y cuidado de los niños/as, la de actuar en casos de urgencia, etc.; Obviamente, si hay desacuerdo, prevalece el criterio del progenitor, todo ello sin afectar los derechos de los que tienen la responsabilidad parental de ese niño. Asimismo, el progenitor afín tiene

el deber de alimentos a favor de los hijos de su cónyuge o conviviente, deber subsidiario, pues los principales responsables son sus padres. (Herrera, 2015)

Se puede apreciar en las definiciones anteriores que la familia ensamblada tiene un elemento común es decir: la unión de dos personas que provienen, de uniones anteriores sean matrimoniales o no, pero que a partir de ahora van a comenzar a compartir una vida en común y con hijos de ambos, lo cual no es poco, acá es donde se aflora la figura del progenitor afín que nos trae nuestro actual ordenamiento, tal como lo menciona la Dra. Herrera, Marisa (2015), este tendrá obligaciones y derechos, todo esto será objeto de análisis en los siguientes capítulos.

## **2.- Cuando Surgen:**

Como se puede apreciar, ya en las definiciones que mencionamos up supra, la familia ensamblada o reconstituida, tiene un inicio en el divorcio, diríamos de forma principal, pero no es tan así, lo cierto es que después de la segunda guerra mundial este tipo de familia tuvo su principal auge, sobre todo de madres que habían perdido sus esposos en la guerra, es decir que su causa de inicio fue principalmente la viudez.

Esta tipa de familia ha venido en crecimiento a partir de entonces, pero en Argentina este fenómeno empieza a aparecer en la década de los años 1970, si bien como no estaba regulado el divorcio vincular no se ve notablemente este tipo de uniones. A partir de la ley 23.515 del año 1987, esto empezaría a cambiar y es así que la mayoría de las familias ensambladas actualmente las constituyen los divorciados/as con hijos que vuelven a formar parejas. Esto implica que hay dos familias ensambladas, por cada chico de padres divorciados que se han vuelto a casar, o han decidido realizar una unión convivencial, y a veces podríamos decir hasta tres familias ensambladas (nos podemos encontrar con parejas que han pasado por más de un divorcio y que trae hijos de ambas uniones o bien que fueron viudos/as y volvieron a formalizar parejas y esta unión no tuvo continuidad y ahora esta con una nueva pareja).

Como se puede observar las familias ensambladas ya dejaron de ser un “fenómeno” hasta veces mal visto, por muchos integrantes de la sociedad, para pasar a ser una realidad social, en donde hasta nuestros hijos es más común que tengan compañeros, amigos, etc. de padres divorciados/as, viudos/as, etc. que han vuelto a formar familias.



Es por ello que los cumpleaños pasaron de ser esa fiesta que se reunían “toda la familia” (abuelos, tíos, primos) para pasar a decidir: qué día le festeja un cumpleaños un progenitor y que día el otro, en donde los festejos vienen ahora ese “tío que no es el hermano de mi madre sino de la pareja de mi madre, el tío afín, primos afines, etc.”

Si puede ser enredado de explicar o de ver, pero les aseguro que los niños/as y adolescentes de hoy en día, nuestros hijos lo tienen más claro que nosotros, y con este giro que dio nuestro actual derecho civil que algunos han de llamar “giro Copérnico<sup>7</sup>”, en donde los niños pasaron de ser objeto de derecho para ser “sujetos de derechos”. En donde su voz, su decisión y su opinión deben ser escuchados y tenida en cuenta, siempre teniendo en cuenta el grado de madurez, tal como lo establece el Código Civil y Comercial de la Nación.

A partir de estas premisas y de este nuevo avance en el derecho es que en los próximos capítulos se expondrá lo que significa este nuevo cambio y como podría afectar las relaciones de las familias ensambladas.

### **3.- Algunas consideraciones de la familia ensamblada.**

Al respecto nos brinda algunas consideraciones con respecto a estas familias el Dr. Lorenzetti (2014) quien nos dice que este Código incorpora un concepto que se viene desarrollando hace años en la doctrina nacional que tiene su raíz en las segundas uniones de los miembros de una pareja que tienen hijos de la unión anterior, lo que se denominó familia ensamblada.

La legislación al referirse de manera amplia a “protección integral de la familia” (art. 14 bis de la Const. Nac.) Obliga a extender el reconocimiento jurídico de los lazos de afecto con los que puede contar un niño. Podemos observar a la Convención sobre los Derechos del Niño que en su artículo 5° se refiere de manera expresa a otros referentes afectivos o comunitarios del niño y localmente en el decreto reglamentario de la ley 26.061 que hace hincapié en los referentes afectivos (art. 7°). (Lorenzetti, 2014)

La realidad social muestra que una vez finalizada una unión por divorcio, separación o fallecimiento, uno de los miembros de la pareja o ambos vuelven a formar pareja, lo

---

<sup>7</sup> **Nicolás Copérnico:** fue un monje astrónomo polaco del Renacimiento que formuló la teoría heliocéntrica del sistema solar.

cual implica nuevas interacciones y lazos sociales entre los integrantes (en especial, los hijos) de la primera unión y la segunda pareja del progenitor, que, a la vez, puede haber tenido nueva descendencia.

Se puede observar que el autor realiza una introducción del tema no solo con la protección que tiene la familia en la constitución nacional, sino que también se refiere a la protección que esta la constitución le otorga a los niños, niñas y adolescentes, los cuales en el actual código son una parte importantísima y adquieren la capacidad de ser sujetos de derechos con una capacidad progresiva de la autonomía. No obstante, esto el autor si introduce en el fenómeno social que significa y que da objeto al actual código civil que es la familia ensamblada es por ello que el mismo da un concepto de familia ensamblada el cual dice: “que se entiende por familia ensamblada a la “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”. (Lorenzetti, 2014)

Como se dijo el mismo hace una referencia de cómo es la vida social de estas familias, por lo cual nos dice que estas familias van en aumento:

...Sucede que el fenómeno de las familias ensambladas va en aumento, siendo cada vez más común hablar del “marido de mi mamá”, “la esposa de mi papá” o “el hijo de mi pareja”, de una manera más neutra y fundada en el principio de igualdad. En estas formas familiares, el cónyuge o conviviente del progenitor que convive con el niño o adolescente ejerce de hecho una serie de actividades relativas al cuidado, la crianza del hijo de su cónyuge o conviviente, pero este vínculo que la realidad imponía no se encontraba regulado de forma alguna salvo de manera restrictiva en el caso de matrimonio. (Lorenzetti, 2014)

Acá podemos observar como el Dr. Lorenzetti (2014) quien nos dice que, ante diferentes supuestos de la vida cotidiana de un niño, como ser retirarlo del colegio, autorizar al niño a ir a la casa de un compañero, o ir al médico, el cónyuge o conviviente del progenitor es considerado un tercero, ajeno a la vida de ese niño. Así que este autor nos introduce en la problemática social y actual que enfrentan es familias y que hasta el actual código Civil y Comercial de la Nación, las familias ensambladas no tenían una regulación específica, es por ello que nos dice que nuestro actual Código está más átono con esta nueva institución.

