

“PARENTESCO DE LOS PROGENITORES AFINES”



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

ABOGACÍA

VERÓNICA DEL VALLE GARCÍA

2018

Resumen

El Código Civil y Comercial sin dudas consagró la reforma jurídica que Argentina necesitaba imperiosamente a los fines de ajustarse a los tiempos actuales, a las sociedades modernas y a los lineamientos internacionales en materia de derechos humanos. Tal es así que una de las características sobresalientes del Código se asienta en la recepción y armonía normativa del derecho positivo interno con los instrumentos internacionales de raigambre constitucional (art.75 inc.22 C.N).

Focalizar en los derechos y obligaciones de los progenitores afines, conforme se incorporaron al plexo normativo civil vigente ciertas cuestiones y circunstancias que no habían sido hasta el 1 de agosto del año 2015 reguladas y que atienen a vicisitudes cotidianas del núcleo familiar, específicamente al ámbito de la responsabilidad parental, los derechos y deberes de los progenitores afines tratando de señalar en qué casos la ley vigente los considera como parientes de los hijos de su cónyuge o convivientes y en qué casos no los considera de esa manera conformara la tarea de este trabajo final de grado.

En las distintas proyecciones que ha de perseguir la legislación civil en materia de familia, se encuentra indubitadamente el prefijar situaciones jurídicas cuya respuesta esté orientada a brindar la seguridad jurídica que requieren todos los individuos comprendidos en las normas que los afecten directamente. Más aún, las respuestas dadas deben ser previsibles y efectivas, sobre todo si dicha seguridad jurídica es comprensiva de la vida de los hijos y de la responsabilidad parental para con ellos, tratando de evitarse todo daño a cualquiera de los involucrados. He aquí la importancia que acarrea la problemática propugnada.

Conforme lo expuesto, es posible apreciar, se trata de una temática novedosa, poco discutida aún en la doctrina y en la jurisprudencia, en cuanto refiere a la regulación del progenitor afín.

Palabras claves: derecho de familia- progenitor afín – responsabilidad parental- derecho y obligaciones de progenitor afín

ABSTRACT

The Civil and Commercial Code undoubtedly enshrined the legal reform that Argentina urgently needed in order to adjust to current times, modern societies and international guidelines on human rights. This is so that one of the salient features of the Code is based on the reception and normative harmony of positive internal law with international instruments of constitutional origin (art.75 inc.22 C.N).

Focus on the rights and obligations of related parents, as certain issues and circumstances that had not been regulated until August 1, 2015, and that adjust to the daily vicissitudes of the family nucleus, specifically to the scope of the law, were incorporated into the current normative civil plexus. parental responsibility, the rights and duties of related parents trying to indicate in which cases the current law considers them as relatives of the children of their spouse or cohabitants and in which cases does not consider them in that way. The idea, in short, is to warn also the problems that this causes.

In the various projections to be pursued by civil legislation in the area of family, it is undoubtedly the prefix legal situations whose response is aimed at providing the legal security required by all individuals covered by the rules that affect them directly. Moreover, the answers given must be predictable and effective, especially if this legal security is comprehensive of the children's lives and of parental responsibility towards them, trying to avoid any harm to anyone involved. Here is the importance of the problem advocated.

According to the above, it is possible to appreciate, it is a novel topic, little discussed even in the doctrine and jurisprudence, as regards the regulation of the affinal parent.

Keywords: family law - related parent - parental responsibility - right and obligations of related parent

INDICE

INTRODUCCIÓN	6.
CAPÍTULO I	9.
LAS RELACIONES DE FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL	9.
1. Los cambios sociales y la dinámica familiar	9.
2. Las familias en los textos constitucionales	10.
2.1 Las consecuencias de la constitucionalización del derecho en materia de relaciones familiares	13.
3. La familia interpretada por la jurisprudencia de la CIDH	15.
4. Orden público familiar y autonomía de la voluntad	17.
4.1 Cambios en el orden público familiar argentino	19.
5. Distintas formas de organización familiar	20.
6. Los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho	24.
CAPÍTULO II	28.
RESPONSABILIDAD PARENTAL. EL GRAN CAMBIO	28.
1. Responsabilidad parental. Concepto y finalidad	28.
1.1 Autonomía progresiva y reformulación del vínculo entre progenitores e hijos	30.
2. Titularidad y ejercicio de la responsabilidad familiar	32.
2.1 Antecedentes históricos	33.
2.2 Distintos supuestos	35.
2.3 Desacuerdos, autorización conjunta y derecho-deber de cuidado personal	37.
3. Régimen de comunicación	40.
4. Ejercicio de la responsabilidad parental por terceros	41.
5. Derecho- deber alimentario	42.
6. Representación legal	44.
7. Administración de los bienes de los hijos	47.
8. Extinción, supresión y privación de la responsabilidad parental	49.

CAPÍTULO III.....	52.
LOS PROGENITORES AFINES. UNA INCORPORACIÓN LEGISLATIVA ESPERADA	52.
1. La realidad Social. Antecedentes	52.
2. Mandatos Constitucionales	55.
2.1. El Código recoge la orientacion que prima en el Derecho Contemporaneo	56.
3. Derechos y Deberes de los progenitores afines.....	57.
4. Derechos de comunicación con el Padre/Madre afín	63.
5. Derechos Sucesorios	64.
CAPÍTULO IV: LA RESPONSABILIDAD PARENTAL FRENTE AL PROGENITOR AFÍN ...	67.
1. El rol de terceros y el ejercicio de la parentalidad	67.
2. Los dilemas al regular la ubicación jurídica del progenitor afín	69.
3. El progenitor afín ¿un nuevo concepto de padre?	70.
3.1 El debate entre el rol del progenitor y el progenitor afín	71.
4. Necesidad de un estatuto jurídico especial para el progenitor afín	72.
CONCLUSIONES	77.
BIBLIOGRAFÍA.....	81.

Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación contempla una novel perspectiva de la anteriormente denominada patria potestad. Tal es así que sustituyó dicha denominación por la de responsabilidad parental; institución que tiene ciertas y determinadas características y alcances.

Dentro de esta responsabilidad parental, es dable destacar, se encuentra la figura del progenitor afín el que tiene un rol complementario en el desarrollo integral del niño, aun cuando tenga un solo progenitor, o cuando teniéndolo, no hubiese vínculo entre padre/madre e hijo. En virtud de ello es que puede sostenerse que éste ejerce *prima facie* en forma restringida los derechos y obligaciones emanados del ejercicio de la responsabilidad parental.

Con esta nueva figura se introdujeron una serie de responsabilidades de la persona conviviente o cónyuge de uno de los progenitores para con el menor, generando de esta manera ciertos deberes jurídicos. De allí que el codificador le otorgó un marco jurídico, permitiéndole el ejercicio de ciertos derechos y obligaciones en el contexto de la responsabilidad parental, y atento a que entre el progenitor afín y el hijo se consagra un verdadero lazo afectivo.

Es por lo antedicho que para el desarrollo del trabajo de investigación que se propone llevar adelante se ha decidido en virtud de la relevancia suscitada por las modificaciones que se presentan en el Derecho de Familia tras la sanción del Código Civil y Comercial, focalizar en los derechos y obligaciones de los progenitores afines, conforme se incorporaron al plexo normativo civil vigente ciertas cuestiones y circunstancias que no habían sido hasta el 1 de agosto del año 2015 reguladas y que atienen a vicisitudes cotidianas del núcleo familiar, específicamente al ámbito de la responsabilidad parental.

Conforme lo expuesto, es preciso señalar que *el objetivo de la investigación radica en determinar en qué casos la ley vigente considera que los progenitores afines son parientes del hijo de su cónyuge o concubino y en qué casos no*. Y como objetivos específicos, que coadyuvarán al alcance del general, se han propuesto los siguientes: formular y describir los principios que se instauran en el Derecho de Familia a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial; analizar las reformas previstas en el Código Civil en materia de responsabilidad parental; determinar los derechos y

obligaciones de los progenitores; exponer los antecedentes de la figura del progenitor afín y caracterizarla; identificar los derechos y obligaciones del progenitor afín; contrastar los derechos y obligaciones de los progenitores y progenitores afines.

Fundamentalmente *se analizará qué sucede en cuanto a los derechos y deberes de los progenitores afines tratando de señalar en qué casos la ley vigente los considera como parientes de los hijos de su cónyuge o conviviente y en qué casos no los considera de esa manera. La idea, en síntesis, es advertir también las problemáticas que esto ocasiona.*

En las distintas proyecciones que ha de perseguir la legislación civil en materia de derecho de familia, se encuentra indudablemente el de prefijar situaciones jurídicas cuya respuesta este orientada a brindar la seguridad jurídica que todos los individuos que estén comprendidos en la norma o que directa o indirectamente la misma los afecte. Las respuestas deben estar orientadas a que la seguridad jurídica sea efectiva sobre todo si es comprensiva de la vida de los hijos y de la responsabilidad parental para con ellos.

Para tratar de responder al cuestionamiento *ut supra* mencionado, se parte de la hipótesis que sostiene que el Código Civil y Comercial regula la figura del progenitor afín en la esfera de la responsabilidad parental, sin embargo admite actuaciones voluntarias que ingresan en la esfera de la filiación, tal el caso de la adopción plena y simple. Es decir, en Argentina actualmente se prevén ambas e incluso una solución intermedia (adopción por integración), pero quedan varios puntos en blancos generándose así la multiparentalidad.

Asimismo, se puede advertir que los codificadores olvidaron considerar que siempre que se trate del cuidado de un niño, niña o adolescente, el Estado debe ser garante de la idoneidad de quien ejerce el cuidado parental. Si los progenitores son biológicos, el Estado no tiene autoridad ni se le ha otorgado facultad alguna para intervenir, pero en los demás casos tiene la obligación de generar los dispositivos necesarios de acción, caso que podría ser el del actuar del progenitor afín con relación al hijo de su cónyuge o conviviente.

Por otra parte, es dable destacar que en Argentina se optó por el sistema de acuerdos no automáticos, lo que denota que no se quita el derecho del progenitor biológico no conviviente a concurrir ante la justicia, sobre todo al considerarse que el interés del menor tiene jerarquía superior a la regulación del Código Civil y Comercial. De allí que deberá acreditar la disfuncionalidad del ejercicio que el progenitor afín realice y el daño al niño generado por ello.

El Código Civil y Comercial también omite absolutamente toda referencia a oír la palabra del niño sobre quién estará en el lugar del progenitor no conviviente en cuestiones cotidianas de su vida. Y finalmente, que sí resuelve es con respecto de los alimentos y tangencialmente respecto del adecuado contacto que deberá subsistir si finaliza la relación de su progenitor con el progenitor afín.

En las distintas proyecciones que ha de perseguir la legislación civil en materia de familia, se encuentra indubitablemente el prefijar situaciones jurídicas cuya respuesta esté orientada a brindar la seguridad jurídica que requieren todos los individuos comprendidos en las normas que los afecten directamente. Más aún, las respuestas dadas deben ser previsibles y efectivas, sobre todo si dicha seguridad jurídica es comprensiva de la vida de los hijos y de la responsabilidad parental para con ellos, tratando de evitarse todo daño a cualquiera de los involucrados. He aquí la importancia que acarrea la problemática propugnada.

A tal fin, es que el trabajo se ha de estructurar en tres partes que van desde el aspecto general e introductorio de la problemática, abordado en el capítulo I a través del análisis de la regulación que el Código Civil y Comercial ha hecho de las relaciones de familia, para pasar a una segunda parte esencial, ubicándose allí los capítulos II y III que tratan en particular la responsabilidad parental y la figura del progenitor afín. De allí que el último apartado está destinado a exponer la problemática que enfrenta a progenitores y progenitores afines cuando buscan su lugar en la familia, sobre todo en el caso de la última figura mencionada.

Como es posible apreciar, se trata de una temática novedosa, poco discutida aún en la doctrina y en la jurisprudencia, que pretende dejar con el desarrollo de la investigación un aporte teórico y, por qué no, un avance en eventuales modificaciones legislativas en cuanto a la regulación del progenitor afín.

CAPÍTULO 1

LAS RELACIONES DE FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Introducción

Tradicionalmente, el concepto y la finalidad de la familia como institución social han tendido a cumplir tres propósitos: la procreación; la creación de lazos afectivos y solidarios entre sus miembros; y la satisfacción de las necesidades básicas de los integrantes del núcleo familiar. Sin embargo, dichas finalidades no han quedado inamovibles en el tiempo sino que han ido mutando a la par del propio concepto de familia que dista bastante de los primeros grupos que se reunían bajo esta denominación. La familia de hoy ya no es la misma que la familia de ayer.

La idea para este capítulo es, atento a lo expuesto, describir y analizar los cambios jurídicos más trascendentales en materia de familia, como así también los pilares, principios y valores en que se sustentaban aquellas en el ayer para exponer la realidad. En definitiva, se estará a la reflexión de una familia tradicional, en el que el matrimonio heterosexual con hijos biológicos (y salvo la imposibilidad de procreación, con hijos adoptivos) era lo común y corriente, a una familia pluralista que ha venido a interpelar al ordenamiento jurídico imponiendo la necesidad de su protección.

1. Los cambios sociales y la dinámica familiar

La realidad social no puede negarse; atrás quedó la familia matrimonial y heterosexual de antaño ligada, al decir de Herrera (2015), a la procreación de los hijos por medio del acto sexual. Aquella vieja fotografía clásica de las familias comparte actualmente el protagonismo con otras formas de organización familiar. En palabras de Kemelmajer de Carlucci (2014) la familia tradicional, sustentada en el matrimonio, económicamente

dependiente del *pater familia*, construida sobre formas más o menos solemnes y con la meta principal de tener hijos, viene sufriendo cambios desde un largo tiempo a esta parte.

De lo antedicho se desprende que la familia arquetípica descrita *ut supra* está muy lejos del ideal democrático por tratarse de una mera organización de corte netamente patriarcal, donde el padre, entendido como el jefe de familia, concentra todo el poder, y subordinando a su esposa e hijos. Y en virtud de ello es que comenzaron a surgir con el devenir de los años los cambios suscitados en las relaciones familiares y sociales que hoy en día se observan: parejas convivientes, parejas del mismo sexo que deciden casarse, hijos nacidos por medio del uso de técnicas de reproducción asistida, familias ensambladas, son algunas de las tantas hipótesis que impactaron en el derecho imponiendo reglas propias y diferentes al modelo estructurado y tradicional que regulaba el Código de Vélez Sarsfield.

En un sentido opuesto, el Código Civil y Comercial reguló las relaciones familiares poniendo el foco en la persona humano y su tutela. De allí que ahora no hay impedimento alguno para que las personas pueden elegir libremente la forma de organización familiar que quieran integrar sin que el Estado intervenga en las decisiones por medio de las normas.

Explica Herrera (2015) que se pasó de la tutela de la familia entendida como un colectivo sin tener presente las individualidades y libertades de cada integrante, a una protección de la persona entendida como miembro de un grupo familiar pluralista que adopta la fisonomía que considere pertinente y donde se sienta cómoda. En otras palabras, el escenario familiar de hoy necesitaba de un régimen legal amplio y flexible, que considerara las distintas aristas desde donde pueden enfrentarse las necesidades de los miembros de la familia.

2. Las familias en los textos constitucionales

La Constitución Nacional marca el propósito o el fin que debe guiar a la legislación infraconstitucional. De allí que resulte indispensable el estudio comparativo sobre las diferentes constituciones de la región para tomar conocimiento sobre cómo se regula en los textos constitucionales a la familia.

A tal efecto, siguiendo a Herrera (2015) se presenta la clasificación según la que serán analizados los textos constitucionales de algunos países de la región: a) postura

restrictiva donde las constituciones prohíben, rechazan o niegan ciertas formas de organización familiar; b) postura intermedia, a la que adhieren las constituciones que reconocen otras formas de familia además de la tradicional en el matrimonio heterosexual a la que se continúa privilegiando y c) amplia, en la que se enrolan las constituciones que no pretenden darle un determinado contenido sustancial a la familia.

Dentro del grupo de la postura restrictiva, se puede señalar a la Constitución de Honduras¹ que en el art. 112 establece:

“Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer, que tengan la calidad de tales naturalmente, a contraer matrimonio entre sí, así como la igualdad jurídica de los cónyuges. (...) Se reconoce la unión de hecho entre las personas igualmente capaces para contraer matrimonio. La ley señalará las condiciones para que surta efecto el matrimonio. Se prohíbe el matrimonio y la unión de hecho entre personas del mismo sexo. Los matrimonios o uniones de hecho entre personas del mismo sexo celebrados o reconocidos bajo las leyes de otros países no tendrán validez en Honduras”.

El transcripto es uno de los textos constitucionales más restrictivos ya que no sólo proscribire el derecho a contraer matrimonio a los transexuales afectándoles el derecho a la identidad sino que también se veda el reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo, que no pueden contraer matrimonio ni unirse para convivir.

En la categoría intermedia es posible hallar a la gran mayoría de las constituciones de América Latina. Tal el caso de la Constitución de El Salvador², que en su art. 32 establece que “la familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico”, agregando *a posteriori* que “el fundamento legal de la familia es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges. El Estado fomentará el matrimonio; pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia”.

El art.33 dispone, por su parte que:

“la ley regulará las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre sí y entre ellos y sus hijos, estableciendo los derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas; y creará las instituciones necesarias para garantizar su

¹Fuente: Poder Judicial de Honduras “Constitución Política de 1982” Recuperado el 14/08/2017 de <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/ConstitucionRepublicaHonduras.pdf>

²Fuente: Constitution Society “Constitución de la República de El Salvador” Recuperado el 14/08/2017 de <http://www.constitution.org/cons/elsalvad.htm>

aplicabilidad. Regulará asimismo las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer”.³

Con respecto a la Constitución de Guatemala⁴, afirma en su art. 48 que “el Estado reconoce la unión de hecho y la ley preceptuará todo lo relativo a la misma”. Y la Constitución de Nicaragua⁵ expone en su art. 72, que “La garantía y protección estatal del matrimonio y la unión de hecho estable”.

La Constitución de Brasil⁶ regula a la familia en su art. 226 destacando que:

“La familia base de la sociedad, es objeto de especial protección por el Estado. El matrimonio es civil y su celebración es gratuita. El matrimonio religioso tiene efecto civil, en los términos de la ley. A efectos de la protección por el Estado, se reconoce la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio. Se considera, también, como entidad familiar la comunidad formada por cualquiera de los padres y sus descendientes.”

Puede advertirse de la transcripción de los textos constitucionales que las familias pluralistas existentes en la actualidad, no se encuentran consagradas en los preceptos de dicha raigambre, de allí que quedan excluidos muchos de los modelos, especialmente aquellos que se distinguen por la orientación sexual de sus integrantes lo que permite concluir que tanto el derecho de las mayorías como el de las minorías merece su protección legal sin discriminación. Tutela que deberá emerger principalmente de las leyes fundamentales para disgregarse luego hacia la regulación infralegal.