#### **4.- Regulación Jurídica de la misma.**

Solo me detendré a dar una breve introducción de lo que es este nuevo instituto en el derecho de familia, el que encontramos dentro del capítulo 7, denominado Deberes y Derechos de los progenitores e hijos afines, y el cual se encuentra inserto dentro del Título 7 que contiene todo lo relativo a la responsabilidad parental. Puesto que ambos temas serán de especial investigación en este trabajo en los capítulos siguientes. Como se puede observar es imposible hablar de responsabilidad del progenitor afín, sin primero haber dado una noción de familia ensamblada.

Concepto que toma nuestro ordenamiento jurídico *“Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente”*<sup>8</sup>

A partir de esta definición que nos trae el código, podemos citar a la Dra. Calzzani, G. quien nos dice, 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. Conforme lo expresado por el art 672, decimos que el progenitor afín es aquel padre o madre no biológico del niño con el que convive en un mismo hogar familiar y de los cuales surgen las principales cargas familiares. Este niño es el hijo del cónyuge o el hijo de la pareja convivencial, denominado, en la voz corriente, como “hijo/a del corazón”. (Calzzani y Sanchez, 2015)

Podemos observar que el legislador ha tenido en cuentas cuestiones relativas a la realidad que nos circunscribe y por eso no ha dejado de considerar a la situación que se da a través del afecto o cariño que se produce en uniones que no son simplemente biológicas al respecto nos dice la Dra. Kemelmajer de Carlucci (2014) la apertura al “afecto” como concepto jurídico:

Llamativamente, el afecto, a diferencia del dato genético, rara vez aparece mencionado en las normas jurídicas referidas a la familia.

No obstante, los operadores del derecho han empezado a pensar que, en numerosas ocasiones, las relaciones familiares deberían moverse más en el ámbito de la afectividad que en el de los lazos biológicos o genéticos, o en el de la regulación legal única; de allí que un concepto que parecía pertenecer sólo al derecho brasileño (la afetividade), se ha trasladado a otros ordenamientos en los que ya se comienza a hablar del "parentesco

---

<sup>8</sup> art. 672 del Código Civil y Comercial de la Nación

social afectivo", para reflejar la relación que surge entre personas que, sin ser parientes, se comportan entre ellos a modo y semejanza; se ha producido, entonces, lo que ha dado en llamarse "desencarnación", o sea, el debilitamiento del elemento carnal o biológico en beneficio del elemento psicológico y afectivo.(Kemelmajer de Carlucci, 2014)

Se puede ver que la Dra. nos dice como este cambio en el nuevo código no solo se da en las formas de lenguaje que usa, es decir ya no un lenguaje tan técnico, sino uno más bien de fácil comprensión, sino que también los redactores del código se propusieron introducir conceptos o temas referidos a lo afectivo, es decir a esas personas que no tienen un lazo familiar directo, ya sea este de cualquier grado que se pueda observar o pedir, sino que es esa persona que para el niño es fundamental en su crecimiento, desarrollo y que a veces lo encontramos en amigos de los progenitores o esos padrinos que las familias eligieron para que sean los que guían a sus hijos. Estas personas que tienen una relación afectiva con los niños ahora tienen su regulación y sus derechos en el actual ordenamiento jurídico.

En el capítulo que sigue se podrá apreciar como el ordenamiento jurídico a través de sus legisladores logra introducir la figura del progenitor afín, el cual como ya se expuso, pasa a ocupar un rol en esta familia ensamblada. Rol que en determinadas situaciones específicas y tipificadas pueden llegar a derivar en una delegación de la responsabilidad parental. Dicha delegación implica no solo una participación más activa en la vida del niño, sino también en la ayuda de los quehaceres diarios de la familia y del padre o madre.

## CAPITULO CUARTO

### DERECHOS Y DEBERES DEL PROGENITOR AFÍN

#### 1.-introduccion y Concepto:

Para poder empezar a hablar de este tema es necesario, volver a ver a repasar unos de los primeros capítulos de este trabajo, es decir la familia ensamblada, ya que la figura del progenitor afín, es sin duda una de las reformas sustanciales que tuvo este código con respecto a las familias ensambladas. Si bien este instituto se encuentra regulado en el art. 672 del código objeto de estudio, antes de poder analizarlo bien voy realizar una pequeña introducción del tema con las palabras de la Dra. Kemelmajer de Carlucci (2014) quien nos dice que:

Sobre la base del mencionado principio de democratización de la familia, el anteproyecto regula ciertos aspectos que involucran a la llamada familia ensamblada, es decir, esa estructura familiar originada en el matrimonio o en las convivencias de pareja, en la cual uno o ambos tienen hijos, nacidos con anterioridad a esta unión. De este modo se alude a las situaciones de segundas nupcias de viudos/as y divorciados/as, y aquellas otras en las cuales uno de los cónyuges es soltero y el otro viudo o divorciado. Un capítulo particular se dedica a las funciones, derechos y deberes de los llamados "progenitores afines". Esta denominación sigue la más calificada doctrina nacional sobre el tema, que designa con este término a los nuevos cónyuges o parejas de los progenitores; se recurre a un vocablo ya existente en nuestro Código Civil, como es el parentesco por afinidad, que establece lazos de parentesco derivados del matrimonio y con los parientes consanguíneos del cónyuge, y se lo extiende a las uniones convivenciales. (Kemelmajer, 2014)

En primer lugar, se reconoce el deber del cónyuge o conviviente de un progenitor a cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, así como la facultad de realizar actos de la vida cotidiana de estos niños, como por ej., firmar boletines, autorización para salidas extracurriculares, anotarlo en torneos recreativos, etc. destacándose que esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental que continúa en cabeza de los progenitores. Se reconoce el vínculo afectivo que se genera entre el progenitor y los hijos de su pareja cuando conviven, otorgando ciertos derechos a los primeros sin excluir los derechos y deberes de los progenitores como

principales responsables de los hijos. En este sentido, se prevé la posibilidad de delegar el ejercicio de la responsabilidad parental a favor del progenitor afín cuando el o los progenitores no se encuentren en condiciones de cumplir plenamente con sus funciones a su cargo por diversas razones como ser viajes, enfermedad, etc. Por las implicancias jurídicas que se derivan, y en la misma línea que acontece en la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental a un tercero, el Anteproyecto prevé que este acuerdo sea homologado judicialmente, salvo que el otro progenitor —el que no delega, el no conviviente— esté de acuerdo con este traspaso temporario de responsabilidades. Se admite el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental entre el progenitor que tiene a su cargo el cuidado del hijo y su pareja matrimonial o conviviente sobre el hijo del primero que vive con ambos. Este acuerdo: (A) exige homologación; (B) si existe algún desacuerdo, se prioriza la decisión del progenitor del niño; (C) se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial" (Carlucci, 2014)

Ahora bien, para darnos un concepto ya más propio de la reforma y que está en el código pasare a citar al Dr. Azpiri (2015) quien nos dice que, Se han introducido en la legislación normas específicas sobre los deberes y derechos que surgen ente los hijos de una persona y su cónyuge o conviviente. Dicha, necesidad de esta regulación se pone de manifiesto por la proliferación de familias ensambladas que existen en la actualidad, ya que hasta el presente entre las personas involucradas hay parentesco por afinidad y del él solo emanan impedimentos matrimoniales y el deber alimentario subsidiario. La vida cotidiana entre el hijo de una persona y su cónyuge o conviviente no se agota en esas escasas relaciones jurídicas, sino que justifican una normativa específica. (Azpiri, 2015)

El criterio orientador de esta modificación legislativa ha sido por un lado reconocer una estructura familiar que se presenta con frecuencia en la actualidad, y por el otro estimular la función que cumple el progenitor afín con la relación a los menores sin que ello implique menoscabar los derechos del progenitor. Se ha tratado de adicionar afectos y responsabilidades que resultan relevantes en la vida de los hijos. (Azpiri, 2015)

En el mismo sentido nos dice el Dr. Notrica. (2015) que la Reforma regula a la llamada “familia ensamblada”, siguiendo la misma línea de ampliación de derechos,

reconoce otras formas de organización familiar, aplicando y extendiendo el principio de solidaridad. Define expresamente como progenitor afín al cónyuge o conviviente del progenitor que tiene a su cargo el cuidado del niño o adolescente. Le otorga determinados derechos y deberes en beneficio de los hijos de su pareja —casada o no—, con quienes convive. Esta denominación se utiliza con independencia de que el progenitor no conviviente haya fallecido o se lo haya privado de su responsabilidad parental. De este modo, se reconoce desde el plano normativo la ampliación de lazos socio afectivo que un niño puede tener. Así, se trata de una figura que suma, y no que reemplaza o excluye.

Ahora bien, tal como hemos dicho, se reconocen y fijan los derechos y deberes del progenitor afín. Así, tienen la obligación de cooperar en la crianza y educación de los hijos de su pareja pudiendo, incluso, llevar adelante actos cotidianos relativos al ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. Además, en determinadas circunstancias, puede hacerse cargo del cuidado de estos niños cuando, por diversas razones y de manera transitoria, el progenitor no puede hacerlo (por ejemplo, cuando debe alejarse de manera no permanente por razones laborales o de salud, que lo obligan a hacer un tratamiento prolongado fuera de su lugar de residencia), o ejercer conjuntamente con este progenitor el ejercicio de la responsabilidad parental. En supuestos excepcionales y de carácter subsidiario, el progenitor afín puede contribuir a la manutención alimentaria. De esta forma, se alienta la cooperación de la nueva pareja en el cuidado del hijo del cónyuge o conviviente y se identifica de modo expreso la relación entre un cónyuge o conviviente con los hijos del otro. Va de suyo que esta cooperación no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental, ya que la normativa solo pretende dar legitimidad a las labores del progenitor afín en apoyo de la función parental, tal como lo hemos referido precedentemente. No implica de ninguna manera el desplazamiento de la figura materna o paterna, sino que suma los afectos y/o vínculos significativos en la vida de los niños y adolescentes. (Notrica, 2015)

Y por último encontramos al Dr. Ricardo Lorenzetti que nos dice respecto de esta figura:

*El Código regula a la llamada "familia ensamblada". De este modo, define como progenitor afín al cónyuge o conviviente del progenitor que tiene a su cargo el cuidado*

del niño o adolescente. Le otorga determinados derechos y deberes a cargo de tales personas en beneficio de los hijos de su pareja -casada o no- con quienes convive. Esta denominación se utiliza con independencia de que el progenitor no conviviente haya fallecido o se lo haya privado de su responsabilidad parental. Es decir, no se trata de reemplazar al progenitor no conviviente, sino, por el contrario, de reconocer desde el plano normativo la ampliación de lazos afectivos que un niño puede tener. Así, se trata de una figura que suma, adiciona y no que reemplaza o excluye. (Lorenzetti, 2014)

## **2.- Que se entiende cuando hablamos de parentesco por afinidad**

Hemos visto que el art. 672 define al progenitor afín, ahora bien, esta figura como su nombre lo indica, toma en base al parentesco por afinidad, el que está previsto en los arts. 536, 509 y 510 del C.C. y C. pero esta clase de parentesco que es el que se crea cuando una familia contrae matrimonio y de esta unión de dos familias se concibe la idea del parentesco por afinidad. Pero el del progenitor afín va un poco más allá del que estipula este código, por eso es necesario su estudio. Para esto empezare a citar el Dr. Lorenzetti, (2014) quien nos dice que la noción de parentesco es una noción cultural que se va modificando a lo largo del tiempo y de acuerdo al grupo social del que hablemos.

En el ordenamiento jurídico argentino el parentesco está establecido por tres fuentes u origen del mismo. De este modo decimos que se puede ser pariente por consanguinidad, por afinidad y por adopción. En donde el parentesco por consanguinidad es lo que une a una persona con otra es un lazo sanguíneo, es decir, el vínculo de un niño con su progenitor o con el progenitor de su progenitor, o con la hermana de éste, etcétera. Y el parentesco por afinidad se produce cuando a raíz del matrimonio se genera vínculos con los parientes consanguíneos del cónyuge. Es decir, por ejemplo, el hermano del cónyuge es el hermano afín. (Lorenzetti, 2014)

En el Código la figura del padre afín involucra tanto al cónyuge como al conviviente del progenitor que está a cargo del niño. Véase que no se dice “unión convivencial”, sino, simplemente, convivencia, por lo cual no rigen los requisitos previstos por los artículos 509 y 510. Por lo tanto, *la regulación sobre los derechos y deberes de los progenitores afines involucra tanto al cónyuge como al unido en convivencia como al que simplemente constituye una convivencia* –es decir, no tener menos de 2 años en



dicha relación de pareja- por aplicación del aforismo “no se puede distinguir donde la ley no distingue”. (Lorenzetti, 2014)

Ahora hecha esta pequeña introducción respecto al parentesco por afinidad y el progenitor afín, creo conveniente introducirme es que es el parentesco por afinidad para esto pasare a citar a la Dra. Herrera (2015) quien nos dice que el Código Civil y Comercial regula en el art. 536 el parentesco por afinidad. Como se adelantó, el parentesco puede ser de dos tipos: parentesco a secas y que involucra por igual a los tres tipos de filiación (por naturaleza, por técnicas de reproducción asistida y por adopción) como así también, el parentesco por afinidad que se genera a partir de la celebración de las nupcias. Como bien se lo define en el mencionado artículo: "El parentesco por afinidad es el que existe entre la persona casada y los parientes de su cónyuge. Se computa por el número de grados en que el cónyuge se encuentra respecto de esos parientes. El parentesco por afinidad no crea vínculo jurídico alguno entre los parientes de uno de los cónyuges y los parientes del otro".