No caben dudas tras lo señalado hasta aquí que la clasificación amplia es la que mejor se adapta al dinamismo propio de la familia. Esta clasificación es completamente opuesta a los textos inflexibles anteriormente referidos (o a parte de ellos). De este modo, “la noción de familia –observado desde esta perspectiva constitucional amplia- obedece a una forma de congregación familiar adaptable y comprometida con los cambios sociales”.⁷

³Fuente: Constitution Society “Constitución de la República de El Salvador” Recuperado el 14/08/2017 de <http://www.constitution.org/cons/elsalvad.htm>

⁴Fuente:OAS “Constitución de Guatemala” Recuperado el 14/08/2017 de https://www.oas.org/juridico/mla/sp/gtm/sp_gtm-int-text-const.pdf

⁵Fuente:OAS “Constitución de Nicaragua” Recuperado el 14/08/2017 de http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_nic_const.pdf

⁶Fuente:ACNUR “Constitución de Brasil” Recuperado el 14/08/2017de <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0507>

⁷Diario La Nación. La familia argentina, cambios y nuevos modelos, recuperada de la pag. Web. www.lanacion.com.ar de fecha 04/oct/2003. Recuperado el 14/08/2017

Con respecto a Argentina, puede inferirse la loable tarea legislativa, ya que la Constitución adopta esta postura al consagrar expresamente la “protección integral de la familia” en su art. 14 *bis* sin definir o darle contenido al término familia.

Además, esta postura es la que han adoptado varios instrumentos internacionales de derechos humanos de los que se advierte que la familia debe ser protegida por tratarse del instituto social que sustenta a la sociedad en general. Tampoco estos documentos conceptualizan a la familia ni a su modo de organización.

A modo meramente ilustrativo se trae a colación a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁸ que reza en su art. VI que:

“...toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”; también al art. 16 en su punto 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos expresa que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado...”

Y el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño⁹ en su párrafo quinto manifiesta que:

“Convencidos de que la familia, como elemento básico de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.”

Como reflexión de lo expuesto en este aparatado puede señalarse que ninguna modalidad de organización familiar es mejor que otra, ya que ello responde a una elección personal, individual o de pareja y a cómo se pretenda vivir el proyecto de familia. Se agrega también que elegir un modelo de familia obedece al pleno ejercicio de la voluntad y de la libertad de los miembros de ella, cuestiones que no deben ser invisibilizadas; todo lo contrario. Deben erigirse como pilares sobre los que la familia se estructurará; y el derecho no puede omitirlo.

⁸Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [versión electrónica] recuperada de pag. Web <http://www.oas.org> 14/8/ 2017

⁹Convención sobre los Derechos del Niño [versión electrónica] recuperada de pag. Web <http://www.ohchr.org>

2.1 Las consecuencias de la constitucionalización del derecho en materia de relaciones familiares

El Código Civil argentino vigente el año 2015 databa de 1871 cuando fue sancionado. Con varias modificaciones en su haber y tras algunos intentos de adaptaciones a la realidad social, lo cierto es que sólo parcialmente se fueron acordando enmiendas al mentado cuerpo normativo. De todas esas reformas, la más sustancial fue la ley 17.711, seguida por los cambios en materia de patria potestad y filiación (ley N° 23.264), matrimonio y divorcio (ley N° 23.515), adopción y su incorporación al Código Civil (ley N° 24.779), entre otras, siempre en el marco de Derecho de Familia.

Fue recién con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación que se suplantó al anterior régimen y la materia aquí abordada fue objeto de las mayores transformaciones normativas.

Las razones por las cuales se decidió emprender el desafío de avanzar en la actividad legislativa de reformar al Código Civil, y las bases sobre la que se estructuraría dicha tarea, se expusieron con suma evidencia en el decreto 191/2011, que se transcribe a los fines de una mejor comprensión:

“Que el codificador previó la necesidad de incorporar las reformas que los tiempos futuros demandaran. Que durante muchos años, este proceso se realizó a través de numerosas leyes especiales que fueron actualizando diversos aspectos de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.

Que esta obra llevada a cabo a través de la mencionada legislación especial, produjo una modificación del ordenamiento lógico y de la estructura de principios y reglas existentes en los Códigos referidos.

Además, se puntualizó

Que el sistema de derecho privado, en su totalidad, fue afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas" y que "en este sentido cabe destacar la reforma Constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos Humanos, así como la interpretación que la Jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos.”¹⁰

Puede advertirse la mención que se hace al bloque federal de constitucionalidad y la relevancia que ostenta, no sólo para destacar el principal motor generador de los cambios

¹⁰Decreto 191/2011. Código Civil y Comercial comentado [versión electrónica] Recuperado de la pag, web codigocivilonline.com.r/articulo1. 06/agost/2015.Recuperado en fecha 14/08/2017

acontecidos en el plexo positivo civil local, sino también para distinguir el punto neurálgico sobre el que se edificó el Código Civil y Comercial.

También resulta fundamental traer a colación algunos de los “Aspectos valorativos” sobre los cuales se erigió el Código en los Fundamentos del Anteproyecto. En lo que refiere a la lógica de las normas que reglamentan las relaciones de familia se ha dicho en primer lugar que ha sido ideado para “una sociedad multicultural”. Así, se afirma que

“...en materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fecundación in vitro; en el régimen legal de las personas menores de edad también se receptan muchas novedades como consecuencia de los tratados internacionales; en materia de matrimonio, se regulan los efectos del sistema igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial; también se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina.

Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender” (Lorenzetti, 2012, s.p)

Cabe colegir que en materia de relaciones de familia, el Código Civil y Comercial es producto de la consolidación constitucional del Derecho Privado y, en especial, de la rama de familia. En otros términos, es el resultado de grandes debates propiciados desde la perspectiva de la doctrina y la jurisprudencia internacional de los derechos humanos que lograron demostrar los vacíos legislativos o bien que las legislaciones infraconstitucionales eran sumamente estrictas, rigurosas e inflexibles, por tanto incompatibles con los principios de igualdad, no discriminación, libertad y autonomía personal, por nombrar algunos.

En suma, la constitucionalización del derecho de familia trajo como consecuencia un indubitable refuerzo legal no sólo a las normas vigentes, sino también a los principios que a ellas subyacen y que las dirigen, logrando así una tutela lo suficientemente fuerte de la persona humana y de la familia, sea cual fuere la modalidad adoptada, sin distinción alguna.

3. La familia interpretada por la jurisprudencia de la CIDH

La jurisprudencia, opiniones consultivas y recomendaciones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) tienen vital relevancia tanto en la regulación como en la interpretación de las normas.

Con respecto a la familia, la etapa de precedentes directamente vinculados a ella, se inauguró con la sentencia en el año 2012 del caso “Atala Riffo contra Chile¹¹”. Fue con este fallo que por primera vez la CIDH se expidió acerca de la orientación sexual como una “categoría sospechosa” o, en otros términos, con la suficiente sospecha de discriminación, lo que venía a sumarse a los supuestos -como la raza y la religión- afectaban el principio de igualdad.

Luego llegó a manos de la CIDH, el caso “Fornerón e hija contra Argentina¹²” también en 2012. En esta causa, la Corte profundizó sobre el derecho de todo niño a vivir con su familia y el lugar de la adopción.

En el caso “Furlán y familiares contra Argentina¹³”, fechado asimismo en el año 2012, la CIDH trató sobre los efectos negativos que impactan en el núcleo familiar a raíz del accidente que sufre uno de sus miembros cuando era menor de edad, quedando con una fuerte discapacidad.

Siguiendo en el derrotero del 2012, en el caso “Artavia Murillo y otros contra Costa Rica¹⁴”, la CIDH se expidió sobre las técnicas de reproducción humana asistida, la naturaleza jurídica del embrión no implantado, afirmando que la concepción a la que hace referencia el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, motivo por el cual, previo a dicho momento, no le cabría la protección que emana del mentado art. 4.1 al embrión no implantado. Y de allí que éste no puede ser considerado persona a los efectos de la CADH.

Si bien cada uno de los precedentes mencionados ha abordado determinadas consideraciones especiales en lo respectivo a la regulación e interpretación de distintas

¹¹CIDH, 24/02/2012, "Atala Riffo y Niñas v. Chile", AP AP/JUR/948/2012

¹²CIDH, 27/04/2012, "Fornerón, e hija v. Argentina", AP AP/JUR/901/2012.

¹³CIDH, "Caso Furlán y familiares v. Argentina. Reparaciones y Costas". Sentencia de 31 de agosto de 2013 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf.

¹⁴CIDH (28/11/2012) “Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs Costa Rica”

instituciones y figuras jurídicas, lo cierto es que genéricamente, la CIDH se expidió muy claramente sobre la noción de familias en un sentido plural.

Así, en el caso Atala Riffo se dijo:

“La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo 'tradicional' de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que 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” (párr. 142);

Manifestación que se reitera, extendiendo el reconocimiento expreso de las familias monoparentales en el caso Fornerón al afirmar que:

“en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma (...) Por otra parte, no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niña” (párr. 98).

Es dable destacar que la perspectiva convencional también sigue idéntica corriente de ampliación del reconocimiento a diferentes formas de organización familiar o, en palabras que se alinean detrás del Código Civil y Comercial para consolidar la idea de multiculturalidad que no implica más que la expresa aceptación de las diversas realidades sociales y familiares que se observa en la actualidad y que la legislación infraconstitucional no podía continuar soslayando y esquivando otorgar protección.

4. Orden público familiar y autonomía de la voluntad

El orden público opera en diferentes sectores o áreas jurídicas. Por lo tanto es común aludir al orden público constitucional, laboral, administrativo, familiar, ambiental, etc. Esta distinción permite “caracterizar como opera el orden público en las diferentes ramas del derecho. Ya que no es igual la forma de operar del orden público en el derecho de los contratos que en el derecho de familia” (Medina, 2015).

Ahora bien, vale destacar que en el derecho de familia, la voluntad individual está más restringida que en el resto del derecho privado por las normas de orden público, las cuales cobran una importancia radical en cuanto a la protección especial que merece la familia, en tanto es considerada como el elemento indiscutible que requiere toda sociedad para subsistir y configurarse como tal.

Es en virtud del orden público y de la protección que se da a la familia tal como *supra* se afirmara, que existe en el derecho de familia una restricción mayor a la autonomía de la voluntad que en otras ramas del derecho privado. Como consecuencia las partes involucradas no pueden decidir *contrario sensu* de las normas que vertebran al derecho de familia, ni pactar bajo otros principios que no sean sus generales preestablecidos. Se infiere pues que el orden público familiar prohíbe negociar voluntariamente sobre determinados institutos jurídicos regulados en las normas que componen al derecho de familia, como ser los referidos al matrimonio, a la filiación o los alimentos.

En el ámbito particular del derecho de familia, se señala que:

“(…) el orden público aparece (…) como una institución destinada a limitar la autonomía individual en algunos aspectos de la realidad jurídica que el derecho estatal considera esenciales, y en los que cree indispensable prescribir un contenido determinado que se impone desde un poder heterónimo, mediante una norma que se reputa como derecho imperativo (*ius cogens*)” (Pucheta, 2014, sd).

Para el criterio que desde aquí se propugna, no obstante se coincide con que las normas de orden público son la regla en el derecho de familia, en la actualidad existe un margen más amplio que da lugar a pequeñas participaciones de la autonomía de la voluntad en el ejercicio de algunas libertades de acción de las partes involucradas, aunque persiste el peso de la participación estatal con la imposición de restricciones en aras de la salvaguarda del interés familiar.

Para concluir este punto, el nuevo ordenamiento jurídico argentino sigue sosteniendo la regla del orden público en el derecho de familia y la excepción se encuentra en las normas que establecen la libertad de pactar sobre ciertas figuras que lo admiten o en las normas supletorias.

Vidal Taquini (2013), oportunamente señaló que en el derecho de familia, la voluntad es motivadora de los actos jurídicos familiares, dígase de actos de emplazamiento en un estado de familia e impulsora de las acciones de estado y las de su ejercicio; no

obstante eso no hace a que la misma se convierte en reguladora *per se* porque los derechos y las obligaciones en materia familiar son impuestos por la ley no admitiéndose por tanto los convenios a los que pueden arribar las partes sobre los efectos personales o patrimoniales derivados de cada acción en este ámbito que se realice, menos cuando implique resignar potestades emergentes del estado de familia en el cual se está ubicado.

A pesar de lo antedicho, hay que tener siempre presente que el derecho de familia debe ponderar a un equilibrio entre el interés familiar general y el interés familiar individual. Pero, si el interés individual familiar contradice al interés familiar general deberá obligatoriamente ceder; si así no fuere, el interés familiar individual es el que gozará del derecho pleno a la satisfacción, pues no sólo se protegerá así ese interés individual, también como consecuencia se atenderá al familiar considerando el deber de solidaridad que debe existir entre los miembros del núcleo familiar.

Aunque los intereses puedan ser distintos, encontrarse opuestos, no están desvinculados totalmente, por ende se deben complementar (Vidal Taquini, 2013). Sin embargo hay que traer a colación que si es diferente y tiene otros fines el interés individual, se estará a consideración de estar frente a un abuso del derecho y tendrá la resistencia de la ley toda acción que se propenda ejecutar en ese contexto de beneficiarse a través de un interés personal.

4.1 Cambios en el orden público familiar argentino

Desde la sanción del Código de Vélez hasta la actualidad se fue gestando un proceso paulatino de modificación de varias instituciones y de morigeración de los efectos jurídicos absolutos que se daban a otras, particularmente a la desigualdad entre el hombre y la mujer y a la visión del matrimonio como unión perenne. Es irrefutable que en el ordenamiento civil derogado el orden público familiar tenía un alcance diferente al que tiene en la actualidad.

A continuación se destacarán las principales reglas de orden público del sistema del Código Civil derogado, siguiendo a Medina (2015):

- a) El orden público matrimonial y la indisolubilidad del vínculo;
- b) El orden público matrimonial y la diversidad de sexos;
- c) El orden público patrimonial matrimonial;

d) El orden público filiatorio y la falta de legitimación de la mujer para impugnar la paternidad matrimonial.

Cabe señalar que el Código Civil de Vélez contenía un modelo de familia patriarcal – adecuado a la época de su redacción – que se encontraba basado en un matrimonio indisoluble, sosteniendo la incapacidad de la mujer casada; la patria potestad era ejercida por el padre y el ideal de familia era la familia matrimonial. Los hijos extramatrimoniales gozaban de menos derechos que los hijos matrimoniales, las uniones entre persona de igual sexo eran impensadas y las uniones de hecho se regían por la autonomía de la voluntad de los miembros.

Considerando las cuestiones expuestas, es loable la tarea legislativa de derogarlas o modificarlas ampliando el poder de decisión a la voluntad de las partes, limitando en este caso al orden público.

5. Distintas formas de organización familiar

Enseña Herrera (2015) que la familia homoparental ha sido una de las formas de organización familiar que más reticencias ha presentado en la doctrina clásica. Ello se evidenció aún luego de convertirse la Argentina en el primer país de la región en reconocer expresamente la potestad de las parejas del mismo sexo para contraer matrimonio al sancionar la ley 26.618 en el año 2010.

Se ha dicho que a pesar de la igualdad en razón de la orientación sexual que introdujo al ordenamiento jurídico nacional la normativa citada, se ha persistido en sostener que de la relación entre hombre y mujer surge la prole; de allí que el matrimonio se materializó para regular la existencia de esas personas y garantizar su subsistencia. Y, entendiendo que la sociedad debe su supervivencia a la familia edificada sobre esta institución, es indispensable recurrir a las leyes para que la unión estable de un hombre y una mujer cuyo propósito sea la procreación, sea salvaguardada. Si no se reconoce y protege concordantemente el matrimonio, la sociedad se pone en riesgo. Y la unión homosexual al no permitir la procreación, contribuye a maximizar el peligro de la no procreación (Starópoli, 2012).

En idéntico sentido, se criticó la regulación en el Código Civil y Comercial de las uniones convivenciales, es decir, la unión de aquellas las parejas que comparten un

proyecto de vida en común pero que no han formalizado la misma a través del acto jurídico matrimonial, alegándose que extender a las uniones convivenciales las ventajas que se le conceden a los cónyuges constituye una estimulación a soslayar la existencia de una familia estable e institucionalizada a través del matrimonio, lo que redundaría en el bien de los hijos, a quienes asiste el derecho de nacer, crecer y educarse en una familia constituida (Sambrizzi, 2012) a la luz de la regulación normativa.

O, cuando se habla de la adopción afirmándose –erróneamente para esta tesis–: “el dolor que causa no encontrar mecanismos más idóneos para que los niños en situación de desamparo puedan encontrar familias (mejor que personas solas) para su cuidado” (Basset, 2014, p.3). Es decir, se omite que la familia monoparental también integra uno de los modelos de familia constitucional y convencionalmente protegidas como ya lo señalara expresamente la CIDH en el citado caso “Fornerón”, desoyéndose también a la CADH que no sólo protege una modalidad familiar, sino que incluye a las parejas que no contraen matrimonio, es decir, que son meramente convivientes.

Puede inferirse tras lo que se viene exponiendo que el reconocimiento expreso de diversas formas de organización familiar es producto del pluralismo que asienta la doctrina y la jurisprudencia internacional de los derechos humanos. Y que admitir y aceptar otras formas de relaciones familiares merecen también protección jurídica fundada precisamente en el principio de pluralidad y de libertad que caracteriza a la sociedad actual.

No hay dudas que la ley 26.618 puso bajo la lupa y en crisis nociones tradicionales del Derecho de Familia incluso más allá del matrimonio heterosexual. Este debate significó, señala Herrera (2015), replantearse -´para actualizar- la teoría constitucional de la igualdad.

La ley 26.618 estuvo acompañada también por un encendido debate jurisprudencial entre fallos que hacían lugar a la inconstitucionalidad del derogado art. 172 - que establecía como un requisito *sine qua non* para la existencia del matrimonio la diversidad de sexo- y aquellos que defendían su constitucionalidad con argumentos tales como :

“el matrimonio se funda en la propia esencia humana, que en razón de la diversidad de sexos, impulsa la unión de un hombre y una mujer, con la finalidad de lograr el bien de los esposos y la procreación y educación de la prole que hace a la perpetuación de la especie humana”¹⁵.

¹⁵ Juz. Nac. Civ., n. 88, 22/06/2007, "Rachid María de la Cruz y otro v. Registro Nacional de Estado y Capacidad de las personas s/medidas precautorias", LL 2007-F-487

En los diferentes precedentes a favor de la inconstitucionalidad de la norma y que fueron los que permitieron que, efectivamente, las parejas accionantes pudieran contraer matrimonio, se alegaron diferentes y complementarios argumentos entre los que destacamos los siguientes:

“resulta procedente la acción de amparo impetrada contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin de que se ordene a las autoridades del Registro Civil y Capacidad de las Personas celebrar un matrimonio entre dos personas del mismo sexo, ya que la exclusión de los actores del derecho a contraer matrimonio se funda en su orientación sexual, la cual configura una categoría sospechosa de discriminación, y el Estado no ha logrado demostrar que el empleo de esa categoría sea estrictamente necesario para el cumplimiento de un fin legítimo”; 2) que "corresponde declarar la inconstitucionalidad de los arts. 172 y 188 del Código Civil en cuanto impiden contraer matrimonio a dos personas del mismo sexo, ya que las citadas normas consagran una discriminación del Estado basada en la orientación sexual, y por ende resultan violatorias de los arts. 16 y 19 de la Constitución Nacional, y del art. 11 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires”¹⁶

Queda como conclusión de las voces jurisprudenciales contradictorias que, tanto los detractores como quienes apoyaban la inconstitucionalidad de la norma, generaron una realidad jurídica compleja ya que algunas parejas se vieron imposibilitadas de contraer matrimonio, mientras que otras sí lo pudieron hacer.

Otra de las formas de organización familiar que hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial se encontraba silenciada es la denominada “familia ensamblada”, la cual es regulada en un capítulo especial dentro del título referido a la “Responsabilidad parental” y que se dirige a normar los derechos y deberes de los progenitores afines, figura jurídica central de este trabajo, entendiéndose por tales “al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente” (art. 672).

Las familias ensambladas, directamente, se enraízan a la ruptura matrimonial o convivencial y la conformación de otro vínculo de pareja de la cual se tienen o no hijos en común (Herrera, 2015). Es frecuente observar en la realidad situaciones de personas que conforman parejas y que ya tienen hijos de relaciones anteriores. De allí que las nuevas parejas de los progenitores se convierten en personas con quienes los hijos suelen generar un fuerte vínculo afectivo que el derecho no puede continuar evitando tutelar.

¹⁶Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario, n. 15, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 10/11/2009, "F. A. v. GCBA", LL 2009-F-796

En la jurisprudencia, a través de ciertas peticiones jurisdiccionales, ya había comenzado a emerger la problemática *ut supra* señalada. A título ejemplificativo, cabe traer a colación un fallo del Juzgado en lo Contencioso, Administrativo y Tributario nro. 14 de la Ciudad de Buenos Aires que en fecha 17/2/2014¹⁷ hizo lugar al amparo iniciado por un hombre para adicionar a su obra social el hijo enfermo de su conviviente. En esta oportunidad, el amparista planteó la inconstitucionalidad e inaplicabilidad del art. 6º, inc. e), del Reglamento de Afiliaciones de la obra social – OSBA- para que se proceda a afiliarse a una persona menor de edad, hijo de la conviviente del afiliado. Para hacer lugar al pedido se tuvo en cuenta que:

“se advierte que el concepto de familia concebido por el legislador primigenio se ha visto ampliado a situaciones no previstas, producto de los diferentes cambios sociales y culturales que tienen lugar en nuestro país.

En este contexto, resulta de público y notorio conocimiento la existencia de las denominadas 'familias ensambladas', término con el cual se define a aquellos grupos familiares en los que uno o ambos miembros de la pareja conviviente, tienen, a su vez, uno o varios hijos de relaciones anteriores, y deciden unirse y constituir un nuevo grupo familiar, ya sea a través del matrimonio, la unión civil o la simple convivencia. Este tipo de uniones es frecuente en caso de personas que han quedado viudas y encuentran un/a nuevo/a compañero/a de vida, como así también en separados y divorciados, situación que se observa con mayor frecuencia en los últimos tiempos”.

Es irrefutable que la postura legislativa adoptada en el texto del Código Civil y Comercial para regular a los progenitores afines –a través de la institución de la familia ensamblada- se deriva del pluralismo o multiculturalidad, tal como emerge de los Fundamentos del Anteproyecto.

Otra circunstancia conflictiva viene de la mano de la familia monoparental que también integra el conjunto de las diversas formas de organización familiar que tiene expresa protección constitucional de conformidad con lo dispuesto en el art. 14 *bis* y también convencional, en total consonancia con la interpretación que hace del art. 17 de la CADH la CIDH en el caso Fornerón.

Han sostenido Herrera y Spaventa (2008) al respecto que la conformación de una familia monoparental puede ser de carácter originario o derivado. La primera situación se da en los casos de adopción por parte de una persona sola siendo ello posible en el

¹⁷Juzgado en lo Contencioso, Administrativo y Tributario, n. 14, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 17/02/2014, "Dalles, Guido F. contra OSBA sobre amparo (ART. 14 CCABA)", RDF 2014-IV-81

ordenamiento jurídico argentino, como así también, cuando una mujer sola o sin pareja decide apelar a las técnicas de reproducción humana asistida con material genético (semen) de un tercero, lo que también es admisible, no sólo por aplicación de los principios de la determinación filial que regula el Código Civil y Comercial, sino también de conformidad con la ley 26.862 cuyo art. 7° referido a los beneficiarios establece que:

“tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado”.

Por su parte, la monoparentalidad derivada se manifiesta en todos aquellos casos en los que una familia queda en cabeza de un solo adulto. Ello acontece ante la ruptura de la unión convivencial o del matrimonio o ante el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja (Herrera, Spaventa, 2008).

Como contraposición, en el derecho comparado se viene poniendo el acento en las familias pluriparentales. En otras palabras, en los casos donde los niños ostentan más de dos vínculos filiales. A modo ilustrativo se señalan los hijos nacidos en el marco de una pareja conformada por dos mujeres que suman al proyecto parental a un tercero –amigo– quien además de aportar el material genético (semen) quiere llevar adelante funciones parentales (Herrera, 2014).

En relación a lo antes expuesto, el Código Civil y Comercial mantiene el principio del doble régimen de determinación de la filiación; de allí que en el ordenamiento jurídico argentino nadie puede tener más de dos vínculos filiales (art. 558), más allá de que se puedan reconocer ciertos derechos (comunicación, alimentos, entre otros) a determinadas personas con las cuales un niño mantiene un vínculo afectivo.

Queda como conclusión cómo las dinámicas familiares se han ido complejizando con el derrotero de los tiempos y las diferentes circunstancias fácticas sociales han influido en ello, haciendo necesario que las leyes se adapten a las mismas en aras de dar respuesta a una mayor cantidad de interrogantes y conflictos jurídicos y siempre teniendo presente a la persona como ser humano libre que debe considerarse en su dignidad y elecciones.

6. Los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho

La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), es la herramienta normativa esencial en todo lo relativo a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, y ha sido la principal fuente normativa de la ley 26.061.

Se ha sostenido que la CDN “es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia” (Cillero Bruñol, 2007, p. 126).

En Argentina, la normativa ha ingresado al derecho argentino mediante la sanción de la ley 23.849 en el año 1990 y luego se le otorgó raigambre constitucional de conformidad con lo dispuesto en el art. 75, inc. 22 de la CN, tras la reforma en el año 1994. Con este paso dado, la Argentina asumió el compromiso -bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad internacional en caso de incumplimiento- de modificar el derecho interno para que éste sea compatible con los estándares establecidos en la CDN y los demás instrumentos internacionales que conforman el *corpus iuris* en materia de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.

La CDN se ha convertido en un hito ante la moderna concepción jurídica de la infancia y adolescencia. Ello es así ya que la misma se dirigió a construir una novedosa legalidad e institucionalidad para esta franja etaria, reconociéndole derechos y principios propios que se encuentran en situación de vulnerabilidad por su condición de personas en pleno desarrollo (Herrera, 2015).

El valor de la Convención radica en que sustenta y regula una nueva relación que debe darse entre infancia-adolescencia, Estado, sociedad y familias. Esta nueva interacción es la que se sintetiza con la idea de “protección integral de derechos” (Beloff, 2011), denominación que se le ha otorgado a la ley 26.061 y que alude al primer párrafo de su art. 1° al señalar que su misión está es la protección integral de los derechos de las niñas, niños, niñas y adolescentes situados en Argentina.

La CDN como su par a nivel nacional, la ley 26.061, impulsan el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, es decir, en su faceta de individuos, miembros de una familia o integrantes de una comunidad, con derechos y responsabilidades propios y adecuados a su edad y madurez. Se admite la particular situación en la cual se encuentran por su edad y nivel de progreso madurativo,

reconociéndoseles la titularidad de los derechos que le corresponden a toda persona y se le anexa un plus de derechos específicos –protección especial- que les corresponden por su condición de sujetos en crecimiento hasta alcanzar su plena autonomía.

La idea de los niños y adolescentes como sujetos de derecho significó un quiebre de paradigma en la historia jurídica de la niñez. Esto implicó que se abandonase la concepción de la doctrina de la situación irregular, que los consideraba como menores o incapaces y, por ello, objeto de protección y de representación por parte de sus progenitores -o demás representantes legales- y el Estado (Fellini, 2007).

Este cambio de paradigma es coincidente con el desarrollo de la estructura comunicativo-decisional frente al Estado y los particulares en el contexto de una sociedad que debe reconocer y respetar la autonomía de niños, niñas y adolescentes. De allí que la doctrina de la protección integral adoptó una concepción de la infancia y adolescencia basada en los siguientes principios: el reconocimiento de la niñez como una etapa concreta y particular donde resulta fundamental el desarrollo humano y el reconocimiento de los niños como titulares de derechos (Beloff, 2016).

La ley 26-061 –en absoluta consonancia con la CDN- intentó superar el esquema de intervención meramente judicial prevaleciente hasta ese entonces. Este sistema habilitaba la intervención estatal coactiva y su *target* eran mayoritariamente niñas, niños y adolescentes de familias pobres que tenían dificultades para la crianza, en el marco de valores y parámetros dominantes de normalidad, cuya definición fue modificándose a lo largo de la vigencia de la ley 10.903 de Patronato de Menores -conocida como la Ley de Patronato o la Ley Agote-, derogada por la propia ley 26.061 (Fellini, 2007).

Entonces la ley 26.061, siguiendo los postulados que impone la CDN, imprimió en el ordenamiento jurídico local un modelo de justicia infantil-juvenil muy diferente, y se constituyó en un instrumento jurídico infraconstitucional innovador en el sentido y alcance de la intervención del Estado, exigiendo una actuación distinta cuando de niñez y adolescencia se trate.

Breve reflexión

En posible encontrar en Argentina una legislación infraconstitucional guiada por la doctrina internacional de los derechos humanos.

Asimismo, el impulso que la Constitución Nacional y de los distintos instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a ella tras su reforma han dado pie a una profunda reflexión sobre la mayoría de las instituciones jurídicas propias de las relaciones de familia, lo que ha tenido como corolario la interpelación de todo el plexo normativo inferior, resultado así un cuerpo positivo civil y comercial unificado que se encuentra ajustado a las necesidades que reclamaba la sociedad cuando de familias se tratara.

El Código Civil y Comercial introdujo modificaciones sustanciales al derecho civil en general, y palmariamente en materia de derecho de familia, fundamentalmente a través de su constitucionalización. Cambios sustanciales a punto tal que han promovido un Derecho de Familia por el que se adaptan las normas inferiores a las disposiciones supremas.

En la actualidad este Derecho Privado constitucionalizado es el pilar sobre el cual se edifica el nuevo Derecho de Familia consagrado en el Código Civil y Comercial y que parte del reconocimiento de la existencia de pluralidad en los modos de organización familiar que merecen el mismo reconocimiento en el ordenamiento jurídico infraconstitucional argentino que la ya tradicional familia heterosexual.

Como conclusión, resta señalar que el derecho constitucionalizado de familia, está hoy direccionado a proteger lo más humanamente posible a la familia como institución social y fundamental y a sus miembros. De igual manera se aprecia que la reforma del cuerpo normativo civil y comercial de argentina produjo la incorporación de importantes cambios en los principios rectores de la materia que estudiamos con el presente trabajo de investigación.

De la investigación del presente capítulo podemos dejar establecido que tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente; como así también las normas procesales incorporadas al CC y C de la Nación han permitido la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a los tratados de derechos humanos y principalmente condescendió y permite dar tutela efectiva al sector más vulnerable de una relación o núcleo familiar, garantizando el interés superior de los niño, niñas y adolescentes como sujeto de derecho miembro de una familia.

CAPÍTULO II

RESPONSABILIDAD PARENTAL. EL GRAN CAMBIO

Introducción

En los últimos tiempos, como en el capítulo anterior se hiciera referencia, la familia ha ido cambiando en sus formas y en su relevancia social. Cambió el rol de la mujer del hombre, de los hijos, y de la familia en general, sobre todo cuando se trata de la construcción de los vínculos afectivos.

En toda familia, sea cual sea el modelo adoptado, hay funciones interconectadas e interdependientes de sus miembros, como así también compromisos mutuos y necesidades que entre ellos evacúan.

En cuanto a los hijos, ambos progenitores cuidan de los hijos, pero suele ocurrir que cuando ellos se separan, la familia queda incompleta y, eventualmente, comienzan los antagonismos.

Todo esto tuvo en cuenta el codificador para regular la responsabilidad parental que, tal como se verá en el presente capítulo, ha sido sustancialmente modificada y se han completado también algunos vacíos normativos que había dejado el Código de Vélez.

1. Responsabilidad parental. Concepto y finalidad

El Código Civil y Comercial transformó un concepto arraigado en la sociedad argentina desde tiempos remotos y sobre el cual se estructuraban las bases de las responsabilidades, deberes y obligaciones de los padres para con sus hijos. Este concepto es lo que el derogado código denominaba patria potestad.

La responsabilidad parental surge entonces como una novel noción en el marco de las nuevas disposiciones civiles e impactó básicamente en las familias, sobre todo en el aspecto de vínculos entre progenitores e hijos - convivan o no – tanto en materia afectiva como de obligaciones jurídica con respecto a su crianza, cuidados y formación.

En cuanto a la definición de responsabilidad parental, el C.C.yC la establece en el art.638 como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.”

Explica Cataldi (2015) al respecto que el primer gran cambio está en las nociones de padres por progenitores. Expresa la autora que en la actualidad dicha transformación terminológica da la posibilidad de que la responsabilidad parental se encuentre en cabeza tanto de personas del mismo sexo o distinto que han asumido el emplazamiento en dicho rol. Asimismo, observa que la órbita de acción de los progenitores implica ahora el deber considerar y tratar al hijo como un sujeto, más titular de una serie de derechos que colaboran a su pleno e integral desarrollo; de allí que los deberes de los progenitores se direccionan a cumplir este cometido.

Lo antedicho es consecuencia del paradigma antes analizado que surgió de la mano de la CDN, pues, al reconocerse al hijo –niño, niña o adolescente- como un sujeto de derechos ya no es visto éste como una persona pasiva sobre la cual se ejercen el cúmulo de acciones parentales; en otras palabras, el niño deja de ser un mero objeto que merece protección, y pasa a ser una persona activa en lo que hace a su proceso de crianza y educación, de conformidad con su etapa evolutiva.

Como puede observarse, el profundo cambio legislativo que aparejó la sanción del CCyC en materia de responsabilidad de los progenitores sobre la persona y bienes de sus hijos se sustenta en los postulados de la CDN por lo que, en virtud de los mismos, se ha tornado al niño -finalmente- en un sujeto de derecho, erradicando de esta manera el tratamiento que se le daba y entendiéndose que requiere de una protección especial, tanto desde la ley como por parte de sus progenitores, responsables legales y el Estado.

Notrica y Rodríguez Iturburu al respecto explican que:

“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 hijo”. (2015, p.135)

Es indudable pues que la responsabilidad parental obedece a las funciones “de colaboración, orientación, acompañamiento e, incluso, contención, instaurada en beneficio de la persona menor de edad en desarrollo para su formación y protección integral.” (Notrica, Rodríguez Iturburu, 2015, p.136), tal como la Convención estableciera y a la que

se acogieron el CCyC y la ley 26.061 en aras de efectivizar la tutela especial que debe salvaguardar los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Atento a lo expuesto cabe colegir que la responsabilidad parental es la función humanitaria y social que la ley ha otorgado a los progenitores que vincula los derechos, facultades y deberes que estos deben cumplir bajo el propósito del desarrollo pleno de sus hijos en pos de forjar su integridad al tiempo que se promueve el cumplimiento de los derechos de estos y de sus obligaciones.

Para ir cerrando el tema, se puede alegar que el art.638 CCyC posee tres elementos típicos que definen a la responsabilidad parental de modo alguno, a saber: la responsabilidad, como principio rector del plexo de deberes y derechos de ambos progenitores; el reconocimiento expreso del principio de coparentalidad, es decir, sin preferencias de un género sobre el otro, sean del mismo sexo o no; y la protección, desarrollo y formación integral de los hijos al receptarse el principio de autonomía progresiva (art. 264 CCyC).

1.1 Autonomía progresiva y reformulación del vínculo entre progenitores e hijos

El progreso del Derecho de Familia a la luz de la constitucionalización del Derecho Privado, ha impactado en la relación entre progenitores e hijos, que hoy se define desde una perspectiva absolutamente distinta a la tradicional y sobre la cual se edificaron las disposiciones normativas del derogado Código Civil. En efecto, consecuencia del proceso de constitucionalización del Derecho Privado, se generaron ciertos principios jurídicos coherentes con un Estado de derecho donde la democratización de las relaciones familiares por un lado, y la autonomía de sus integrantes, por el otro, llevaron al codificador a reformular la vinculación entre progenitores y sus hijos.

Tradicionalmente, explica Herrera (2015) la relación entre padres e hijos fue definida a partir de la noción de patria potestad. En sus inicios, no existía otro modo de vinculación familiar que no fuera la determinada a partir de la prevalencia de la figura del *pater familia*, la potestad de éste frente a su mujer y, naturalmente, a sus hijos menores de edad.

Es dable traer a colación que en sus inicios, la patria potestad fue exclusivamente derecho reconocido en función de los intereses paternos, conforme el art. 264 del Código originario de Vélez Sarsfield. En dicho régimen la mujer era persona incapaz de hecho relativa, de modo que la patria potestad implicaba la prevalencia de la función paterna y también del hombre por sobre la mujer en las relaciones frente a sus hijos menores de edad. Luego la Ley de Régimen de Patronato de Menores modificó aquella originaria definición introduciendo la noción de obligaciones a cargo de los padres y adjudicando su ejercicio al padre y sólo en caso de muerte o pérdida de la patria potestad, su ejercicio correspondía a la madre.

Posteriormente, la Ley 11.357 de Derechos Civiles de la Mujer reconoció a la madre natural, la patria potestad sobre sus hijos con la misma amplitud de derechos y facultades que la madre legítima. Y la ley 14.637 extendió los deberes derivados de la patria potestad a los progenitores de los hijos nacidos fuera del matrimonio, y sin distinciones.

El cambio sustancial, no obstante, vino de la mano de la ley 23.264 que introdujo el ejercicio compartido de la patria potestad, conforme los instrumentos internacionales de derechos humanos, en especial la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 16) y la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 9º y 18) que reconocen el derecho de ambos padres a relacionarse y criar a sus hijos.

Aquella definición de patria potestad, centrada en la actuación de los padres en cuanto a sus deberes y derechos en aras de la protección y formación del hijo, comenzó a reclamar una reformulación a la luz del art. 18 de la CDN que establece:

“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. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño....”

La Corte Suprema de Justicia de la Nación había alertado sobre ello al sostener que:

“modernamente la noción misma de patria potestad se define más allá de los derechos de los padres (...) es una verdadera función social que los padres deben desempeñar en orden a la humanización de los hijos, con la pertinente garantía del Estado¹⁸”.

¹⁸Del dictamen de la Procuración que la Corte hace suyo; Corte Sup.,29/04/2008, LL 2008-C-540

A lo antedicho se agrega el impacto que recibirían todas las instituciones que involucran a niños y jóvenes, a partir de la sanción de la ley 26.061, que contiene entre sus principios al interés superior del niño y, como parte de éste, la consideración de su condición de sujeto de derechos y la posibilidad de ejercerlos conforme su madurez y grado de desarrollo. De allí que la ley reconoce una real responsabilidad familiar en la crianza y educación de los hijos (arts. 3°, 4°, 7°, 18, 24, 27).

Así, la noción de patria potestad comenzó a desandar el camino y a mutar al entenderse que los padres ejercen una función dirigida a posibilitar y asistir a sus hijos en el ejercicio de sus derechos, a acompañarlos para la adquisición de la plena autonomía (Mizrahi, 2013). De este modo, se pasó de la potestad y autoridad a una responsabilidad que implica precisamente reconocer la primacía del hijo y sus derechos y que el ejercicio de este rol por el progenitor no puede ser de cualquier manera ni basarse en la autoridad; en otros términos, se trata de un obrar funcional, direccionado a que el hijo ejerza los derechos *per se*.