El Código Civil y Comercial concentra en un solo articulado los principales elementos tipificantes de este tipo de parentesco que se genera sólo cuando dos personas celebran un matrimonio. Como se ha analizado, las uniones convivenciales no generan vínculo de parentesco, sino que se las reconoce como causa fuente de determinados derechos y deberes cuando el Código Civil y Comercial lo establece de manera precisa. El supuesto más claro es el caso de los llamados progenitores afines en las familias ensambladas en las que los adultos no están unidos por vínculo matrimonial, sino que existe entre el progenitor de un niño y su pareja una unión convivencial. De esta manera, entre el hijo y la pareja de su madre que convive con ellos —persona denominada por el Código Civil y Comercial "progenitor afín"— no hay vínculo de afinidad, pero sí se generan entre ellos determinados derechos y obligaciones. (Herrera, 2015)

La denominación "progenitor afín" se aplica en el supuesto de las familias ensambladas exista o no matrimonio en la pareja de adultos convivientes con hijos de uno u otro integrante de la pareja. Si bien el parentesco por afinidad se crea sólo ante la existencia de matrimonio, lo cierto es que no se encontraba un término más apropiado para reemplazar el de "madrastra", "padraastro" e "hijastro" que portan consigo una fuerte carga negativa. En definitiva, fuera de este supuesto o vínculo excepcional que

se desarrolla en las familias ensambladas, en el resto de los casos, la noción de parentesco se circunscribe al vínculo matrimonial. (Herrera, 2015)

El Dr. Millan (2015) también nos dice respecto al parentesco por afinidad, como esta institución es aplicada a la figura del progenitor afín, quien nos dice que resulta necesario resaltar que el 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 ésta, surgida de un vínculo matrimonial o de una unión convivencia, pero ello no debe asimilarse al parentesco por afinidad, nada más lejos de eso. Sobre la base del mencionado principio de democratización de la familia, el Nuevo Código regula ciertos aspectos que involucran a la llamada familia ensamblada, es decir, aquella estructura familiar originada en el matrimonio o en las convivencias de pareja, en la cual uno o ambos tienen hijos, nacidos con anterioridad a esta unión. De este modo, se alude a las situaciones de segundas nupcias de viudos/as y divorciados/as, y aquellas otras en las cuales uno de los cónyuges es soltero y el otro viudo o divorciado.

El reciente Código Civil, le dedica un título exclusivo al parentesco y lo define en el artículo 529. Parentesco es el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad es por ello que el artículo 536, define el parentesco por afinidad, es el que existe entre la persona casada y los parientes de su cónyuge. Se computa por el número de grados en que el cónyuge se encuentra respecto de esos parientes. El parentesco por afinidad no crea vínculo jurídico alguno entre los parientes de uno de los cónyuges y los parientes del otro. Afinidad entonces, es el vínculo legal existente en virtud del matrimonio válido entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro cónyuge. (Millan, 2015)

Para que estemos en presencia del parentesco por afinidad, necesariamente tenemos que estar en presencia de un matrimonio, y el progenitor afín es una figura distinta. Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente. De todos modos, en el Único supuesto que estamos ante un progenitor afín, sería cuando ha mediado vínculo de matrimonio. El progenitor afín, no en todos los supuestos pasa a ser pariente, es un vínculo que tiene otro origen, al cual se le imputa una obligación alimentaria, con características propias. (Millan, 2015)

### **3.- Deberes del progenitor afín:**

Al ver este tema, se puede, observar que ya se adelantó algo del mismo cuando vimos el concepto de progenitor afín, es decir, no son otros más que los deberes que se tiene que tener toda persona, primero como miembro de una familia y segundo como padre o en este caso progenitor afín de sus hijos afines. Es decir, colaborar en todos los quehaceres del hogar y crianza de los niños. Pero esto que parece a simple vista tan obvio, durante mucho tiempo se tuvo relegado o como dice el vocablo popular “cero a la izquierda” a esta figura que bien podría ser el padrastro o madrastra, o la simple pareja de mi mamá o papá. Esto vino a solucionarse con la actual reforma y para ello lo estable en el art. 673<sup>9</sup>.

Al respecto del este artículo, pasare a exponer lo que nos viene a decir el Dr. Lorenzetti (2014), quien nos dice:

El Código recepta lo que acontece en la práctica: que la pareja del progenitor conviviente lleva adelante ciertos actos de la vida cotidiana de los hijos de aquél, en beneficio de estos niños o adolescentes. Esto es recogido de manera expresa en la normativa en análisis. De este modo, se le brinda un ropaje jurídico a lazos de afecto que muestra la realidad cada vez con mayor presencia y envergadura. Además, también se le permite en forma expresa al progenitor afín poder tomar decisiones en situaciones de urgencia en las que se encuentre el niño o adolescente. El Código prevé que ante una situación en la que el progenitor y el progenitor afín no acuerden en circunstancias que afecten al niño o adolescente deberá primar la decisión del padre o madre del niño. A fin de evitar cualquier tipo de desplazamiento, el Código deja bien aclarado que la colaboración que realice el padre afín en el cuidado del niño o adolescente no modifica los derechos de los titulares de la responsabilidad parental. (Lorenzetti ., 2014)

#### **I) Implicancias de la incorporación del padre afín**

Cuando hablamos de la función de cuidado y educación de un niño o adolescente, debemos tener presente que, aunque es una labor primordial de los padres, puede abarcar a parientes o personas que asumen tales tareas que pueden distribuirse o

---

<sup>9</sup> ARTICULO 673.-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. (Codigo Civil y Comercial , 2015)

complementarse, pero ello en modo alguno implica el desplazamiento o la sustitución de la figura materna o paterna.

La incorporación de la categoría padre afín viene a regular una realidad existente. Los cónyuges o convivientes de los padres de los niños o adolescentes son en muchas ocasiones los encargados de colaborar en el cumplimiento de las actividades diarias de los niños, llevarlos o traerlos del colegio, acompañarlos al médico, colaborar con las tareas escolares, etcétera, todas cuestiones que hacen a la vida cotidiana del niño o adolescente. Es preciso señalar que esta colaboración debe estar consensuada en el seno familiar e incluso, de ser posible, con el progenitor no conviviente del niño o adolescente, a fin de garantizar una buena dinámica familiar en virtud del interés superior del niño. (Lorenzetti, 2014)

Este artículo permite que de acuerdo al tipo familiar y a las necesidades de sus miembros, el progenitor afín tenga mayor o menor injerencia o participación en las actividades del niño, pero establece como deber el ocuparse de la crianza y la educación del mismo. (Lorenzetti, 2014)

Pero el Código se preocupa de dejar asentado que el niño sigue teniendo dos progenitores a quienes les caben todos los derechos y deberes como principales responsables en el cuidado y crianza de los hijos, siendo el progenitor afín una figura que complementa la dinámica de la vida cotidiana de los hijos, en beneficio de éstos. (Lorenzetti, 2014)

## **II) Solución en caso de desacuerdos**

A fin de evitar conflictos, el Código prevé que el progenitor afín debe colaborar con el cuidado y educación del hijo de su cónyuge o conviviente en todo lo concerniente al desarrollo cotidiano de la vida y que debe tomar decisiones en caso de urgencia, pero con ciertas limitaciones como se verá en el próximo apartado.