En ese sentido es posible concluir que la actuación de los progenitores comenzó a verse restringida cuando se aleja del interés de los hijos, lo que puede resultarles perjudicial para su pleno desarrollo o bien cuando pueda ser entendida como abusiva.

Así se llega a la modificación que en la actualidad recibe el instituto en el Código Civil y Comercial. En el título VII “Responsabilidad parental” se comienza por definir esta institución en el art. 638 del siguiente modo: “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”.

Así, la responsabilidad parental se rige por los siguientes principios (art. 639): el interés superior del niño (CDN, ley 26.061), la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo; y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

2. Titularidad y ejercicio de la responsabilidad familiar

Es válido destacar en este momento el aspecto que pone de manifiesto la distinción entre la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental, pesando sobre ambos

progenitores – convivan o no, sean matrimonio o no – el cumplimiento del conjunto de derechos y deberes que tienen estos para con sus hijos (arts.699 y 700 CCyC).

El ejercicio de la responsabilidad parental implica que el cúmulo de facultades y obligaciones deben ser puestos en práctica; para esto el CCyC establece en primer término que ha de diferenciarse entre el ejercicio de la responsabilidad parental (a cargo de ambos progenitores, aun del no conviviente, de lo que se deduce es compartido el ejercicio) y el cuidado personal de los hijos (relacionado al cuidado cotidiano, por lo que se interpreta que pesa la carga sobre el progenitor conviviente con el o los niños).

2.1 Antecedentes históricos

Es necesario distinguir la titularidad de la responsabilidad parental de su ejercicio, tal como anteriormente se hiciera referencia. La primera refiere a quién o quiénes de los progenitores titularizan los deberes/derechos que conforman la responsabilidad. Según el derecho civil, enseña Herrera (2015) la titularidad corresponde a ambos progenitores y, el ejercicio refiere a la actuación de dichos deberes/derechos.

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

- I. Ejercicio de la responsabilidad parental: quién de los progenitores llevaba adelante los deberes/derechos derivados de su titularidad;
- II. Tenencia: término empleado por la ley 23.264 para definir quién de los progenitores ejercía la patria potestad y detentaba el cuidado cotidiano del hijo;
- III. Derecho de visitas: derecho correlativo del progenitor no conviviente o no ejerciente de la tenencia, quien gozaba del derecho-deber de visita y comunicación con el hijo.(Herrera 2015)

Un breve recorrido jurídico- histórico permite observar la evolución que ha tenido esta institución de marras. 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. 264¹⁹ del Código de Vélez primigenio. Bajo dicho régimen, la mujer resultaba persona incapaz de hecho relativa, de modo que la patria potestad no sólo

¹⁹Código Civil Art. 264: "La patria potestad es el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados".

implicaba la prevalencia del rol paterna, sino también del hombre por sobre la mujer frente a sus hijos menores de edad (Herrera, 2015).

Asimismo, en el Código originario, los hijos eran clasificados en función del origen de su filiación; así había hijos legítimos y naturales, donde se reconocía a ambos padres los mismos derechos y autoridad (arts. 327 y 328). La diferencia estaba dada en función de los derechos patrimoniales (Herrera, 2015).

Distinta era la situación de los hijos ilegítimos, donde los padres no tenían la patria potestad, ni facultad alguna para designarles tutores. Estos hijos se clasificaban a su vez, en “adulterinos”, “incestuosos” y “sacrílegos”, de acuerdo a sus orígenes, lo que impactaba en su reconocimiento como personas y en los derechos a sus padres (Herrera, 2015, s.d).

La Ley de Régimen de Patronato de Menores ejercido por los jueces fue dictada en aras de desplegar un régimen de protección de la infancia. Esta ley (derogada por ley 26.061), modificó la originaria definición del art.264 CC e introdujo la noción de obligaciones a cargo de los padres. En cuanto a su ejercicio, se las adjudicó al padre y sólo en caso de muerte o pérdida de la patria potestad, su ejercicio correspondía a la madre.

La ley 11.357 -Derechos Civiles de la Mujer-, por su parte, implicaba un cambio fundamental al receptor la capacidad jurídica de aquella. Así, reconoció a la madre natural la patria potestad sobre sus hijos con la misma extensión de derechos y facultades que la madre legítima (art. 2°). Asimismo, la mujer mayor de edad que se casara en segundas- o más nupcias-, conservaría y ejercería la patria potestad de sus hijos de matrimonio anterior (art. 3°).

La ley 14.637 suprimió la filiación legítima y extendió los deberes de la patria potestad a los progenitores de los hijos nacidos fuera del matrimonio, y sin distinciones entre estos hijos ilegítimos.

El cambio radical llegó con la ley 23.264 que introdujo el ejercicio compartido de la patria potestad. La norma respondía a la consideración de la mujer en el núcleo familiar en concordancia con los instrumentos 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 conformidad con el Código Civil derogado la determinación del ejercicio de la responsabilidad parental recibía diferente solución según si los progenitores

convivían o no. Así, en el primer caso el ejercicio se reconocía a ambos; si los padres se separaban, el ejercicio automáticamente se concentraba en uno de los progenitores –quien ostentaba la tenencia material- y al otro se reconocía el derecho de adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación.

El Código Civil y Comercial, finalmente, adoptó el principio igualitario de ejercicio compartido de la responsabilidad parental; sin distinguir entre los padres que convivan o no.

Al respecto cabe destacar un precedente de la Cámara Civil y Comercial de Azul del 17/06/2009²⁰ en el que se priorizó la atribución de la tenencia bajo modalidad compartida, conforme la necesidad manifestada por ambos padres en la crianza de los hijos y el aporte de los niños, que consolidaban resolver en favor de la solución unificadora de este ejercicio contra el principio unilateral vigente al momento de la sentencia.

Con idéntico criterio al anteriormente expuesto, la Cámara Civil y Comercial de Dolores el 18/03/2008²¹ 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.

2.2 Distintos supuestos

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

- I. La titularidad que corresponde a ambos progenitores;
- II. El ejercicio de la responsabilidad parental;
- III. El cuidado personal del hijo;
- IV. La guarda atribuida a un tercero.

Puede decirse entonces que el codificador ha diseñado el Código Civil y Comercial excediéndose de una cuestión meramente terminológica buscando reflejar la evolución de la institución, de la mano del reconocimiento progresivo del hijo como sujeto de derecho, en tanto personas independientes de sus progenitores. Es decir, el ejercicio de derechos y

²⁰C. Civ. y Com. de Azul, sala II, 16/06/2009, "A., S. v. T., M. C. s./tenencia", y Causa nro. 52.645 bis, "T., M. C. v. A., S. s/tenencia", disponible en <http://www.villaverde.com.ar/es/novedades/3-fallos-sobre-tenencia-compartida/>. Recuperado el 13/09/2017

²¹C. Civ. y Com. de Dolores, 18/3/2008, "M. G. R. v. E. A. I. L. s/régimen de visitas", disponible en <http://www.villaverde.com.ar/es/novedades/3-fallos-sobre-tenencia-compartida/>. Recuperado el 13/09/2017

deberes por parte de los padres debe ser una auténtica función en interés y beneficio del hijo (arts. 5º, 9º, 18, CDN; arts. 4º, 7º y concs ley 26.061)

El Código Civil y Comercial como ya se ha señalado, modificó el término, pasando de la patria potestad a la responsabilidad parental, a la que define (art. 638) como: “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes de los hijos, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado” reforzando así la prioridad de los deberes en cabeza de los progenitores por sobre sus derechos en relación a los hijos.

El diseño legal actual de la responsabilidad parental, se encuentra sustancialmente modificado. En primer lugar ya que el carácter matrimonial o extramatrimonial de la filiación del hijo no tiene incidencia alguna al establecerse el ejercicio de la misma. En segundo término, la finalización de la convivencia de los progenitores no influye tampoco - en principio- en el principio genérico que estipula que el ejercicio de la responsabilidad parental es de carácter compartido.²²

Entonces:

- 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, salvo los supuestos contemplados en el art. 645, o que medie expresa oposición (art. 641, inc. a). No tiene incidencia si hay matrimonio o unión convivencial.
- b. En caso de que los progenitores no convivan (por cese de la convivencia, por divorcio o nulidad del matrimonio): el ejercicio corresponde a ambos. Se rige idéntica presunción acerca de que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones previstas por la ley (art. 641.b). El codificador entendió, como queda puesto de manifiesto, que frente a los supuestos de separación de la pareja matrimonial o convivencial que resulta preferente al interés superior del hijo reconocer el ejercicio de la responsabilidad parental en forma conjunta. De lo antedicho se desprende que el Código Civil y Comercial

²²Diario Medonza Post de fecha 07/agost/2015. Los cambios del nuevo código civil. Recuperado de pag. Web www.mendoza.com. Recuperado en fecha 13/09/2017

adopta un sistema de ejercicio compartido que obliga a los progenitores a mantenerse en constante comunicación en aras de guiar en conjunto la crianza y educación de sus hijos; aun frente a divorcios o separaciones conflictivas que no deben incidir en sus roles frente a sus hijos (Herrera, 2015). Como excepción, el Código Civil y Comercial establece que por acuerdo de los padres o decisión judicial, siempre de conformidad con el interés superior del hijo, puede adjudicarse el ejercicio a uno de ellos o establecerse distintas modalidades (mismo inc. b) cuando: 1) Uno solo de los progenitores se encuentra en condiciones de ejercer la responsabilidad parental (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); 2) El hijo tiene un solo vínculo filial (inc. d); 3) 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 claro el interés en el emplazado y por ende no corresponde equipararlo a quien lo detenta (inc. e) (Herrera, 2015).

2.3 Desacuerdos, autorización conjunta y derecho-deber de cuidado personal

La elección del ejercicio compartido de la responsabilidad parental puede generar desacuerdos entre los progenitores, toda vez que cada uno quiera adoptar una decisión o plantear un curso de acción diferente. Es por ello que se previó la posibilidad de acudir a los estrados judiciales para que el juez competente resuelva el conflicto dirimido ante él en el sentido más beneficioso para el hijo, es decir, buscando garantizar su interés superior. Ello resulta sumamente útil ante decisiones que obedecen a un ejercicio abusivo o perjudicial²³ para el niño, niña o adolescente.

²³C. Nac. Civ., sala K, 10/02/2005, "C., F. v. H., D.", Actualidad Jurídica Familia y Minoridad, vol. 12, p. 1222.

Así, el art. 642 CCyC establece que cualquiera de los progenitores puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local. Para tal fin, convocará a una audiencia a la que deberán asistir ambos progenitores y el representante del Ministerio Público.

Es dable destacar también que se otorgan al juez potestades perspicaces de futuras discrepancias entre los progenitores que busquen pacificar y mantener el vínculo familiar. Con motivo de ello, si los conflictos se reiteran u cualquier otra causa entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, el magistrado tendrá la opción de atribuir total o parcialmente a uno de los progenitores el ejercicio de la responsabilidad parental, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no supere los dos años. Asimismo, el juez puede ordenar oficiosamente medidas de intervención interdisciplinaria y someter las contrariedades entre los progenitores a mediación familiar.

Ahora bien, cualquiera sea el régimen de responsabilidad parental que rijan, existen determinados actos que exigen la participación de ambos padres, mediante la prestación de un consentimiento expreso, concreto e individual, explica Herrera (2015).

Ellos son:

- I. Autorizar a los hijos adolescentes de entre 16 y 18 años a contraer matrimonio; se relaciona con el régimen de dispensa judicial (art. 404).
- II. Autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad.
- III. Autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero.
- IV. Autorizarlo para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí; se contempla el caso del hijo menor de 13 años.
- V. Administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración.

Finalmente y para todos los supuestos, sea que uno de los progenitores niegue su consentimiento o exista imposibilidad para prestarlo, la decisión le corresponderá al juez de conformidad con el interés familiar y del niño básicamente.

Una novedad que trajo aparejada el Código Civil y Comercial es el exigir el consentimiento expreso del hijo cuando es adolescente. Herrera (2015) explica que dicho

requisito se da justamente en función de la entidad del acto y por contar el hijo con la edad y madurez suficiente (presumida a los 13 años) para emitir su opinión al respecto.

Ahora bien, ante el cese de convivencia, el cuidado personal puede ser ejercido por uno o por ambos progenitores (art. 649). Atendiéndose a los distintos supuestos que puedan darse, se diferencian dentro del cuidado personal compartido dos modalidades:

- I. Cuidado personal compartido alternado: donde el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores según la organización y posibilidades de la familia (por ejemplo, cuando el hijo 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.).
- II. Cuidado personal compartido indistinto: cuando el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno pero ambos comparten las decisiones y distribuyen de modo equitativo el cuidado. Este régimen legal corresponde en caso de inexistencia de acuerdo o de plan de parentalidad.

Es dable destacar respecto al cuidado personal que por entender se trata de la opción más saludable para el hijo, el Código prefirió el tipo de cuidado personal indistinto, lo que cabrá dejarla de lado si resulta lesiva de algún modo para el hijo.

Con respecto a las pautas que debe considerar el juez para decidir por el cuidado persona unilateral, ellas surgen del art. 653 CCyCy son:

- I. La prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro.
- II. La edad del hijo.
- III. La opinión del hijo.
- IV. El mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo. En caso de otorgamiento unilateral del cuidado personal, el otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente.

Cabe aclarar previo a concluir este apartado que todas las decisiones relativas al ejercicio de la responsabilidad parental, revisten carácter mutable y no definitivo, es decir, son esencialmente revocables según la conveniencia –interés superior- de los hijos menores y las circunstancias en que se dictó frente a las actuales²⁴.

²⁴STJ Tierra del Fuego, 08/10/1997, "B. A. B. v. T., M. H.", LL 1998-F-571, [AR/JUR/23/1997](#).

3. Régimen de comunicación

Lo más beneficioso para los hijos es que “el cese de la convivencia de sus progenitores impacte lo menos posible en su vida”, instruye Herrera (2015, s.d) y, por lo tanto, habrá de estarse a las mandas de la perspectiva constitucional-convencional, en especial de conformidad a lo regulado en los arts. 7º, 8º, 9º y 18 de la CDN, cuando se dispone el derecho del niño a crecer, criarse y ser protegido por ambos padres y mantener con ellos un trato frecuente y regular.

Este derecho a la comunicación no puede sufrir restricciones salvo casos extremos que perjudiquen al hijo²⁵ y situaciones excepcionalísimas (art. 9º, CDN, art. 11 ley 26.061), es decir, ante circunstancias graves²⁶. En caso de incumplimiento, incluso, podrá acarrear sanciones civiles o penales para el incumplidor que se establece en interés del hijo²⁷ y constituye un derecho constitucional.

A la luz del Código Civil y Comercial, el derecho de comunicación sólo sería de aplicación en aquellos casos donde se haya dictado el cuidado personal unilateral, pues en los de cuidado compartido cada progenitor mantiene contacto con su hijo en los períodos que pasa consigo.

El Código, asimismo, se refiere a la “fluida comunicación” con el objetivo de erradicar la idea de un progenitor que sólo cumple una función de visita, enfatizando la flexibilidad que el régimen –en su totalidad, como está exponiéndose en todo el análisis– exige. A este derecho-deber de fluida comunicación (art. 652) en conjunto con el deber de colaboración con el progenitor conviviente (art. 653), se agrega el deber de informar sobre las cuestiones que refieren a la educación, salud, persona y bienes del hijo (art. 654).

La referencia al vocablo “comunicación” tiene cobra relevancia por los avances en los modos de vinculación y las soluciones que se reportado en casos de distancia física entre progenitores y sus hijos que brindan hoy los medios informáticos y redes sociales. En este sentido, se han fijado judicialmente regímenes de contacto que incluyen comunicación vía *Skype*, *Facebook*, entre otros medios tecnológicos de interrelación a distancia. Así se

²⁵Trib. Supremo de España. sala 1, 11/02/2011, "D. A. v. D. O.", AP 70069812, 1/70069812-1

²⁶InfoLEG- Información legislativa. Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Promulgada 21/10/2005 recuperado de pag. web<http://servicios.infoleg.gob.ar/>

²⁷C. Nac. Civ., sala E, 25/11/2010, "P. M. v. SRA", AR/JUR/80394/2010

resolvió en un caso fallado por el Tribunal de Familia nro. 5 de Rosario en fecha 30/12/2008²⁸ en el que se sostuvo que:

“Corresponde hacer lugar al régimen de comunicación solicitado por la actora a favor de su hijo, encuadrando la presentación como medida autosatisfactiva y en consecuencia, imponer al padre del menor que vive en el exterior la obligación de suministrar a su hijo una computadora con cámara web y tecnología suficiente para permitir que el niño tome contacto en forma provisional vía Internet, a través del servicio del chat, bajo apercibimiento”.

Como es dable colegir, las comunicaciones en la actualidad pueden darse de muchas maneras, sólo es cuestión de motivarlas y aceptarlas.

4. Ejercicio de la responsabilidad parental por terceros

El Código Civil y Comercial prevé la situación que se presenta cuando los progenitores o el juez, por diversos motivos, deciden que el cuidado del hijo menor de edad quede a cargo de un tercero.

Sin embargo, es necesario *prima facie* diferenciar un simple ejercicio de cuidado y de cuando dicho cuidado es integralmente delegado e incluye adoptar decisiones sobre el hijo menor.

El Código Civil y Comercial introdujo una más que importante modificación en materia de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental por los progenitores; ya que esta figura no estaba contemplada en el código derogado. Loable tarea si se interpretan las diversas realidades y las distintas circunstancias que pueden generarse en la vida de las personas y que exigen una respuesta por parte de la ley.

Atento a ello es que el codificador decidió arbitrar una modalidad alternativa al principio general en el art. 643 del CCyC que 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

²⁸Trib. Familia Rosario, n. 5, 30/12/2008, "F. S. v. C. E. s/régimen de comunicación", disponible en [www.villaverde.com.ar/es/.../027-fallo-rv-virtual-dutto-coment\(1\)](http://www.villaverde.com.ar/es/.../027-fallo-rv-virtual-dutto-coment(1)). Recuperado el 15/09/2017

crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido”

Siguiendo a Herrera (2015) se exponen, acto seguido, las circunstancias que permiten la delegación y el ejercicio del cuidado del hijo a terceros:

- I. Interés del hijo: en los casos 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.
- II. Razones justificadas suficientemente: también el fundamento se relaciona con el beneficio del hijo.
- III. Acuerdo de ambos progenitores por imposibilidad de los dos.
- IV. Otorgamiento a un pariente ya que no se prevé la delegación en favor de terceros.
- V. Homologación judicial de la persona en que sea delegada. El hijo tiene que ser oído.
- VI. Es temporario o provisorio, estipulándose el plazo máximo en un año y sólo puede ser renovado por igual plazo, con intervención judicial y por razones fundadas.
- VII. 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. Los padres mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo y la toma de decisiones cuando ellas tengan entidad vital.

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 la guarda otorgada por el juez a un tercero

5. Derecho- deber alimentario

Los derechos alimentarios de los hijos deben ser entendidos a la luz de la doctrina internacional de los derechos humanos, en particular de las normas que en forma expresa prevén la tutela de este derecho, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25); la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 11), el Pacto

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11) y especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 6°).