De conformidad con el valor pedagógico de la ley y para evitar posibles conflictos, se deja aclarado que en caso de desacuerdo entre el padre/madre (progenitor de origen) del niño y su cónyuge o conviviente (progenitor afín), prevalece la postura del primero por ser el responsable primario del cuidado del hijo.

## **III) límite a la colaboración del padre afín**

Como hemos adelantado, el deber de colaboración del padre afín tiene como límite las posibilidades familiares a tal fin.

Dado su carácter de complementario de la función materna/paterna que ejerce el progenitor que tiene a cargo a su hijo, la participación del padre afín estará determinada en relación con el vínculo que se genere tanto con el padre como con el hijo.

Es decir, el límite no es estricto, sino que estará dispuesto de acuerdo a la dinámica de cada familia. Debemos señalar que de todos modos quien es el obligado a ejercer la responsabilidad parental es el padre o madre del niño o adolescente y que esta colaboración que preste el padre afín de ningún modo afecta la titularidad de la responsabilidad parental que tienen ambos progenitores en los casos donde se encuentran divorciados o separados o el progenitor en caso de que el otro haya fallecido o se presuma su fallecimiento. (Lorenzetti R. L., 2014)

Al respecto la Dra. Herrera (2015) nos dice que el carácter de progenitor afín involucra derechos y deberes. En el aspecto personal, el progenitor afín 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. De este modo, se habilita a esta persona conviviente en la realidad doméstica cotidiana a implicarse no sólo en el cuidado material del hijo de su pareja, sino también e incluso en la toma de decisiones ante casos de urgencia. Por supuesto, la decisión del progenitor afín nunca podrá primar por sobre la adoptada por el propio progenitor del hijo, que convive con ambos. Asimismo, el reconocer estas facultades o derechos en ningún modo importa cercenar el ejercicio de la responsabilidad parental del progenitor no conviviente, que a pesar de la separación conserva como principio —tal como vimos— el ejercicio de la responsabilidad parental compartida con su ex cónyuge o ex conviviente, o, a lo sumo, un derecho de fluida comunicación y de información en casos de ejercicio de la responsabilidad parental atribuida en forma unipersonal. (Herrera, 2015)

Esta autora nos brinda una nota o breve explicación sobre un fallo en el cual se reconoce estos deberes y derechos que tiene el progenitor afín, con respecto a la comunicación que este debe tener con sus hijos afines aun después de la separación o divorcio que haya tenido con la madre de los mismo. Al respecto nos dice:

En el marco de las relaciones internas, de manera más reciente, el Juzgado de Familia de 2º Nominación de Córdoba, en fecha 09/02/2015 reconoció el derecho a mantener comunicación adecuada y fluida en favor del progenitor afín, frente a la ruptura de la pareja conviviente. El fallo consideró que la implicancia y participación que el progenitor afín había tenido durante la convivencia de la pareja, incluso por

facilitación y predisposición de la progenitora de la niña, no podía eliminarse ni debía variar sustancialmente por el hecho de la separación devenida en los adultos. La sentencia valora que "muchas veces entre niños y los cónyuges o convivientes de sus padres nacen y se fortalecen vínculos afectivos que nutren la vida de esos hijos. En determinadas ocasiones, la vida diaria durante la convivencia los ha llevado a crear, intensificar y vivificar situaciones que los ponen a ambos en un nuevo rol mutuo, un rol de padres/madres e hijos por afinidad. Por ello, la ruptura del vínculo adulto no puede dejar vacía esa relación que todos han logrado y de la que todos han sido partícipes". Por tal razón y reconociéndose que "entre A. y el Sr. F. T. M. se creó un verdadero lazo paterno-filial, como un padre de crianza o padre afín" se resuelve "fijar un régimen de visitas que le permita a la niña seguir manteniendo este vínculo afectivo que la nutre y favorece, pero con las características especiales que el mismo debe adquirir conforme a la nueva circunstancia de vida de esta familia que ya no comparte espacios y tiempos en común". (Herrera, 2015)

Con respecto al tema en estudio, el Dr. Azpiri, (2015) nos brinda una posición más crítica respecto a lo que establece este artículo. Es por ello que nos dice que son tres las responsabilidades que se le imponen al progenitor afín respecto de los hijos de su cónyuge o conviviente de acuerdo al art. 673 del CCCN. A la primera una observación al respecto de la redacción, porque se hace referencia a que el cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos "del otro"; debió decir "de los hijos de este", porque no se sabe quién es ese otro al que se menciona la norma. Otra cuestión a remarcar es que se impone el deber de colaboración, ya que no resultara facultativo hacerlo, aun cuando no se pretenda actuar de esa manera. Se dispone que debe cooperar en la crianza y educación sin que se establezcan parámetros para determinar el límite de actuación, lo que genera incertidumbre acerca de su alcance y por último la tercera posibilidad que otorga la norma en cuestión resulta ser importante, porque admite la adopción por parte del progenitor afín de decisiones urgentes referidas al hijo de su cónyuge o conviviente.

Para que esto pueda tener lugar, no solo el progenitor que tiene a cargo el hijo a su cuidado no tiene que estar en condiciones de adoptar una decisión, sino que tampoco el otro progenitor tiene que estar imposibilitado de comunicar su parecer, ya que la titularidad de la responsabilidad parental se mantiene incólume en su cabeza. Por lo que es atinado que en caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente

prevalezca la voluntad de aquel porque tiene un vínculo directo con el menor emanado de la responsabilidad parental. (Azpiri,2015)

Cuando una decisión del progenitor afín, no contradicha por el progenitor del menor, sea cuestionada por el otro, deberá estar a lo establecido en caso de conflicto u oposición entre los progenitores que establece el art. 642. En definitiva, con esta norma se ha procurado brindar un amparo legal a las decisiones cotidianas que el progenitor afín puede adoptar dentro de una familia, aunque estas, en la mayoría de los casos, no serán trascendentes en la vida del menor. (Azpiri, 2015)

#### **4.-Delegación de la responsabilidad parental en el progenitor afín.**

Como podemos observar el Código Civil nos trae este nuevo instituto que ya se vio anteriormente al hablar de la responsabilidad parental, más propiamente cuando se mencionó la delegación de la misma que establece el art. 643 del código. En dicha oportunidad mencionamos, tal como lo establece su artículo que se por razones o motivos que se fundamente en el interés superior del hijo y los cuales deben estar suficientemente justificadas se puede delegar esta responsabilidad, ahora bien, en este apartado se va a mencionar respecto a la delegación que puede derivar en el progenitor afín tal como lo establece el art. 674<sup>10</sup>. Como se puede observar la norma da unas series de requisitos y situaciones en las cuales se puede producir la delegación de la responsabilidad parental. Entre ellas nos menciona que en caso de que el progenitor a cargo del hijo puede delegar en su cónyuge o conviviente en caso que tenga una incapacidad transitoria, por viaje o enfermedad y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por el otro progenitor o que no fuere conveniente que este asuma su ejercicio. Es decir que la norma nos establece en qué casos se podrá realizar esta delegación, pero no deja en claro muchos otros aspectos, entre ellos quien va decidir si el otro progenitor no es conveniente que asuma dicho ejercicio, evidentemente que será vía judicial ahora, bien los jueces pueden decidir que es conveniente que dicho ejercicio sea delegado al progenitor afín, pero mientras esto sucede que ¿va pasar con los niños,

---

<sup>10</sup> ARTICULO 674.-Delegación en el progenitor afín. El progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio.