La nueva codificación civil trajo aparejada como novedad un cuadro de categorías distinto de alimentos debidos por los padres a sus hijos. Así se encuentran en la actualidad: los alimentos debidos a niños y adolescentes hasta los 18 años, alimentos debidos a la franja etaria que comprende desde los 18 hasta los 21 años, los alimentos debidos a los hijos mayores de 21 años cuyo requisito esencial es que continúen estudiando o capacitándose y alimentos debidos en razón del parentesco que une al acreedor y al deudor alimentario.

En cuanto a la primera categoría, es decir, a los alimentos debidos a los hijos hasta sus 18 años, la ley establece que dicha obligación es propia de las implicancias que acarrea la responsabilidad parental (art.646). El propósito de esta obligación reside en la protección integral de la infancia y la adolescencia y recae en primer término sobre ambos progenitores. (Molina de Juan, 2015).

El art.659 del CCyC establece el contenido de la obligación alimentaria propia de esta categoría señalando que el mismo debe contar con todos aquellos elementos que hagan a la satisfacción de las necesidades de los hijos ya sea a través de la manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio.

Con respecto a la categoría de alimentos debidos a los hijos cuya edad se encuentre comprendida entre los 18 y 21 años, el art.658 extiende la obligación alimentaria hasta tanto el hijo haya cumplido los 21 años, sin importar la extinción de la responsabilidad parental tal al cumplir el hijo los 18 años y convertirse en mayor de edad.

El CCyC incluyó esta nueva categoría dentro de los deberes y derechos que emergen de la responsabilidad parental. Por tal motivo es que se alega que “el legislador se ha enrolado en la posición que la considera una obligación extendida” (Molina de Juan 2015, s.d), sin perjuicio de la edad del hijo.

El contenido de esta categoría está constituido por los mismos elementos que a la categoría antes señalada y debe darse por igual a pesar de la edad de los acreedores alimentarios. Explica Molina de Juan (2015) que el rubro gastos para adquirir una profesión u oficio refleja la posibilidad que se le otorga al hijo de desarrollarse mediante el soporte que sus progenitores le brinden con dicho propósito.

La tercera categoría se encuentra comprendida por todos los hijos mayores a 21 años que se estén capacitando. El hecho de continuar los estudios justifica el deber alimentario. El CCyC consagró como excepción a la regla del art.658 a través del art.663 donde se establece que la prestación alimentaria para los hijos mayores de 21 años se extenderá como causa de la continuación de su formación profesional.

6. Representación legal

Según el art. 26 del CCyC, el principio es que los hijos ejercen sus derechos por medio de sus representantes legales, que son básicamente sus progenitores. A su turno, el art. 100 CCyC, concordantemente, establece la regla general: “Las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí”. De lo que se concluye que en los actos para los cuales los hijos cuentan con edad y grado de madurez suficiente (art. 26) no rige la representación.

Si el hijo tiene doble vínculo, la representación se encuentra en cabeza de ambos: “Son representantes: a. de las personas por nacer, sus padres; b. de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe” (art. 101).

El Código Civil y Comercial, siendo un régimen más flexible y personalizado atento al principio de autonomía progresiva, se advierte que son varios los actos que el hijo puede realizar *por sí* y, eventualmente, con asistencia del representante legal.

a) Actos que el hijo menor de edad puede realizar por sí:

- I. Art. 26: se presume que el adolescente de entre 13 y 16 años tiene aptitud para decidir por sí aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan riesgo grave en su vida o integridad física.
- II. Art. 26: a partir de los 16 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. Exime de consentimiento o asentimiento del progenitor.

- III. Art. 30: la persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin previa autorización.
- IV. Art. 30: tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por las cuestiones derivadas.
- V. Art. 64: con edad y grado de madurez suficiente puede solicitar la adición del apellido del otro progenitor.
- VI. Art. 66: con edad y grado de madurez suficiente, si carece de apellido inscripto puede pedir la inscripción del que está usando.
- VII. Art. 596: el adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo de adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos sin autorización de los adoptantes.
- VIII. Art. 596: el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes; en ese caso debe contar con asistencia letrada.
- IX. Art. 597: el adoptado con edad y madurez suficiente puede solicitar se mantenga el apellido de origen, sin el consentimiento de los adoptantes.
- X. Art. 644: los progenitores adolescentes, casados o no, ejercen la responsabilidad parental pudiendo decidir y realizar las tareas de cuidado, educación y salud.
- XI. Art. 661: puede reclamar alimentos si tiene madurez suficiente y asistencia letrada.
- XII. Art. 677: puede estar en juicio si es adolescente: se presume que el adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada.
- XIII. Art. 679: el hijo menor de edad puede demandar a sus progenitores sin previa autorización judicial, si cuenta con edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada.

- XIV. Art. 680: puede estar en juicio cuando sea acusado criminalmente, reconocer hijos.
- XV. Art. 686: administrar los bienes adquiridos mediante trabajo, empleo, profesión, aunque conviva con sus progenitores.
- XVI. Art. 697: pedir rendición de cuentas a sus padres sobre la administración, presumiéndose su madurez para ello.
- XVII. Art. 684: celebrar contratos de escasa cuantía de la vida doméstica.

b) Actos que pueden llevar adelante los hijos con autorización o asistencia de sus padres son los siguientes:

- I. Art. 26: si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con asistencia de sus progenitores. El conflicto se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto. El consentimiento es prestado por el hijo, asistido.
- II. Art. 404: el hijo que ha cumplido 16 años puede contraer matrimonio con autorización de sus representantes legales.
- III. Art. 644: el consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus progenitores para actos trascendentes para la vida del niño.
- IV. Art. 645: ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad.
- V. Art. 645: salir del país.
- VI. Art. 645: estar en juicio, en todos los supuestos en que no puede actuar por sí.
- VII. Art. 667: en el caso del adolescente, si se encuentra en el extranjero y necesita recursos para su alimentación, puede con el asentimiento del adulto responsable contraer deudas.
- VIII. Art. 681: si es menor de 16 años para ejercer oficio, profesión o industria, u obligarse personalmente.

c) Actos que ejercen los progenitores y requieren la voluntad del hijo

- I. Art. 681: los progenitores no pueden hacer contratos por servicios a prestar por su hijo adolescente o para que aprenda algún oficio sin su consentimiento.

- II. Art. 690: celebrar contratos con terceros en nombre de sus hijos, en los límites de su administración y con la carga de informar al hijo que cuenta con edad y madurez suficiente.
- III. Art. 639, incs. b) y c); art. 645, último párrafo; art. 646, inc. c); art. 682: tomar decisiones que comprometen los derechos personales del hijo.
- IV. Art. 677; argumento art. 690: Celebrar acuerdos de disposición de derechos de hijo —transacción, conciliación— si el hijo cuenta con edad y madurez suficiente.

7. Administración de los bienes de los hijos

En principio, los padres pueden celebrar todos aquellos contratos comprendidos en el régimen general de administración teniendo en cuenta las respectivas limitaciones. Sin embargo y más allá de la función representativa, cuando el hijo cuenta con edad y grado de madurez suficiente los progenitores tienen obligación de informarle sobre el estado de su patrimonio.

El Código Civil y Comercial, al respecto de los bienes de los hijos, ha establecido que los progenitores no pueden celebrar contratos con sus hijos durante la menor edad y ejercicio de la responsabilidad parental, salvo la excepción de la aceptación de donaciones sin cargo en favor de sus hijos; si la donación es con cargo la aceptación requiere autorización judicial previa (arts. 1549, 689).

Tampoco pueden comprar bienes de su hijo, constituirse cesionarios de créditos, derechos o acciones contra el hijo, hacer partición privada con el hijo de la herencia del progenitor pre fallecido o de las herencias en que resulte coheredero o colegatario, ni obligar al hijo como fiador (art. 689)

La disposición de bienes de los hijos requiere de autorización judicial (art. 692). Si este requisito se incumple, el acto puede ser declarado nulo en caso de convertirse en perjudicial para el hijo.

La autonomía laboral plena se establece en los 16 años. Así dice el art. 681 que “el hijo menor de 16 años no puede ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar a su persona de otra manera sin autorización de sus progenitores; en todo caso, debe cumplirse con las disposiciones de este Código y de leyes especiales”.

En tanto,

“se presume que el hijo mayor de 16 años que ejerce algún empleo, profesión o industria, está autorizado por sus progenitores para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria. En todo caso debe cumplirse con las disposiciones de este Código y con la normativa especial referida al trabajo infantil. Los derechos y obligaciones que nacen de estos actos recaen únicamente sobre los bienes cuya administración está a cargo del propio hijo” (art. 683).

Por su parte, el art. 682 dispone: “Los progenitores no pueden hacer contratos por servicios a prestar por su hijo adolescente o para que aprenda algún oficio sin su consentimiento”.

La administración de los bienes de titularidad de los hijos es común en ambos progenitores en ejercicio de la responsabilidad parental, con otorgamiento indistinto de los actos conservatorios e independientemente del tipo de cuidado personal (art. 685).

De manera similar al régimen derogado, se exceptúan de la administración de los progenitores: los bienes adquiridos por el hijo por su trabajo, empleo o profesión, cuya administración corresponde al hijo; los heredados por el hijo por causa de indignidad de sus progenitores; los adquiridos por herencia, legado o donación si el donante o testador excluyó de la administración a los progenitores.

A los fines del ejercicio de la administración, los progenitores pueden pactar la unificación en uno de ellos. Sin embargo, para los actos que exijan autorización judicial resulta menester contar con el consentimiento del otro. También en este aspecto se prevé la función del juez como vía supletoria para la resolución de las divergencias entre los progenitores, pudiendo concentrar en uno de ellos la administración o en casos extremos designar a un tercero (art. 688) neutral.

La pérdida de la administración del progenitor que la ostenta resulta un recurso en aras de la salvaguarda del patrimonio del hijo y a su vez permite sancionar el comportamiento del progenitor que se compruebe inepto para tal fin o que pueda convertir en ruinoso el futuro patrimonial del hijo. También debe tenerse presente una hipotética situación falencial del progenitor a los efectos de que el juez decreta la pérdida de administración. Y, sin lugar a dudas, está el caso de la privación de la responsabilidad parental (arts. 694 y 695) como fundamento para la pérdida de la administración.

Por último, la remoción de un progenitor concentra el ejercicio de la administración en el otro; y, en caso de remoción de ambos, corresponde designar un tutor especial (art. 696) para que lleve a cabo dicha administración supliendo a los obligados originarios.

8. Extinción, supresión y privación de la responsabilidad parental

La titularidad de la responsabilidad parental se extingue por: a) muerte del progenitor o del hijo; b) profesión del progenitor en instituto monástico; c) alcanzar el hijo la mayoría de edad; d) emancipación, excepto lo dispuesto en el art. 644; e) adopción del hijo por un tercero, sin perjuicio de la posibilidad de que se la restituya en caso de revocación y nulidad de la adopción; la extinción no se produce por supuesto cuando se adopta el hijo del cónyuge o del conviviente (art. 699).

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 (Herrera, 2015).

A diferencia de la extinción que opera de pleno derecho y por causales objetivas, la privación requiere sentencia judicial previa valoración de la inconveniencia para el hijo del mantenimiento de la responsabilidad parental (Herrera, 2015).

La privación de la responsabilidad parental puede ser dejada sin efecto por el juez si los progenitores, o uno de ellos, demuestra que la restitución se justifica en interés del hijo. Como se observa, la pauta es el beneficio e interés del hijo, de conformidad con el carácter funcional del ejercicio de la responsabilidad parental (arts. 638, 639) y el principio del interés superior del niño que la rige (art. 639, inc. a).

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.

El Código Civil y Comercial aúna aquí todos aquellos supuestos que de pleno derecho provocan la suspensión del ejercicio. El ejercicio queda suspendido “mientras duren” las causales señaladas, lo cual también marca el cese automático al desaparecer aquellas.

Breve reflexión

La reforma del Código Civil y Comercial de la Nación significó un gran avance en materia de Derecho de Familia – y de derechos humanos- al reflejar las diversas realidades sociales. Sin duda alguna llegó para afianzar los principios y valores consagrados en los instrumentos internacionales que conforman el bloque federal constitucional argentino luego de la reforma a la Constitución en el año 1994.

La modificación, en lo que respecta a la responsabilidad parental, con meridiana claridad denota este paso dado por el codificador, ya que además de cumplir con el compromiso internacionalmente asumido de adecuar el derecho interno a lo que surge de los tratados internacionales, contribuyó a sustentar enfáticamente las normas relativas a esta temática en los últimos años.

Fue básicamente la doctrina y los tribunales de familia quienes generaron la motivación de adoptar sistemas que fortalezcan a las familias con el propósito de que ellas puedan resolver sus problemas con el menor grado de litigiosidad, y teniendo siempre presente a los hijos, a quienes asiste la noción del interés superior. De allí que se tornó imperioso para el legislador el contribuir con la tarea de prever la adaptabilidad de los acuerdos respecto de los hijos.

Se advierte en el Código Civil y Comercial la preocupación por dar solución a situaciones que se presentan en la vida diaria de las familias y, en materia de responsabilidad parental, cumplió con los valores impresos en la realidad social. De allí que se hayan normado circunstancias en donde antes había absoluto silencio o que se hayan modificado normas considerando a los hijos como sujetos de pleno derecho.

Como toda normativa naciente, por lo pronto resulta beneficiosa para las familias. al reconocerse al niño, niña o adolescente como un sujeto de derechos que merece protección s produjo un imperioso avance que lo ubica dentro del proceso como el sujeto de derecho

que merece una participación acorde a su etapa evolutiva, considerando su autonomía progresiva.

En este sentido el reconocimiento de las diferentes conformaciones familiares por la legislación y la jurisprudencia, permitió establecer que la responsabilidad parental puede recaer en cabeza tanto de personas de igual o distinto sexo, y en este orden la órbita de acción de los progenitores implica ahora el deber considerar y tratar al hijo como un sujeto titular de una serie de derechos que colaboran a su pleno e integral desarrollo; de allí que los deberes de los progenitores se direccionan a un acompañamiento en la crianza y educación del niño, niña o adolescente. Sin embargo, pese a los avances identificados, aún queda un largo y amplio camino por recorrer.

CAPÍTULO III

LOS PROGENITORES AFINES. UNA INCORPORACIÓN LEGISLATIVA ESPERADA

Introducción

Como se sostuvo en los capítulos precedentes es indiscutible que la incorporación de la figura del progenitor a fin al código civil y comercial adecuo el texto legal infraconstitucional de nuestro país a la realidad social y familiar. Con la reforma del CCyC las familias ensambladas encuentran regulación y reconocimiento jurídico, se denominaciones, derechos y obligaciones para quien convive con su pareja y los hijos de ésta, tanto en las uniones matrimoniales como en las uniones convivenciales (unionen de hecho).

Si bien la función de los padres es clara para todo el mundo, no sucede lo mismo con el rol del esposo/a del progenitor que luego de su separación o divorcio se vuelve a casar o a convivir en pareja. La decisión de conformar una nueva familia conlleva sin duda la necesidad de sus miembro de conocer hasta dónde llega su responsabilidad en el cuidado de los hijos de su pareja y hasta dónde pueden ejercer su autoridad. Sin duda los roles parentales y las nuevas organizaciones familiares fueron mutando y han atravesado un proceso de modificación que necesita de reconocimiento jurisprudencial y análisis de los estudiosos del derecho.

La idea del presente capítulo consisten en identificar los aportes jurisprudenciales que pusieron de relieve la necesidad de la trasformación del derecho de familia, de igual manera en el desarrollo se analizara y profundizara sobre el rol y reconocimiento de la figura del progenitor afín, sus derechos y obligaciones y el impacto que jurídico social que provoco la incorporación de la figura al derecho de familia en nuestro país.

1. La realidad social. Antecedentes.

A diferencia de lo que acontecía en una época lejana, la familia ensamblada ya no tiene como causa principal de la muerte de unos de los padres, sino que su fuente

primordial es el divorcio o ruptura de una unión convencional. Esto significa que, cada vez en mayor medida, un niño no convivirá con ambos padres, sino con uno de ellos y su nueva pareja.

Según el informe del Fondo de la Población de las Naciones Unidas, menos del 40% de los hogares argentinos responde hoy al modelo de “familia tipo”, la clásica familia “intacta” integrada por padres e hijos. Otro informe de las Naciones Unidas (CEPAL) advierte que las trayectorias conyugales, una vez disuelto el matrimonio o la unión, han sido estudiadas de manera limitada por la falta de datos en toda América Latina, “Las categorías tradicionales de análisis y los instrumentos de recolección de datos habituales no captan estas familias”²⁹. Por esta razón, sobre la magnitud de las distintas configuraciones familiares faltan cifras precisas en nuestro país.

En este contexto de cambios, una de las configuraciones familiares que presenta un notable incremento es la “familia ensamblada”, es decir, aquella originada en el matrimonio o unión convivencial de una pareja, cuando uno o ambos integrantes tienen hijos nacidos de una unión anterior, con o sin hijos comunes. 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 cual implica nuevas interacciones y lazos sociales entre los integrantes, en especial, los hijos de la primera unión y la segunda o ulterior pareja del progenitor.

“La locución “familia ensamblada” comprende tanto el núcleo integrado por el progenitor que tiene a su cargo el cuidado de sus hijos de un vínculo anterior que vuelve a formar una nueva pareja, como al conformado por el progenitor que no convive con sus hijos. Por otra parte, desde el punto de vista de las prácticas sociales y más aun con la reforma introducida en cuanto al cuidado personal el hijo, la posibilidad de su alternancia en los hogares de ambos padres, pese a su residencia habitual con uno de ellos, no permite hacer distinciones según se trate o no del padre guardador”. (Grosman, Martínez Alcorta, 2000, p. 35)

Estas familias, que han sido consideradas por los especialistas en el área de las ciencias psicosociales, fueron escasamente tratadas en el campo de Derecho, aun cuando han sido objeto de atención en la Doctrina y reuniones científicas. Destaco, particularmente, el X Congreso Internacional de Derechos de Familia realizado en Mendoza en 1998, en el cual se presentaron numerosas ponencias destinadas a consolidar el

²⁹DiarioClarín del 8-6-2008. Familias Ensambladas. [versión electrónica] Recuperado de pag web. <https://www.clarin.com/sociedad/familias-ensambladas>. recuperado en fecha 10/10/2017

funcionamiento de este tipo de familia. Más recientemente, el XVII Congreso Internacional de Derecho de Familiar realizado en Mar del Plata, el 22 al 26 de Octubre de 2012, se presentaron diversas propuestas sobre el tema.³⁰

El Código Civil y Comercial ha introducido normas que buscan cooperar para que estos núcleos lleven a cabo adecuadamente su función de cuidado y educación de los niños que habitan en el hogar y, de este modo, hace efectiva la protección de la infancia y la adolescencia proclamada en la Convención sobre los Derechos del Niño. Las normas introducidas envían un mensaje que contribuye a que los progenitores afines cumplan con su responsabilidad en el marco de un apoyo compartido y de la vida en común.