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

niñas o adolescentes? es decir si dicha decisión de los jueces llega tarde o ya paso la incapacidad, del progenitor recordemos que esta debe ser transitoria ¿qué pasa mientras tantos con estos niños, niñas o adolescentes, siguen bajo el cuidado y responsabilidad del progenitor afín o no?; ¿Que sucede si esta incapacidad transitoria se deriva en una incapacidad absoluta y se le otorgo la responsabilidad parental al progenitor afín conviviente o cónyuge, este pierda dicha delegación automáticamente? Estas preguntas y tal vez otras tratarán de ser respondidas o dar una claridad entre los autores que se expondrán a continuación.

En cuanto al artículo en cuestión el Dr. Lorenzetti (2015) no dice que el código permite la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental al padre/madre afín por parte del progenitor conviviente por circunstancias específicas y en forma temporal. La delegación del ejercicio parental es una excepción que requiere homologación judicial o de que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente. En este supuesto, el padre afín ejerce la responsabilidad parental con las atribuciones que tenía el progenitor delegante. (Lorenzetti, 2015)

Al respecto el Dr. Azpiri (2015) nos dice que el enunciado exige que el progenitor se encuentre impedido de ejercer su responsabilidad parental, pero las causas que la justifican deben ser temporarias ya que la norma las ejemplifica como de corta duración o transitoria, también se requiere que el otro progenitor tampoco se encuentre en condiciones de ejercer su responsabilidad parental. En afín la norma no dice nada de como seria el procedimiento para que dicha delegación sea procedente y como debe instrumentarse la debida publicidad para que sea oponible a terceros. (Azpiri, 2015)

Al respecto el Dr., Mizrahi (2016) nos dice que la norma en su artículo 673, impone como los deberes del cónyuge o conviviente del progenitor que tiene a su cargo el cuidado personal del niño, de cooperar en la crianza y educación de este, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia.

Como se puede observar en el artículo explicado no hay mención respecto a si la capacidad del progenitor conviviente y a cargo del menor pasara de ser temporal a perpetua o esta derivara en una muerte. En dichos casos el texto normativo tiene un vacío legal.



En definitiva, se podrá delegar la responsabilidad parental en el progenitor afín siempre que este se encuentre en convivencia con el padre/madre del niño, pero que el otro progenitor no pueda hacerse cargo del menor, hasta acá la norma podríamos decir es clara, pero sigue sin llenar el vacío legal y también social al no establecer que pasaría con los hijos en caso de que el padre/madre tuviera una incapacidad temporaria y que la misma derivara en permanente. Puesto el que padre biológico no puede asumir el cargo de la responsabilidad parental, no quedaría más opción que permitir que la siga ejerciendo el progenitor afín, ahora ¿cómo se haría esto? creo que la única solución va estar en manos de los magistrados y que los mismos sepan ver las necesidades no solo materiales de los niños sino afectivas y puedan lograr un remedio jurídico para tal posibilidad sin afectar el interés superior de los niños.

### **5.-Ejercicio conjunto de la responsabilidad parental.**

Al respecto el Dr. Mizrahi (2016) nos dice que para que las atribuciones del progenitor afín se extiendan más todavía en los supuestos de muerte, ausencia, incapacidad o capacidad restringida del progenitor no conviviente que no ejerce la responsabilidad parental; ya que, en esos casos de mediar acuerdo, podrá asumir la mentada responsabilidad juntamente con la persona que está a cargo de los hijos, aunque quedara sujeto a la homologación judicial. En todos los casos, de mediar conflictos, ha de prevalecer la opinión del progenitor (artículo 675<sup>11</sup>). (Mizrahi, 2016)

En cuanto a la regla de la prioridad que acabamos de mencionar, se ha sostenido que debe ser atenuada cuando, en la realidad familiar, lejos de cumplir el progenitor afín un rol complementario, de cooperación y de mera ayuda al otro, tiene por el contrario un rol principal en la atención del hijo, desempeñando entonces una intensa y consolidada paternidad socioafectiva. (Mizrahi, 2016).

Coincidimos que en tales situaciones sería ajustado a derecho admitir la legitimación del progenitor afín para cuestionar judicialmente lo decidido por el padre genético. Por lo tanto, dados estos casos, entendemos que el juez no debería atenerse a la literalidad

---

<sup>11</sup> ARTICULO 675.-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. Código Civil y Comercial de la Nación ,2015

de la regla (que hace prevalecer la opinión del padre) y decidir la cuestión conforme a lo que más convenga al interés del niño. (Mizrahi, 2016)

Asimismo, al art. 675 del Código Civil y Comercial se la han imputado algunas omisiones. Por de pronto, la norma menciona solo los casos de “muerte”, ausencia o incapacidad del progenitor” y nada dice de los supuestos de privación de la responsabilidad parental del artículo 700<sup>12</sup> del mismo código, concretamente cuando dicha privación acontece por una condena penal. Por otro lado, tampoco fueron contempladas todas las hipótesis en que corresponde la suspensión de la responsabilidad parental como, por ejemplo, el art. 702<sup>13</sup>. Por supuesto, el hecho de del silencio de la ley no ha de impedir al juez presentar la homologación pertinente a los acuerdos de ejercicio conjunto de la responsabilidad parental con el progenitor afín si, por ejemplo, se tratare de un padre biológico condenado penalmente por su accionar contra su descendiente (y privado de la responsabilidad parental) o fuere la situación de una condena a éste de reclusión o prisión por más de tres años. Sin duda que es el interés del hijo el que ha de prevalecer y, en función de ello, el judicante deberá decidir. (Mizrahi, 2016)

Al respecto del artículo en estudio el Dr. Azpiri (2015) nos dice que el Código a previsto la posibilidad de que el progenitor ejerza conjuntamente con el progenitor afín la responsabilidad parental: “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 debe ser homologado judicialmente y en caso de conflicto prima la opinión del progenitor. Pero dicho ejercicio se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial, también se extingue con la recuperación de la capacidad

---

<sup>12</sup> ARTICULO 700.-Privación. Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por: a) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata; b) abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero; c) poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo; d) haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo. En los supuestos previstos en los incisos a), b) y c) la privación tiene efectos a partir de la sentencia que declare la privación; en el caso previsto en el inciso d) desde que se declaró el estado de adoptabilidad del hijo. Código Civil y Comercial de la Nación ,2015

<sup>13</sup> ARTICULO 702.-Suspensión del ejercicio. El ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure: a) la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento; b) el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres años; c) la declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio; d) la convivencia del hijo con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales. Código Civil y Comercial de la Nación ,2015

plana del ejercicio de la responsabilidad parental del progenitor que no la estaba ejerciendo. (Azpiri, 2015)

No obstante, a esto la enumeración de las situaciones que permiten este ejercicio conjunto de la responsabilidad parental es incompleta porque debió hacerse referencia a que además de la muerte, los supuestos de privación y suspensión del ejercicio que resulten pertinente brinden esta posibilidad. (Azpiri, 2015)

Sin embargo, en todos estos supuestos mencionados anteriormente el siempre el progenitor puede ejercer por si solo la responsabilidad parental como lo autoriza el art. 641, inc., c)<sup>14</sup> del Código. (Azpiri, 2015)

El acuerdo que materializa el ejercicio de la responsabilidad parental para que produzca efectos debe ser homologado judicialmente. Pero esto no significa que tanto el progenitor como el progenitor aún se encuentren en un pie de igualdad, porque en caso de desacuerdo prevalece la opinión de aquel, siempre y cuando, por supuesto, respete el interés superior del menor. Es decir, que esta preferencia por la decisión del progenitor no excluye la posibilidad de que el progenitor aún plantee judicialmente su desacuerdo y el magistrado deberá resolver teniendo en cuenta el interés del menor. (Azpiri, 2015)

---

<sup>14</sup> ARTICULO 641.-Ejercicio de la responsabilidad parental. El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde: ... c) en caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, al otro; Código Civil y Comercial de la Nación ,2015

## CONCLUSION

La familia, tema principal de este trabajo y de todos nosotros, después de todo, que seríamos sin nuestra familia. Ese núcleo de personas que hacen a la crianza de nuestros futuros hijos/as, bien digo núcleo de personas porque como se habrá podido apreciar la familia ya no se compone de mamá, papá e hijos, ahora esta familia va mucho más allá, es más amplia responde coloquialmente a los: “tuyos, los míos y los nuestros”, a la familia ensamblada, uno de los tantos tipos de familia que hay hoy en la sociedad actual y que el código civil y comercial, vino a proteger, a regular a darle un marco jurídico, ese marco que tanto necesitaba y del cual carecía.

Así este código parte de esta noción básica (Kemelmajer de Carlucci 2014) que la familia puede tener origen en un hecho biológico (por ej., lazos que unen a un niño con su progenitora), pero los vínculos jurídicos están condicionados por la cultura de cada sociedad. Por eso, el concepto jurídico de familia, al igual que el de filiación y el de matrimonio, no está atado a "la naturaleza"; depende de las poblaciones, las políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, etcétera, en otras palabras, aunque distintas formas familiares han existido y existen en todos los pueblos y en todas las épocas, el concepto de familia, como el de matrimonio y el de filiación, es una creación "cultural", no "natural" o "esencial" y, por lo tanto, cambiante... (Kemelmajer de Carlucci, 2014).

Partiendo de esta concepción, podemos afirmar que nuestro código ha avanzado en camino a un derecho civil más acorde a nuestra constitución, es decir sea democratizado y por eso ha realizado un giro casi copernicano a la hora de regular el derecho de familias, si familias ya no familia en singular, porque hay diversos tipos de familias, las monoparentales, las de ayuda mutua y las que hemos tratado acá las familias ensambladas, entre otras

Al decir de la Dra. Herrera (2014), respecto de la familia ensamblada nos dice que: “La familia ensamblada es una realidad social en constante aumento. Es conocida por la frase coloquial de “los tuyos, los míos y los nuestros”. Sin embargo, no todos estos componentes tienen que estar presentes para que pueda hablarse de familia ensamblada; puede haber “tuyos y míos”, “tuyos y nuestros” o “míos y nuestros”. Se trata de familias que se constituyen a partir de segundas o terceras nupcias o convivencias teniendo en uno o ambos contrayentes/convivientes hijos de otra relación. El CCyC recepta este tipo de familias y reconoce la figura del progenitor afín, es decir, aquel que sin ser el

padre o madre vive el día a día cotidiano con este niño de su pareja. En este sentido, se prevé la atribución de cooperar en la crianza y cuidado de los niños/as, la de actuar en casos de urgencia, etc.; Obviamente, si hay desacuerdo, prevalece el criterio del progenitor, todo ello sin afectar los derechos de los que tienen la responsabilidad parental de ese niño. Asimismo, el progenitor afín tiene el deber de alimentos a favor de los hijos de su cónyuge o conviviente, deber subsidiario, pues los principales responsables son sus padres”. (Herrera, 2015).

Y dentro de estas viene a resaltar la figura del progenitor afín como bien dice la Dra. Herrera, figura que hasta ahora estaba exento de regulación, ese casi tercero en la relación familiar, que no tenía ni voz ni voto, pero que ayuda en la crianza de los hijos, en los quehaceres del hogar, que contribuye con los gastos y mantención del hogar. Esta figura que a partir de ahora pasa a tener un rol con deberes y derechos.

Pero para poder llegar a esté, fue menester tener que cambiar también la forma del lenguaje como el lenguaje no es neutro, el Código reemplaza el término “patria potestad” por el de “responsabilidad parental”, de conformidad con varios principios constitucionales-internacionales, como ser: 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, todos ellos, en el marco de la obligada “democratización de las relaciones familiares”, entre ellas, el vínculo entre padres e hijos que ya no gira en torno de la noción de “potestad” o “poder”, sino de “responsabilidad”. No se trata sólo de un remplazo terminológico, sino que implica un replanteo de la relación paterno filial a la luz de la doctrina internacional de los derechos humanos. A esta institución ya no se la observa como un poder de los padres sobre los hijos, sino que la noción de *responsabilidad parental* permite visualizar a esta figura como una función de colaboración, orientación, acompañamiento e, incluso, contención, instaurada en beneficio de la persona menor de edad en desarrollo para su formación y protección integral. (Lorenzetti R. L., 2014)

Tal es la implicancia del uso del lenguaje que, este ha sido un tema más que debatido en varias jornadas de derecho civil y que ahora después de tanto tiempo viene a ser subsanado por este código. Pero no solo se trata del lenguaje, este cambio también implica, como se mencionó up supra, que, de ahora en más nuestros hijos, es decir lo

niños, niñas y adolescentes, pasan a ser sujetos de derechos, con todo lo que esto implica. Es así que la norma civil, logra adaptarse a las normas de los derechos internacionales que tienen jerarquía constitucional en el art. 74 inc. 22, y también a la ley 26.091 que regula los derechos de los niños, niñas y adolescentes. A partir de ahora ellos pasan a ser los principales protagonistas en cuanto a las familias, que quiero decir que, en todo pleito, que haya y en los cuales se tenga que debatir respecto a sus derechos o bienestar, ellos tendrán una participación activa, en donde el Juez tendrá que escucharlos y tomar decisiones en base al interés superior de los niños, niñas o adolescentes.