Teniendo en cuenta que cada vez en mayor medida se presentaran los conflictos que involucren a los integrantes de las familias ensambladas, a más de la necesidad de afirmar el principio de seguridad jurídica, es preciso ofrecer regulaciones que permitan a los jueces y abogados contar con un panorama de soluciones claras. A partir de los casos concretos, será posible, mediante la labor doctrinaria y jurisprudencial, presentar respuestas que preserven los derechos de la infancia y contribuyan a mejorar la calidad de vida de los hogares ensamblados. (Grosman, 2015)

La visión pluralista, la solidaridad familiar y el principio igualitario que han guiado al nuevo Código constituyen el sustrato que debe impregnar la vida de los niños y adolescentes que se crían y educan en estos hogares. Es necesario tomar en cuenta para que se comprende la importancia de la regulación introducida que, pese a que las Familias ensambladas desempeñan funciones habituales de cualquier familia, su proceso de formación conlleva la creación de una estructura compleja donde se aglomeran una multiplicidad de nexos.³¹

El problema central de estas familias es la ambigüedad. Si los roles de los padres biológicos son claros no hay ningún conflicto. Pero en el régimen anterior no existían lineamientos institucionales que habilitasen las acciones del cónyuge o conviviente del progenitor, quienes a menudo en la vida cotidiana recibían mensajes contradictorios y no sabían cómo actuar. Sobre la base del principio de democratización de la familia, el Código

³⁰Aida Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras. Tratado de derecho de familia según el código civil y comercial de 2014. Tomo IV. Ed. Rubinzal- Culzoni. La Realidad Social. Pag. 222

³¹Grosman, Cecilia y Herrera Marisa. Relación de hecho en las familias ensambladas, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 46, jul/agos de 2010. Abeledo-Perrot, Bs. Ad, ps 80 y ss.

actual regula ciertos aspectos propios de este tipo de familia con la finalidad de instalar reglas que legitimen las tareas del cónyuge o conviviente del progenitor, pues su ausencia impide asumir los condignos deberes.³²

De todo lo expuesto en el trabajo de investigación hasta el momento, surge que el código destierra la mirada negativa que sobrevuela sobre estos vínculos y ordena esta relación con respeto y valorización de esas figuras en beneficio de los niños y adolescentes. Bien es sabido que estas nuevas figuras han sido calificadas en otros tiempos como personas indeseables, fuente de peligros y abusos. Siendo de interés, dar a estas figuras ignoradas, un espacio propio en el mundo de la ley que les posibilite el mejor desempeño en sus tareas de colaboración al reducir la incertidumbre en los comportamientos mediante expectativas claras de los derechos y deberes que le son propios.

Pese a las diferencias dinámicas, un pensamiento central se ha afirmado con energía: el nuevo cónyuge o conviviente del progenitor no ocupa el lugar de padre o madre. “No se trata de una figura sustituta capaz de lesionar la autoridad e identidad parental, sino que es una figura de referencia distinta”.³³

2. Mandatos Constitucionales

Variada es la norma de orden supra legal que ha producido en la actualidad la constitucionalización del derecho de familia. La Convención sobre los Derechos del Niño (art. 5º) y la forma en que se ha concretado este mandato en la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Ley 26.061 y su reglamentación, el decreto 415/2006, artículo 7º, evidencias un concepto amplio de familia. Además de los progenitores incluye a las personas vinculadas a los niños a través de líneas de parentesco de consanguinidad o afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada.

Por su parte, el artículo 14 bis de nuestra CN asegura la protección integral de la familia, sin haber distinciones de ninguna naturaleza, sin hacer distinciones de ninguna naturaleza. A ello debe agregarse el contenido de los distintos tratados de derecho humanos que integran el llamado “bloque de la constitucionalidad federal, con jerarquía

³² Aida Kemelmajer de Carlucci, María Herrera, Nora Lloveras. Libro Tratado de Derecho de familia según el código civil y comercial 2014. Tomo IV. Estructura y características. Familia ensamblada. Pag. 223

³³ CCC Min, de General Roco, 5-3-2033, L-L- Patagonia 2003-102.

constitucional conferida por el artículo 75, inciso 22, que consagra el derecho a la vida familiar, la dignidad de la persona, la igualdad, la libertad, la intimidad y la solidaridad, valores que nutren el funcionamiento de la familia ensamblada.

2.1- El código recoge la orientación que prima en el Derecho contemporáneo.

La acentuación del individuo en el ámbito familiar ha tenido que acoplarse a una exigencia de solidaridad para preservar el desarrollo de la infancia reservada, en el primer lugar, a la familia. Si cada vez, en mayor medida, han surgido formas facilitadoras de divorcio, al mismo tiempo, las políticas legales de muchos países se preocuparon por las consecuencias de esas decisiones nacidas de la autonomía privada. Es decir, se evidencia en el mundo actual una doble respuesta de la sociedad.

Por una parte, se afirma el principio de coparentalidad a través del ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, incluso después de la separación de los padres, en consonancia con el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos de los Niño (CDN). Al mismo tiempo, se consolida la preferencia por el cuidado compartido del hijo en virtud del derecho de los niños y adolescentes a mantener relaciones personales y contacto directo y regular con ambos progenitores, tal como lo exige la CDN (art. 9).

Por otra parte, se alienta la cooperación de la nueva pareja en el cuidado del hijo propio del cónyuge o conviviente y se identifica, de modo expreso, la relación entre un cónyuge o conviviente con los hijos del otro. Así, en la legislación comparada se observa la creación de reglas que permitan a los integrantes de esas familias conocer sus deberes y derechos, teniendo siempre presente que la labor del cuidado del hijo del cónyuge o conviviente coexiste junto con la parentalidad fundada en el lazo biológico, derivado de las técnicas de reproducción asistida o de la adopción.

Barroso (2012), sostuvo durante una entrevista para el Instituto Brasileiro de Direito de Familia que la “constitucionalización del Derecho de Familia” ha traído como consecuencia la adaptación del pluralismo en los proyectos de vida, desestimándose la idea de un proyecto familiar único. “Se reconoce un vínculo socio-afectivo como principio existencial que recibe su adecuada valorización en el campo del Derecho y se expresa en el notable desarrollo del derecho a la idoneidad en su faz dinámica” (Herrera, 2008 p. 54), que

se exhibe fuertemente en la familia ensamblada en la relación entre el cónyuge o conviviente y los hijos propios del otro. Es un vínculo que suma, adiciona, no reemplaza, ni excluye, tal como se transparenta en la Convención sobre los Derechos del Niño, como en la ley 26.062 y su decreto reglamentario que alude a los referentes afectivos (art.7).

3. Derechos y Deberes de los progenitores afines

Forma parte del concepto de familia democrática privilegiar el diálogo y la búsqueda de acuerdos para afrontar el cuidado de los niños y adolescentes, su orientación y contención. Esto significa: “a) respetar el espacio personal de sus integrantes; b) considerar los derechos de los que componen los sistemas familiares precedentes y los acuerdos celebrados (alimentos, comunicación con el hijo); c) la búsqueda de consenso para acordar reglas de convivencia; d) no discriminar entre hijos y los otros, o sea, afirmar el principio igualitario”.³⁴ Así resulta necesario consolidar responsabilidades y exigencias mínimas que consoliden los deberes y derechos de sus integrantes adultos destinados a favorecer la función socializadora.

La posmodernidad familiar a la que asistimos desde hace un tiempo comprende un proceso caracterizado por la libertad de elección de los proyectos familiares; los cambios en los roles conyugales; la disociación entre sexualidad, procreación y matrimonio; la pérdida del control social sobre las formas de acceso a la maternidad/paternidad; la flexibilidad en los modos de convivencia, y la sustitución de la biología y la naturaleza como componentes legitimadores de las relaciones de parentesco por la voluntad y la elección de los individuos.³⁵

En este contexto surge una importante valorización de la participación que tienen algunos adultos en el cuidado cotidiano de los niños pese a que no son sus progenitores, como sucede con allegados, familiares, y en particular, con el padre o madre afín,

³⁴Marisa Graham y Marisa Herrera. Infojus. año 2014 Derecho de familia, infancia y adolescencia. Responsabilidad Parental. Recuperado de pag. Web. <http://www.colectivoderechofamilia.com/>. Recuperado en fecha 10/10/2017

³⁵Deberes y derechos de los padres e hijos afines (Modelos de duplicación y sustitución de la función parental en la familia ensamblada). Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015 , 197 • LA LEY 2015-C Recuperado de pag web marcelamascotena.com.ar/documentos

realidades afectivas silenciadas que reclamaban un reconocimiento legal para el apropiado ejercicio de la parentalidad en beneficio del niño.

Recordemos que la doctrina nacional caracteriza a la familia ensamblada como "la estructura originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o de una relación previa"(Grosman, Martínez Alcorta 2005, p. 35) Como vemos, dicha forma familiar se constituye mediante el matrimonio o la unión convivencial, pudiendo incluir hijos de relaciones anteriores, sea de uno o ambos de sus miembros, y también hijos comunes. En ese sentido, el Código Civil y Comercial denomina progenitor afín "al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente" (art. 672).

Las familias ensambladas existieron siempre, pero con una diferencia notable: ayer, resultaban de la viudez; en la actualidad, se originan principalmente por la separación de la pareja. Le Gall recalca que:

"a diferencia de la viudez en que el padrastro o la madrastra vienen a ocupar un lugar 'vacante', la desunión hace de este último un actor suplementario del reparto familiar. El papel de padrastro o madrastra por lo tanto no se puede desempeñar únicamente en el modo de la sustitución. La recomposición de la familia tras una separación con hijos de la unión anterior requiere que se vuelva a considerar la organización familiar según modelos de comportamiento inéditos, en particular, en lo que se refiere a los deberes y obligaciones de los actores, tanto en el hogar recompuesto como en la constelación familiar". (Le Gall citado por Alesi Martin, 2015 pag 2)

Algunos años atrás, Grosman y Martínez Alcorta (2005), reflexionaban con buen tino que en las familias intactas, roles como el sustento, la educación o la autoridad parental eran comportamientos sociales conocidos. En cambio, en las familias ensambladas prácticamente no existían lineamientos institucionales ni normas que guíen la conducta de sus integrantes, situación que aparejó la ambigüedad en los roles, ocasionando que otros familiares y terceros duden cómo obrar. "Estas incertidumbres originadas en la falta de explicitación de las reglas de funcionamiento provocaron el debilitamiento de la función normativa indispensable para el desarrollo de los niños". (p. 65)

El Código rescata al progenitor afín del contorno familiar, social y jurídico en que se encontraba a raíz de esa ambigüedad, cumpliendo el Estado con su obligación de brindar

una cobertura jurídica que garantice la concreción de una adecuada parentalidad en la familia ensamblada, en virtud de la cláusula contenida en el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

Así el artículo 673 en los deberes del progenitor afín narra que:

“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”

Surge del artículo que el rol de progenitor a fin es de cooperación armónica en el cuidado educación y crianza del hijo de su conviviente. Si consideramos a la familia como un núcleo primario de la sociedad se destaca entonces que el deber del progenitor a fin consistirá en la formación del niño en sus diferentes aspectos inculcándole valores, hábitos y pautas de conductas, sin dudas el rol del progenitor a la luz del CCyC es subsidiario, no sustituye ni reemplaza a la responsabilidad parental. (Diccionario Jurídico, art.673 comentado).

En términos generales, opina Grosman³⁶ que el mandato legal tiene carácter enunciativo, es decir que el progenitor afín podrá cooperar con múltiples tareas relacionadas a la crianza y formación de los hijos siempre teniendo en cuenta lo más beneficioso para el niño o adolescente.

En lo atinente a la naturaleza jurídica del rol que desempeña el padre o madre afín, Rivero (2011) afirma que “no ejerce una responsabilidad parental, no es titular de una función institucional, sino que participa de la guarda que compete al progenitor custodio en la toma de ciertas decisiones relativas al hijo”(p. 165). Se aprecia entonces que la responsabilidad sobre el niño ya no es exclusiva de sus progenitores, el progenitor afín es un verdadero guardador del hijo de su cónyuge o conviviente, sin perjuicio de los deberes y derechos más reducidos que el art. 673 le atribuye en comparación con los del progenitor titular de la responsabilidad parental.

³⁶ Grosman, Cecilia, "Sumar realidades familiares: la familia ensamblada en la reforma del Código Civil", Revista Derecho Privado, año II, n. 6, Infojus, p. 85.

El régimen básico o general contemplado por el art. 673 comienza *ex lege* a partir de la celebración del matrimonio o el inicio de la unión convivencial, sin que se requiera la previa demostración de un tiempo mínimo de convivencia entre padre e hijo afín, que ponga de relieve un trato afectivo recíproco, el art. 672, si caracteriza la convivencia de los miembros de la pareja, y de éstos con el hijo, habida cuenta que se considera como tal al cónyuge o conviviente que "vive" con quien "tiene a su cargo" el cuidado personal del niño o adolescente.(Ariza, 2007)

Sin dudas como sostiene Ariza (2007) es un requisito primordial para la configuración de la figura del vínculo paterno-filial afín la convivencia del niño o adolescente con el adulto ya que la misma es una de las propiedades relevantes de la guarda, y consiste en que los sujetos de ella residan o compartan teniendo un proyecto conjunto.

Avanzando en el análisis del artículo el Código parece admitir tácitamente la continuidad de la relación paterno-filial afín a pesar de la ruptura del matrimonio o unión convivencial, en razón de que el art. 674 incluye a "la ruptura del matrimonio" como supuesto de finalización del ejercicio conjunto de la responsabilidad parental entre el progenitor afín y su cónyuge. (Ariza, 2007) el meollo reside en el alcance y sentido que se asigna a la expresión "ruptura del matrimonio", debiendo cuestionarse si es equivalente a disolución de la relación conyugal, en cuyo caso deberá aceptarse la subsistencia del vínculo paterno filial afín pese a la separación de hecho del progenitor y su cónyuge, o alude en realidad al quiebre de la convivencia como eventual estadio previo al divorcio o nulidad del matrimonio. (Ariza 2007)

Asentado en el art 672 la doctrina sostiene que los deberes y derechos recíprocos entre padre e hijo afín están sometidos a una condición resolutoria, en tanto que el acaecimiento del hecho futuro e incierto de la desaparición de la comunidad familiar determina la extinción de la relación jurídica impuesta por la ley, sin perjuicio de la posibilidad de que el progenitor afín deba suministrar una prestación alimentaria excepcional con ajuste a lo previsto por el art. 676, o se fije un régimen comunicacional en virtud del estrecho vínculo afectivo entre ambos. (Ariza, 2007)

El art. 673 reza "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. Poniendo de manifiesto el deber jurídico familiar

de contenido personalísimo y resaltando los principios de solidaridad y responsabilidad que integran el nuevo orden público.³⁷

El desenvolvimiento del rol que el progenitor afín lleve adelante en la dinámica familiar con relación al cuidado y crianza de los hijos de su pareja reconocidos por el plexo normativo dependerá sin dudas del nivel de involucramiento y colaboración que este tenga con el niño o adolescente por lo cual la norma admite diferentes modos de ejercicio del rol. De colaboración debiendo la misma ser lo suficientemente flexible (Ariza, 2007)

La organización de las familias ensambladas permitirá en determinada ocasión y según el acuerdo de los miembros que el progenitor afín cumpla un papel acotado y periférico referidos únicamente a los asuntos de superintendencia del niño, y en otras en cambio permitirá los lazos afectivos más firmes, estables y estrechos con el niño y por la consiguiente habilitará la participación de funciones más comprometidas con la crianza, involucrándose en sus actividades cotidianas y construyendo con su pareja un proyecto educativo común, con líneas de actuación bien definidas, que permita el desarrollo de la potencialidades del hijo. (Ariza, 2007)

Para el Código Civil y Comercial, la esencia del rol complementario del padre o madre afín se apoya firmemente sobre la idea-fuerza de una pluripaternidad jerarquizada, y a un modelo de duplicación de las funciones parentales, en el que éstas son compartidas entre los progenitores titulares de la responsabilidad parental y el padre o madre afín, aunque prima el rol del progenitor.³⁸

La finalidad de la ley en la delimitación del rol, obligaciones y derechos de los progenitores afín en la crianza y cuidado de los hijos de su pareja consiste en establecer lineamientos de conductas, a través de las que los progenitores titulares de la responsabilidad parental desempeñan sus funciones previniendo que lo haga el padre o madre afín; y también las estrategias de sustitución, en las que el progenitor afín asume el papel que le correspondería al padre no conviviente, quien deja de cumplirlo.³⁹

³⁷Mario N. Vadillo, 2015 Nuevo Código Civil. Padres afines. 02/08/2015. Recuperado de pag web www.protectora.org.ar recuperado en fecha 17/10/2017

³⁸Jociles Rubio, María Isabel — Villaamil Pérez, Fernando, "Estrategias para evitar obstaculizar la paternidad de los padrastros en las familias reconstituidas", Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, vol. L, n. 204, p. 103. Recuperadp de pag web <http://marcelamascotena.com.ar> recuperado en fecha 17/10/2017

³⁹ Conf. JOCILES RUBIO, María Isabel — VILLAAMIL PÉREZ, Fernando, "Estrategias para evitar u obstaculizar la paternidad de los padrastros en las familias reconstituidas", cit.. Recuperado de pag. web <http://marcelamascotena.com.ar> recuperado en fecha 17/10/2017

El art. 673 establece que rol complementario que atañe al progenitor afín y especificar sus funciones con respecto al niño, establece a continuación dos aplicaciones concretas de la señalada regla, al prescribir que "en caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor", y que "esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental".⁴⁰

Igualmente, el art. 675 recepta el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental bajo ciertas condiciones, disponiendo en su párrafo segundo, parte final, que "en caso de conflicto prima la opinión del progenitor".

Se deduce de ello que mientras el juez es el encargado de dirimir los desacuerdos suscitados entre progenitores titulares de la responsabilidad parental (art. 642, Cód. Civ. y Com.), cuando esas mismas discrepancias se plantean entre el progenitor titular y el afín, el nuevo Código desactiva la intervención judicial y pone en manos del primero la última palabra sobre la medida que considere más beneficiosa para el hijo, dejando sobre el tapete la existencia de una relación que, en lo atinente a la crianza, cuidado y protección integral de los derechos del hijo, no se desenvuelve entre pares o iguales.⁴¹

Desde esta perspectiva, Grosman (2015) resume que el progenitor afín no ocupa el lugar del padre o la madre. No es una figura sustituta capaz de lesionar la autoridad e identidad parental, sino que es una figura de referencia distinta que contribuye en la función de cuidado⁴² y, al mismo tiempo, se respeta el vínculo afectivo que forma parte del derecho a la identidad en su faz dinámica del hijo afín. (Grosman, citado por Alesi, Martín B., 2015)

Según Rivero, el padre o madre afín tiene la habilitación para actuar de forma individual y autónoma, con decisión propia y sin tener que consultar o pedir autorización previa a su cónyuge o conviviente, como colaborador de este último. Tampoco tiene que obrar de acuerdo con el progenitor, con quien puede disentir, sino que lo hace con criterio

⁴⁰Alesi, Martín B., 2015 Deberes y derechos de los padres e hijos afines (Modelos de duplicación y sustitución de la función parental en la familia ensamblada *Alesi, Martín B., 2015*] Recuperado de pag web <http://marcelamascotena.com.ar> en 17/10/2017

⁴¹ Deberes y derechos de los padres e hijos afines. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015 , 197 • LA LEY 2015-C. Recuperado de la pag web <http://marcelamascotena.com.ar> 17/10/2017

⁴²Deberes y derechos de los padres e hijos afines. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015 , 197 • LA LEY 2015-C. Recuperado de la pag web <http://marcelamascotena.com.ar/documentos/15.pdf> el 17/10/2017

personal y bajo su responsabilidad, con la sola consecuencia de que prevalezca el del primero en caso de desacuerdo.⁴³

Frente a terceros, el acto realizado por el progenitor afín debe concordar necesariamente con las facultades parentales conferidas por el art. 673 (por ejemplo, no podría adoptar una medida concerniente a la gestión de los bienes del hijo, salvo en situaciones de urgencia), y tendrá plena eficacia hasta que el padre o madre del niño exteriorice un criterio diferente, por aplicación de la regla de prioridad.