Este cambio también implicó que hoy en día, el progenitor afín, en base al interés superior del niño, tiene que ayudar en la crianza y mantención de los mismo y hasta en caso de separación se estableció que si la familia o mejor dicho el bienestar del menor fuera o se viera disminuido por el aporte que este realizaba mientras convivía con ellos, el mismo deberá pasar una cuota alimentaria, la cual tendrá un carácter temporal que puede llegar en muchos casos a durar el mismo tiempo que duro la convivencia o matrimonio según sea el caso. Pero también el progenitor afín puede pedir derechos a visitas con los hijos afines, ya que al cabo entre ambos ha surgido una relación de afecto en la cual progenitor afín e hijo afín, pueden verse perjudicados emocionalmente en caso de separación. Al respecto la Dra. Herrera nos trae un fallo en el cual nos dice que, en el marco de las relaciones internas, de manera más reciente, el Juzgado de Familia de 2° Nominación de Córdoba, en fecha 09/02/2015 reconoció el derecho a mantener comunicación adecuada y fluida en favor del progenitor afín, frente a la ruptura de la pareja conviviente. El fallo consideró que la implicancia y participación que el progenitor afín había tenido durante la convivencia de la pareja, incluso por facilitación y predisposición de la progenitora de la niña, no podía eliminarse ni debía variar sustancialmente por el hecho de la separación devenida en los adultos. La sentencia valora que "muchas veces entre niños y los cónyuges o convivientes de sus padres nacen y se fortalecen vínculos afectivos que nutren la vida de esos hijos. En determinadas ocasiones, la vida diaria durante la convivencia los ha llevado a crear, intensificar y vivificar situaciones que los ponen a ambos en un nuevo rol mutuo, un rol de padres/madres e hijos por afinidad. Por ello, la ruptura del vínculo adulto no puede dejar vacía esa relación que todos han logrado y de la que todos han sido partícipes". Por tal razón y reconociéndose que "entre A. y el Sr. F. T. M. se creó un verdadero lazo

paterno-filial, como un padre de crianza o padre afín" se resuelve "fijar un régimen de visitas que le permita a la niña seguir manteniendo este vínculo afectivo que la nutre y favorece, pero con las características especiales que el mismo debe adquirir conforme a la nueva circunstancia de vida de esta familia que ya no comparte espacios y tiempos en común". (Herrera, 2015)

El Código Civil y Comercial regula los efectos que la familia ensamblada apareja, en cuanto a las relaciones que se generarán entre el llamado progenitor afín y los hijos de su pareja. Así, el art. 672 denomina "progenitor afín" al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente. El rol de "progenitor afín" es independiente de su generación a resultas de un vínculo matrimonial o extramatrimonial: lo importante es la realidad vivencial que demuestra a esta figura conviviendo con quien tiene el cuidado personal del niño; a partir de allí se establece cuál será el alcance de la participación de este progenitor afín en la vida del hijo de su cónyuge/conviviente. (Herrera, 2015)

Como se podrá observar, los cambios introducidos en materia del derecho de familias, es revolucionario, pero sobre todo se adaptó a la realidad imperante de nuestra actual sociedad. A partir de ahora las familias ensambladas han logrado un marco que las regule, pero no solo eso, sino que también el progenitor afín, gracias a los cambios introducidos en la representación parental, tiene ahora derecho y obligaciones y hasta en algunos casos se les puede delegar la responsabilidad parental en ellos, cosa que antes era impensado con la patria potestad. Es por ello que creo que este código civil no solo vino a salvar tal vez una deuda que tenía de años y que debía adaptarse a la nueva sociedad, sino que además trajo consigo algo más que seguramente se empezara a ver en las futuras y prontas decisiones judiciales en cuales se verán implicados varios protagonistas de estas familias ensambladas en las cuales ahora el progenitor afín también puede participar desde el rol que le toca cumplir en estas familias y que no hay que olvidar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

## BIBLIOGRAFIA

- Azpiri, J. O. (2015). *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de Familia*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Calzzani, G. E., & Sanchez, L. A. (08 de junio de 2015). *DFyP*. Obtenido de AR/DOC/1078/2015.
- Carlucci, A. K. (8 de octubre de 2014). Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino 2014. *La Ley*.
- Código Civil y Comercial*. (2015). Buenos Aires: Ediciones del País.
- Constitucion Nacional. (1994).
- Costa, M. J., & Ferrando, M. R. (2008). *manual de derecho de familia* (Vol. tomo I). Santa Fe, Santa Fe: Rubinzal- Culzoni.
- FANZOLATO, E. (2007). *Derecho de Famliia* (2007 ed.). advocatus.
- Herrera, M. (2015). *Manual de Derecho de las Familias* (primera ed.). Buenos Aires: AbeledoPerrot S.A.
- Herrera, M. (noviembre de 2015). Preguntas y respuestas basicas y ensenciales para comprender los principales cambios del Código Civil y Comercial en las relaciones de famlia. *Colegio de abogados de la plata*.
- Iturburu, F. P. (2015). Responsabilidad Parental. Algunos aspectos trascendentales a la luz del C.C. y C. de la nacion. Salvando viejas deudas. *infojus*.
- Lorenzetti, R. L. (12 de Diciembre de 2014). Obtenido de Nuevo Código: <http://www.nuevocodigocivil.com/introduccion-al-codigo-civil-y-comercial-por-ricardo-lorenzetti/>
- Lorenzetti, R. L. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nacion Comentado* (Vol. Tomo IV). Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni.
- Marisa Herrera, G. C. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nacion Comentado* (Vol. tomo II). Buenos Aires: Direccion Nacional del Sistema Argentino de Informacion Juridica.
- Medina, G. (2012).
- Medina, G. (tres de Noviembre de 2014). *La responsabilidad PARENTAL en el Código Civil y Comercial de la Nacion*. Obtenido de DFyP2014: AR/DOC/3797/2014
- Millan, F. (2015). El progenitor afín y su obligacion alimentaria en el nuevo Código Civil y Comercial. *Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nacion*, 29.
- MINEYERSKY, N. (2012). LOS NUEVOS PARADIGMAS EN LAS REALACIONES FAMILIARES. *Revista Pensar en Derecho*, 69-116.
- Mizrahi, M. L. (2015). *Responsabilida Parental*. Buenos Aires: ASTREA.



Notrica, F. y. (Julio de 2015). *Responsabilidad Parental*. Obtenido de infojus.

Ortega Carrillo de Albornoz, A. (2012). <http://www.derechoromano.es/2011/2012/la-familia.romana.html>.

Zannoni, Gustavo A. y Bossert Eduardo A. (2007). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Astrea.