. De lo expuesto se concluye que existe una presunción de que todo lo actuado por el progenitor afín en el marco de las funciones que la ley le confiere en interés del hijo, cuenta con el consentimiento del progenitor titular de la responsabilidad parental, hasta que éste exteriorice en forma oportuna su oposición a lo resuelto por aquél.

4.-Derecho de comunicación con el Padre/Madre Afín

El código ha ampliado el derecho de comunicación de niños y adolescentes. Cabe recordar que el artículo 555 establece “Los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de estos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado...” La norma siguiente extiende este derecho a favor de quienes justifiquen “un interés afectivo legítimo” (art. 556).

Por su parte, el artículo 557 dispone que “El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado medidas razonables para asegurar la eficacia”.

De acuerdo con esta normativa, para analizar el derecho de comunicación de padres afines con los hijos de su cónyuge o conviviente corresponde tanto al cónyuge en las situaciones de separación o divorcio (art. 555) como al conviviente cuando se produce la ruptura de la relación, si justifican un interés afectivo legítimo y ello es beneficioso para el niño o adolescente corresponde hacerlo a luz de los derechos del niño primando el interés

⁴³ Rivero, Francisco, "De la relación fáctica a la categoría jurídica: la figura del padrastro y la madrastra", cit. Recuperado de pag web <http://marcelamascotena.com.ar/documentos/15.pdf>

superior de estos (art. 556). Resultando aplicable a estas situaciones el criterio doctrinario y jurisprudencial que ha concedido el derecho de visitas si se ha acreditado incontestablemente que el contacto periódico es valioso para el niño o adolescente.⁴⁴

La recepción de esta nueva figura pone de manifiesto que surge como una manera de incrementar los beneficios del/la niño/a o adolescente que vive bajo un tipo de organización familiar que no es la llamada “tradicional”, pero que se les garantiza que siempre contarán con una pareja adulta que se ocupe de las decisiones, afecto y cuidados atinentes a su desarrollo. En este ámbito de cooperación, los roles de los adultos deberán pronunciarse en el interés superior del niño. La legislación reconoce a los progenitores como los principales responsables del cuidado de sus hijos en todo aspecto y le otorga al conviviente o cónyuge del progenitor que vive con el/la niño/a o adolescente un rol complementario.⁴⁵ Así como la obligación alimentaria encuentra su correspondencia, por aplicación del principio de solidaridad familiar, en el deber de contribución de los cónyuges o convivientes en las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o discapacidad de uno de ellos, siempre que estos convivan con la pareja, le reconoce también al progenitor afín, en caso de ruptura del vínculo matrimonial o de la unión convivencial, podrá ver salvaguardado su vínculo con el/la niño/a o adolescente gracias a la aplicación art. 556 del código que extiende el derecho de comunicación con estos a quienes justifiquen un interés legítimo.⁴⁶

Sería difícil considerar que aquel Progenitor afín que ha contribuido en la crianza y educación del niño, con la cual éste ha creado lazos afectivos, no este amparado por un régimen de comunicación en beneficio de ambos.

5.-Derechos sucesorios.

Cabe también la pregunta sobre los derechos sucesorios, en cuanto a los derechos del niño en la sucesión del progenitor afín es conocida la reticencia del derecho de las sucesiones a reconocer vocación hereditaria a los parientes afines. El Derecho Sucesorio

⁴⁴ZANONI, Eduardo, Derecho civil. Derecho de familia, Astrea, Bs. AS. 2001 p. 113, citado por Aída Kemelmajer- Marisa Herrera, Nora Lloveras. Tratado de Derecho de Familia, según el cód. Civ. y Com. 2017. Tomo IV. Ed. Rubinzal- Culzoni

⁴⁵ Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos Nro 14 – 05.07.2016. El reconocimiento legal de la figura del progenitor afín Recuperado de la pag web <https://dpicuantico.com/> el 17/10/2017

⁴⁶ Camila Caloiero 2016 pág. 2. ario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos Nro 14 – 05.07.2016. El reconocimiento legal de la figura del progenitor afín Recuperado de la pag. web <https://dpicuantico.com/> el 17/10/2017

sigue siendo el sector más estético del Derecho Civil, y por consiguiente, mayores son las dificultades para que este Derecho abarque a los hijos y padres afines.

“La sucesión ab intestato se halla íntimamente unida al parentesco consanguíneo, no reconociéndose el lugar de los afectos como sustento del Derecho Sucesorio aun cuando el testador puede ejercer su voluntad por vía testamentaria en los límites de la porción disponible”. (PEREZ Gallardo citados Aida Kemelmajer, Marisa Herrera- Nora Lloveras. Pag. 240)

“La doctrina en la materia tiene posturas disimiles, algunos consideran que los bienes que posee el progenitor sean transmitidos a sus hijos y que no tengan derecho alguno sobre ellos los hijos de su cónyuge o conviviente. Otros, consideran legítimo que el hijo afín herede al padre afín, sobre todo cuando ha habido una convivencia de muchos años y se ha logrado la integración familiar” (GROSMAN y Martínez Alcorta, citados por Aida Kemelmajer, Marisa Herrera- Nora Lloveras. Pag. 240)

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, no existe derecho hereditario entre un cónyuge y los hijos del otro. Sin embargo, puede suceder que un padre o madre afín, encariñado con el hijo de su cónyuge con quien ha convivido desde que el niño era pequeño, quiera beneficiarlo para después de su muerte. “Esto puede acontecer cuando no hay hijos propios y ha habido una convivencia de larga duración, o sea, existen signos de una parentalidad social”. (Pérez Gallardo, 2011, p. 163) En este caso solo lo podrá hacer por vía testamentaria, limitado a la porción disponible si existen herederos legitimarios.

Cabe destacar que ya en 1998, los asistentes al X Congreso Internacional de Derecho de Familia, celebrado en Mendoza, llegaron a la conclusión de la necesidad de crear un nuevo orden sucesorio a través del cual se proteja la familia ensamblada, a mi criterio las leyes de la herencia deberían considerar el vínculo. En el mencionado congreso Kemelmajer de Carlucci expreso que “las leyes de la herencia deberían considerar el vínculo padre/madre afín e hijo afín, que puede o no ser tanto o más fuerte que el lazo natural” (Kemelmajer de Carlucci, 2000, p. 3006)

Breve reflexión

El reconocimiento de las estructuras familiares ensambladas me llevo a la conclusión de que los legisladores argentino han identificado en las relaciones personales y familiares que los lazos existen sin necesidad de un vínculo sanguíneo que les de origen,

que las mismas son relaciones dinámicas y provocan un avance y modificación constante por el impacto que generan en los principios rectores del derecho de familia.

La reciente legislación reconoce que los actos cotidianos de cuidado, educación y crianza de los NNA no son solos ejercidos por padres biológicos, sino que en el ámbito doméstico de una dinámica o estructura familiar ensamblada conformada por adultos con hijos de relaciones anteriores esos actos cotidianos y toma de decisiones pueden ser y generalmente son compartidos y es aquí a donde la jurisprudencia y la ley asume un rol central al regular la figura del padre o madre afín.

El rol del progenitor afín adquirió desde su incorporación al CCyC un importante impacto social y legal, los derechos y deberes reconocidos y otorgados no lesionan ni la autonomía, ni la identidad parental, sino que la complementan, sin embargo surge de la investigación que la aplicación automática de esos artículos provoca discusiones doctrinarias en relación a situaciones concretas que parecen ser omitidas por el texto normativo actual y las cuales se intentara identificar en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO IV

LA RESPONSABILIDAD PARENTAL FRENTE AL PROGENITOR AFÍN

Introducción

El CCyC inserto con la reforma cambios significativos en el derecho de familia y sustituyó la denominación patria potestad por responsabilidad parental, la reforma no se limitó únicamente al cambio de la denominación e introdujo dentro de la responsabilidad parental la diferencia entre la titularidad y el ejercicio de la misma por padres o por progenitores modificación a la que se hizo referencia en el desarrollo de los capítulos anteriores.

En el siguiente apartado se intentara analizar, describir e identificar el rol del padre o madre afín y las acciones que normativamente se le concede con relación al ejercicio de la responsabilidad parental. De igual modo se reflexionara sobre la necesidad y el impacto jurídico social que la regulación de la figura del progenitor afín tiene en la cotidianeidad de las familias ensambladas.

1. El rol de terceros y el ejercicio de la parentalidad

El reconocimiento por el CCy C de la organización y estructuras familiares ensambladas ha generado la necesidad de indagar y reconocer que la crianza, educación y cuidado de los NNA no es una cuestión que solo corresponda a los progenitores o esté ligada a vínculos sanguíneos. El avance del derecho permite dar la razón que los lazos afectivos generan que terceras personas intervengan en el desarrollo vital de niños por diferentes motivos, alejada quedo la idea sostenía entonces en el código de Vélez en donde la familia estaba limitada a los padres biológicos y a los hijos.

Como sostiene el informe de Théry ante el Ministerio francés de la Familia debiendo existir sin dudas coherencia que permita ampliar y brindar protección a familias

reales con roles cuasi parentales entre sus miembros integradas por vínculos biológicos o afectivos.⁴⁷ Por ello entiende que:

“existen diferentes causas por las que terceros intervienen en un proyecto de parentalidad, ya sea en la esfera de la filiación (por ej., en la fecundación asistida, con intervención de terceros o en la adopción), como así también en la esfera del ejercicio de la parentalidad (es el caso del ejercicio de la parentalidad por el progenitor afín) (Basset, 2015, s/p)

Surge que la finalidad de la reforma tiene eje en mostrarse conforme con la flexibilidad en los modos de convivencia y la valoriza la participación de adultos en el cuidado cotidiano de los NNA, intenta imponer pautas a los integrantes de las familias ensambladas, para así lograr que la participación de los terceros convivientes con NNA garanticen a los mismos una educación, crianza y cuidado con un espacio familiar propicio, reconocido interna y socialmente, con derechos y obligaciones que nacen de vínculos afectivos y sin suprimir la identidad parental (Patricio Jesús Curti, 2016).

La responsabilidad del progenitor afín como tercero en la relación y en la esfera del ejercicio de la responsabilidad parental encuentra sustento en normas constitucionales-convencionales⁴⁸ que ponen a nuestro país en la obligación de respetar Derechos Humanos fundamentales con la intención de proteger a los NNA con el plus de derechos que a los mismos le son reconocidos por normas de Derecho Internacional.

La participación de terceros en el ejercicio de la responsabilidad parental puede tener origen en diferentes circunstancias de la vida del menor, como guardas, tutelas delegación de responsabilidad parental, etc. Acertadamente el código prevé teniendo en miras el interés superior de los NNA la posibilidad de delegar a un pariente mediante un acuerdo homologado judicialmente y sin perjuicio de lo establecido en el Art 674 del CCC que expresa:

“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

⁴⁷BASSET, Úrsula C. 2015 “Revista Código Civil y Comercial” “La Responsabilidad Parental frente a la figura del Progenitor Afín”, pág. 103 La Ley S.A.E. e I. Id SAIJ: DACF160462 recuperado de pag. Web <http://www.saij.gob.ar> 7/1/2018.

⁴⁸ “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” (art. 5).

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”

Existe convicción entonces de que normativamente se reconocen los lazos socios afectivos que un NNA puede tener. Y sostienen Federico P. Notrica y Mariana I. Rodríguez Iturburu que estamos en presencia de una figura que suma y no que reemplaza o excluye.⁴⁹ Y el citado art prevé los casos en el conyugue puede delegar la responsabilidad del ejercicio de la responsabilidad parental cuando por determinadas circunstancias no pudiera ejercerlo.

Nace de la interpretación del artículo que la delegación debe realizarse por un tiempo acotado, es decir con carácter transitorio previendo casos como no taxativos como enfermedad o incapacidad, la doctrina entiende que:

“la imposibilidad debe ser absoluta y total o al menos perjudicial para el niño si se ejerciera (Jáuregui, Grosman, Briozzo) aunque transitoria y que la enfermedad o incapacidad, aunque transitoria, no puede ser de tal envergadura que prive de discernimiento al progenitor responsable de tal manera que imposibilite su capacidad de delegar válidamente. Sin embargo, como la norma nada dice, podría admitirse que pueda ejercerse anticipadamente previendo tales circunstancias, siempre "transitorias", en protección del interés del menor y salvando las distancias y por analogía con en el caso de las directivas anticipadas” (art. 60).⁵⁰

El código establece que la delegación del ejercicio en el progenitor afin requiere aceptación del mismo o resulta de sus actos de cuidado en ausencia o incapacidad del progenitor responsable.

⁴⁹ Federico P. Notrica y Mariana I. Rodríguez Iturburu “Responsabilidad parental Algunos aspectos trascendentales a la luz del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Saldando viejas deudas” [versión electrónica] Recuperado de pag. Web <http://www.pensamientocivil.com.ar>

⁵⁰ Art. 674 del Código Civil y Comercial Comentado 2015 [versión electrónica] recuperado de pag. Web <http://universojus.com>

2. Los dilemas al regular la ubicación jurídica del progenitor afín

Como sostuve a lo largo del trabajo el derecho no puede mantenerse ajeno a las realidades familiares. Con la sanción del nuevo CCC surge la aparición de la dificultad de la ubicación jurídica del progenitor afín. Sostiene Basset (2015) que la regulación de la figura del progenitor afín genera horizontes de multiparentalidad de hecho o de derecho, por lo que es necesario que las rupturas, reconstrucciones, relaciones estables o no entre adultos, encuentren en las normas cimientos que encaminen a conceder a los NNA garantía en el respeto de su derecho a vínculos parentales estables.

El dilema de la ubicación jurídica del progenitor afín está en determinar si la institución debe regularse enmarcada en la filiación cuando el CCC expresa en el 536 “Entre un cónyuge y los hijos del otro se genera el vínculo de afinidad. El parentesco por afinidad no crea vínculo jurídico alguno entre los parientes de uno de los cónyuges y los parientes del otro; o en la responsabilidad parental; y en esta pluralidad de figuras sostiene Basset (2015) que el derecho tiene que seleccionar a cuáles relaciones y por cuánto tiempo y en qué extensión les atribuye deberes y derechos cuasi-parentales o cuasi-fraternales.

Coincido con Curti (2016) que construiría entonces de lo antes dicho una obligación social y legal dejar de lado debates poco constructivos y centrar la visión en los niños, niñas y adolescentes para conceder respuestas concretas.

3. El progenitor afín ¿un nuevo concepto de padre?

Las realidades sociales, los cambios en la configuración de las estructuras familiares dejan apreciar como sostuvimos a lo largo del trabajo el crecimiento de las llamadas familias ensambladas y con el renombra con fuerza la figura del progenitor a fin. Resultando este quizás desde mi humilde entender un nuevo concepto de padre que permite en cierto modo cooperar con la garantía cumplimiento de los derechos de la infancia.

Sin embargo el progenitor afín ha generado a lo largo de la historia cierto rechazo, situación contrarrestada hoy por la finalidad de nuestra legislación que reconoce y destierra la mirada negativa de este adulto que compartía la cotidianidad de la crianza, educación y cuidado de los hijos de su conviviente.

En la actualidad aquel estereotipo negativo no ha desaparecido completamente sin embargo la doctrina, la jurisprudencia y ahora la ley permitiendo que el concepto de progenitor afín

encuentre en la letra del CCC sustento y apoyo para cumplir con un rol que sin vulnerar o desplazar al progenitor no conviviente marca derechos y obligaciones que le son propio y le permiten desempeñar su rol de manera propicia otorgándole al hijo afín un reconocimiento interno y social con responsabilidad.

En este orden de ideas entiendo que el progenitor a fin constituye en base a todo lo expuesto un nuevo concepto de padre, y coincido con Aída Kemelmajer de Carlucci que el progenitor afín “asume un valor constitutivo del núcleo ensamblado, en el momento en que el cónyuge o conviviente del progenitor es visto como un integrante necesario de la nueva identidad, es decir cuando las murallas de lo ajeno y lo propio se apartan y sostener el espacio de intimidad se convierte en tarea constructiva” (Aída Kemelmajer de Carlucci, 2014 citado por Carlos André Galván)⁵¹

3.1.-El debate entre el rol del progenitor y el progenitor afín

La pluralidad de figuras reguladas en el código genera un debate entre el rol del progenitor y el rol del progenitor afín. En el derecho comparado sostiene Fulchiron (2016) que el rol del progenitor afín puede ser sustitutivo o complementario.

La relación sustitutiva supone un silenciamiento de uno de los progenitores, cuyo lugar se ocupa por el progenitor afín. Ajustándose mejor a los casos en que uno de los dos padres no está presente y el rol complementario implica que los progenitores biológicos o adoptivos del niño comparten las funciones parentales con el progenitor afín. (Basset, 2015)

La Dra. Grossman (2015) expresa que la función complementaria del padre o madre afín debe ser co-construida entre acuerdos, realizados entre la pareja conviviente y en concordancia con el progenitor no conviviente como esencia de la familia ensamblada, recogiendo así la reforma y las prácticas sociales que cooperan en el cuidado de los niños y forman parte del entorno familiar. (Dra. Grosman, 2015)⁵²

La figura del progenitor afín tiene características principales y destacables que surgen de cooperación natural que deriva de la convivencia. En esta dirección sostiene la doctrina que:

⁵¹ Carlos André Galván, s.f “Derecho Civil y Comercial El Progenitor Afín en el CCC. [versión electrónica] recuperado de pag. Web <http://www.estudiogalvan.com.ar> el 10/1/2018.

⁵²Dra. Grosman, 2015 Del derecho de “La familia” al Derecho de “Las familias” recuperado de pag. Web www.scba.gov.ar/includes/descarga.

“El rol del padre afín cumple una función de carácter complementario y los padres conservan un rol principal; de esta manera, no se trata de una figura que reemplaza ni sustituye sino que brinda colaboración y apoyo con conductas positivas dentro de la organización de la familia, resguardando su estabilidad a través de las reglas de convivencia y acuerdos o conformidades otorgadas por el progenitor que no convive con los hijos”⁵³

En el derecho argentino se regula situación del progenitor afín teniendo en cuenta los principios del derecho de familia y por sobre todo los derechos de la niñez que deben primar por sobre los de los adultos en consideración del interés superior de los NNA.

Como principio rector el CCC establece que el ejercicio de la responsabilidad parental de un niño con doble filiación en conjunta y la responsabilidad compartida, pero cuando uno de los progenitores rehace su vida afectiva con un tercero surgen los interrogantes de cuál es el rol del conviviente del progenitor y más aún cuando el mismo tiene un responsabilidad unilateral, establecer la mayor o menor participación del conviviente en el ejercicio de la responsabilidad parental es una tarea que necesita interpretación de casos concretos.

En el ámbito de la filiación la adopción integración es unos de los posibles escenarios creados legalmente con posterioridad a la reforma del CCC en la que debe analizarse la figura del progenitor afín. La doctrina sostiene “La adopción de integración mantiene el vínculo filiatorio de origen en coexistencia con el vínculo que se crea respecto del progenitor afín.”. (Basset, 2105, s/p).

La multiparentalidad que surge de esta figura constituye la primera excepción al principio de indisolubilidad de la filiación, esto quiere decir que es el único caso de revisión de adopción aunque sea esta plena. (Basset, 2105)

Sostiene Basset (2015) que el modelo imperativo o estatutario del nuevo CCC somete o regula todos los casos como iguales generando inconvenientes con la figura del progenitor afín en cuanto no establece plazos mínimos para aplicar el mismo en una relación generando tanto con la adopción integración como en este último caso que la estabilidad y principios del derecho de filiación entren en crisis.

⁵³ María Soledad Briozzo, 2014 “La Figura del progenitor afín en la reforma proyectada: ¿superó la falta de lineamientos institucionales que determinan sus acciones, Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año VIII, Número 12, recuperado de pag. Web www.derecho.uba.ar/revistas-digitales 11/12/2018

4. Necesidad de un estatuto jurídico especial para el progenitor afín

El derecho argentino ha intentado con la reforma introducida en el CCC dar respuesta a la organización familiar donde uno o ambos miembros de la pareja conviviente tiene hijos de relaciones anteriores y deciden reconstruir un nuevo núcleo familiar a través de nuevas nupcias, la convivencia o unión convivencial.

La causa fuente del estatuto constituye un dilema al momento de establecer cuando debe comenzar aplicarse el mismo en estas nuevas estructuras familiares. El CCC argentino prevé un mecanismo de aplicación automática del mismo y establece que el mismo comienza a regir desde la cohabitación del NNA con el padre o madre afín, situación está que para la doctrina resulta desafortunada ya que tiene en mira una realidad de hecho como la convivencia o cohabitación, no así la idoneidad del que la ejerce y los derechos de los NNA.

En el derecho comparado el estatuto del progenitor afín es muy discutido en Francia por ejemplo

“Numerosos autores han negado la necesidad de un marco legal. Según ellos, el sistema jurídico francés ya incluye todos los instrumentos necesarios para tratar estas cuestiones. Además, dicen que en la práctica, estos problemas no se presentarán, ya que así lo demuestra la escasa frecuencia de litigios en estos asuntos. La primera afirmación es falsa, el Derecho francés dispone únicamente de reglas parciales e inadaptadas que pueden aplicarse a los progenitores afines y más en general a cada persona llamada a hacerse cargo del niño (abuelos, personas de confianza...). Cuando surge un problema, el progenitor afín se verá confrontado con la inexistencia de su estatuto. Esto es una consecuencia del dogma según el cual la autoridad parental pertenece al padre y a la madre, y solamente a ellos (volveremos sobre el tema)”⁵⁴

Por su parte en el Derecho Inglés el trato de hijo es la causa fuente que da fundamento al estatuto del progenitor afín y no un resultado de una imposición normativa arbitraria y obligatoria.

⁵⁴Hugues Fulchiron, 2016¿Un estatuto para el progenitor afín? [versión electrónica] recuperado de pag. web<http://thomsonreuterslatam.com> 13/1/2018

Fulchiron, 2016, sostiene que la educación, la trasmisión y la solidaridad son los tres niveles con los que se intenta dar respuesta a la necesidad de un estatuto jurídico especial para el padre o madre afín.

Considerando el cuidado diario del niño el CCyC presenta normas claras, establece que en caso de desacuerdo prima la voluntad del progenitor sobre la del padre o madre afín (art 673). Sin embargo entiende el citado autor que el problema está en que el legislador regulo en consideración y contemplando la existencia de un solo padre afín y no prevé en la norma la posibilidad de la simultaneidad y más si se tiene en cuenta las variadas alternativas que pueden surgir. Además como ya se hiciera mención supra regulo teniendo en cuenta el hecho de la cohabitación y no la autonomía e idoneidad del progenitor o padre o madre afín (Fulchiron, 2016)

Los derechos hereditarios es otro de los niveles que necesita de una respuesta. El CCyC reconoce al padre afín derechos y obligaciones y le concede al hijo afín un reconocimiento social y familiar, derechos y exigencias sociales que ambos deben respetar. Ahora bien, si el padre o madre afín desea con voluntad propia por ese lazo afectivo conceder patrimonio a los hijos de su conviviente a los cuales crio, educo y amo como propios no puede hacerlo, colisiona en materia de trasmisión la voluntad de la parte con reglas jurídicas y fiscales, siendo según la legislación la adopción el único medio de emplazamiento filiatorio que le conceda a ese progenitor afín el medio idóneo para cumplimiento de su voluntad, ya que de lo contrario el NNA no tendrá vocación hereditaria.(Fulchiron, 2016)

Los principios generales de derecho son fundamentales para la interpretación de la legislación positiva. Según Rivera los principios generales de derechos cumplen dos funciones, por un lado son fuentes de derecho y por otro son elementos de interpretación de la ley (Rivera citado por Medina, 2016) además de los principios generales de derecho existen los principios propios del derecho de familia que permiten dar solución mediante directrices y estándares a casos no contemplados por el legislador.

Sostiene medina que la finalidad del principio de solidaridad familiar es:

“compensar las carencias espirituales o materiales de los demás miembros de un mismo grupo, su justificación deriva del principio de igualdad; ya que para que los seres humanos sean iguales deben contar con igualdad de recursos materiales o espirituales para desarrollarse. De lo contrario puede predicarse el principio de igualdad pero no se cumple cuando por ejemplo el hombre cuenta con todos los medios económicos y su compañera carece de lo imprescindible para subsistir. Es

allí donde la solidaridad es imprescindible para lograr la igualdad” (Medina, 2016 p. 8)

La aplicabilidad del principio de solidaridad familiar en el estatuto del progenitor afín a decir de Fulchiron, (2016) supone entonces una ampliación del concepto. El nuevo CCC impone al progenitor afín una serie de derechos alimentarios de carácter subsidiario y norma una lista de obligaciones que varían según la condición que adopte el padre o madre afín dentro de la organización familiar, el matrimonio, la adopción integración y hasta regula la responsabilidad solidaria en el art 461 y 521 del CCC. Lo que implica como sostiene Fulchiron (2016) que la solidaridad familiar en la figura del progenitor afín constituye una carga que No reposa entonces sobre el compromiso del padre afín en la educación del niño, sino más bien sobre la relación de pareja del padre afín con el progenitor del niño. Coincido entonces con el citado autor en que la creación de derechos y obligación actual para las familias ensambladas no garantiza un verdadero equilibrio a todos los integrantes de la misma.

Debe existir entre la ley positiva y las realidades familiares y sociales una armonía que permita dar soluciones concretas y eficaces a los múltiples conflictos familiares. Surge entonces la necesidad de abordar los problemas de las familias ensambladas contemplando no solo lo expresando en la letra de la ley, sino aplicando principios de derecho de familia que aporten a los operadores de justicia directrices para la resolución conforme a derecho pero también contemplando el caso en particular.

Breve reflexión

A la luz de lo expuesto en el presente capítulo comprendo que existe una profunda modificación en lo que hace al ejercicio de la responsabilidad parental. La participación y regulación del padre o madre afín ha generado sin dudas que el estereotipo negativo del padrastro y la madrastra desaparezcan parcialmente o por lo menos morigerado aquel arraigado rechazo social.

La ley, la doctrina y la jurisprudencia concedieron a la figura un reconocimiento social e interno que ubica al progenitor afín como un integrante necesario en la identidad, educación, crianza y cuidado de los NNA.

Sin embargo la pluralidad de figuras creadas en el nuevo CCC provocó y generan discusiones jurídicas con relación a la ubicación y rol que ocupa el progenitor afín. El derecho argentino optó por una aplicación automática de una serie de artículos que comienzan a regir desde la cohabitación del niño con el progenitor a fin, generando a decir de la doctrina problemas que no han sido contemplados normativamente como la simultaneidad de progenitores afines, derechos sucesorios entre otros y que provocan la colisión del texto de la ley con los principios rectores del derecho de familia.

Esboza Basset que sostener y regular todos los casos por iguales afecta la estabilidad y pone en crisis el derecho de filiación, por lo tanto la ubicación jurídica legal que se le otorgue al progenitor afín deberá permitir siempre el interés superior del niño y las particularidades intrafamiliares.(Basset 2015)

Conclusión Final

La finalidad del presente trabajo final de grado consistió en determinar en qué casos la ley vigente considera que los progenitores afines son parientes del hijo de su cónyuge o concubino y en qué casos no. A lo largo de la tarea de investigación fue posible evidenciar que existe en Argentina una legislación infraconstitucional guiada por legislación, jurisprudencia y doctrina internacional de los derechos humanos.

La Constitución Nacional y los distintos instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados con la reforma constitucional de 1994, han dado pie a una profunda reflexión sobre la mayoría de las instituciones jurídicas propias de las relaciones de familia, lo que ha exigido al estado argentino adecuaciones del plexo normativo inferior en materia de derecho de familias a la norma superior del estado, resultado así un cuerpo positivo civil y comercial unificado que se encuentra ajustado a las necesidades que reclamaba la sociedad cuando de familias se tratara.

El Código Civil y Comercial introdujo modificaciones sustanciales al derecho civil en general, y palmariamente en materia de derecho de familia, fundamentalmente a través de su constitucionalización. En la actualidad este Derecho Privado constitucionalizado es el pilar sobre el cual se edifica el nuevo Derecho de Familia consagrado en el Código Civil y Comercial y que parte del reconocimiento de la existencia de pluralidad en los modos de organización familiar que merecen el mismo reconocimiento en el ordenamiento jurídico infraconstitucional argentino que la ya tradicional familia heterosexual.

Como conclusión, resta señalar que la familia arquetípica sustentada en el matrimonio, económicamente dependiente del *pater familia* viene sufriendo cambios desde un largo tiempo a esta parte. El derecho constitucionalizado de familia, está hoy direccionado a proteger lo más humanamente posible a la familia como institución social, fundamental y a sus miembros. Puede advertirse de los artículos analizados en el capítulo 1 que las familias pluralistas existentes en la actualidad, lo que permite concluir que tanto el derecho de las mayorías como el de las minorías merece su protección legal sin discriminación y la tutela deberá emerger principalmente de las leyes fundamentales para disgregarse luego hacia la regulación infralegal.

No caben dudas tras lo señalado que la noción de familia –observado desde esta perspectiva constitucional amplia- obedece a una forma de congregación familiar adaptable y comprometida con los cambios sociales. Como reflexión puede señalarse que ninguna modalidad de organización familiar es mejor que otra, ya que ello responde a una elección personal, individual o de pareja y a cómo se pretenda vivir el proyecto de familia poniendo de relieve principios rectores de la materia como la autonomía de la organización familiar, la solidaridad familiar, la no injerencia estatal ente otros.

La reforma del Código Civil y Comercial de la Nación significó como se sostuvo a lo largo de la investigación un gran avance en materia de Derecho de Familia – y de derechos humanos- al reflejar las diversas realidades sociales y familiares. Transformó un concepto arraigado en la sociedad argentina desde tiempos remotos y sobre el cual se estructuraban las bases de las responsabilidades, deberes y obligaciones de los padres para con sus hijos.

Cabe destacar que los principios de derecho de familia como la tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente; como así también las normas procesales incorporadas al código Civil y Comercial se direccionan a garantizar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes reconocido en el art. 3 de la CDN. Permitiendo de igual manera garantizar que el acceso a la justicia permita un abordaje integral de la dinámica familiar. De esta manera la reforma del CC y C de la Nación han permitido la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a los tratados de derechos humanos y principalmente condescendió y permite dar tutela efectiva al sector más vulnerable de una relación o núcleo familiar, garantizando el interés superior de los niño, niñas y adolescentes como sujeto de derecho miembro de una familia.

La modificación, en lo que respecta a la responsabilidad parental, con meridiana claridad denota este paso dado por el codificador, ya que además de cumplir con el compromiso internacionalmente asumido de adecuar el derecho interno a lo que surge de los tratados internacionales, contribuyó a sustentar enfáticamente las normas relativas a esta temática en los últimos años.

La noción de patria potestad comenzó a desandar el camino y a mutar se pasó de la potestad y autoridad a una responsabilidad que implica precisamente reconocer la primacía del hijo y sus derechos y que el ejercicio de este rol por el progenitor no puede ser de cualquier manera ni basarse en la autoridad; en otros términos, se trata de un obrar

funcional, direccionado a que el hijo ejerza los derechos *per se*. Es decir que el paradigma actual que considera al niño como sujeto de derecho y en el cual la legislación internacional y nacional ampara el interés superior del mismo debe siempre ser ajustado o conciliado con él con el interés familiar.

Fue básicamente la doctrina y los tribunales de familia quienes generaron la motivación de adoptar sistemas que fortalezcan a las familias con el propósito de que ellas puedan resolver sus problemas con el menor grado de litigiosidad, y teniendo siempre presente a los hijos, a quienes asiste la noción del interés superior. De allí que se tornó imperioso para el legislador el contribuir con la tarea de prever la adaptabilidad de los acuerdos respecto de los hijos.

La idea de los niños y adolescentes como sujetos de derecho significó un quiebre de paradigma en la historia jurídica de la niñez. El interés superior de los NNA, la autonomía progresiva y su derecho a ser oído en el derecho de familia constituyen principios vinculantes para la resolución de conflictos que pueden surgir cuando entran en juego decisiones judiciales que afectan a familias tradicionales como a las familias ensambladas.

La incorporación de la figura del progenitor afín en el cuerpo normativo civil trajo una serie de debates doctrinarios y jurisprudenciales para la interpretación de la norma tomando fuerza la idea de una multiparentalidad jerarquizada, a donde las funciones parentales son compartidas entre los progenitores titulares de la responsabilidad parental y el padre o madre afín. Por ello sostengo que la participación y regulación del padre o madre afín ha generado sin dudas que el estereotipo negativo del padrastro y la madrastra desaparezcan parcialmente o por lo menos morigero aquel arraigado rechazo social concediéndole a la figura un reconocimiento social e interno que ubica al progenitor afín como un integrante necesario en la identidad, educación, crianza y cuidado de los NNA.

De la investigación llego a la conclusión de que la figura del progenitor afín estuvo siempre presente en la realidad social, lo que logro la reforma del C Cy C de la Nación fue otórgale un marco jurídico legal, para que aquellos lazos afectivos y obligaciones que indiscutiblemente nacen en las dinámicas y nuevas formas de organización familiar y que las mismas no queden al margen de la ley.

Lo cierto es que en argentina la relación ente padre titular de la responsabilidad parental y progenitor a fin y progenitor a fin e hijo afín es clara, como regla el código expresa que los derechos y el lugar del padre afín es de naturaleza complementaria o

subsidiaria primando en caso de desacuerdo la voluntad del progenitor, no le concede carácter de pariente al padre afín, sino que el reconocimiento de derechos y deberes como el alimentario ha permitido que la interacción, convivencia y relaciones interpersonales de la institución familiar sea aceptada y regulada con miras a garantizar la protección integral de los derechos de la niñez. Si consideramos que la familia es un sistema dinámico y complejo las transiciones deben sin dudas ir acompañadas de la evolución legislativa para agilizar la tarea de los operadores de justicia.

Sin embargo la inquietud y porque no la falla a mi humilde modo de ver la observo en la aplicabilidad automática y sistemática de las normas, obviando que cada realidad familiar es particular y esta automaticidad de aplicación impone por sobre la voluntad de los miembros de muchas familiar ensamblada la posibilidad de que la adopción por integración sea el único o aparente medio legal posible para crear lazos personales con derechos hereditarios.

Bibliografía

Doctrina

Aida Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras. Tratado de derecho de familia según el código civil y comercial de 2014. Tomo IV. Ed. Rubinzal- Culzoni.

Alesi, Martín B., 2015 Deberes y derechos de los padres e hijos afines (Modelos de duplicación y sustitución de la función parental en la familia ensamblada *Alesi, Martín B., 2015*] Recuperado de pag web <http://marcelamascotena.com.ar> en 17/10/2017

Barroso, Luis Alberto, (2014) “Toda forma de vivir vale la pena” (entrevista), en Boletín IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Familia, N° 77. Extraído del libro Tratados de derecho de familia, según el C.C.C 2014 Aída Kemelmajer de Carlucci

Basset Ursula “La responsabilidad parental frente a la figura del progenitor afín” Revista Civil y Comercial, pag. 103 S.A.E. e I. Id SAIJ: DACF160462 La Ley. Recuperado de pag. Web www.Saij.gob.ar

Beloff, M. (2016) *¿Qué hacer con la justicia juvenil?* Buenos Aires: Ad-Hoc. Recuperado de pag web www.pensamientopenal.com.ar

Beloff, M., (2011). *Derecho, infancia y familia*, Barcelona: Gedisa

Cataldi, M., (2015), “El ejercicio de la responsabilidad parental y la noción de coparentalidad” LL Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 12

Cillero Bruñol, M., (2007) “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, nro. 9, Santiago de Chile, 2007.

Conf. JOCILES RUBIO, María Isabel — VILLAAMIL PÉREZ, Fernando, "Estrategias para evitar u obstaculizar la paternidad de los padrastros en las familias reconstituidas", cit.. Recuperado de pag. web <http://marcelamascotena.com.ar> recuperado en fecha 17/10/2017

Curti Jesus (2016) “La figura del progenitor afín”recuperado de pag. Web www.nuevocodigocivil.com.

Deberes y derechos de los padres e hijos afines (Modelos de duplicación y sustitución de la función parental en la familia ensamblada). Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015 , 197 • LA LEY 2015-C
Recuperado de pag web marcelamascotena.com.ar/documentos

Deberes y derechos de los padres e hijos afines. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 197 • LA LEY 2015-C. Recuperado de la pag web <http://marcelamascotena.com.ar> 17/10/2017

Fellini, Z., (2007) *Derecho Penal de Menores* (2º reimp.) Buenos Aires: Ad-Hoc

Galván Carlos André “Derecho Civil y Comercial. El Progenitor afín en el C.C.C. recuperado de pag. Web www.estudiogalvan.com.ar

Grosman y Herrera, Relaciones de hecho en las familias ensambladas cit., ps. 87 y ss.

Grosman, Cecilia y Martínez Alcorta, Irene, (2000) *Familias Ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio*, Univesidad Buenos Aires, Extraído del libro *Tratados de derecho de familia*, según el C.C.C 2014 Aída Kemelmajer de Carlucci

Grosman, Cecilia, "Sumar realidades familiares: la familia ensamblada en la reforma del Código Civil", *Revista Derecho Privado*, año II, n. 6, Infojus, Recuperado de pag. Web www.saij.gob.ar

Grosman, Cecilia, "Sumar realidades familiares: la familia ensamblada en la reforma del Código Civil", *Revista Derecho Privado*, año II, n. 6, Infojus, p. 85.

Herrera, M. (2015). *Manual del Derecho de las Familias* [e-book] Buenos Aires: La Ley

Herrera, M., Spaventa, V, (2008). “La filiación adoptiva como causa-fuente de monoparentalidad-desmonoparentalidad” en Grosman, Cecilia P. (directora) y Herrera, Marisa (compiladora), *Familia monoparental*, Buenos Aires: Universidad

Herrera, M., (2014). ”La noción de socioafectividad como elemento 'rupturista' del Derecho de Familia contemporáneo”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, nro. 66, Buenos Aires: Abeledo-Perrot

Herrera, Marisa (2008), *El derecho a la identidad en la adopción*, Universidad Buenos Aires, t. 1.

Jociles Rubio, María Isabel — Villaamil Pérez, Fernando, "Estrategias para evitar obstaculizar la paternidad de los padrastros en las familias reconstituidas", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. L, n. 204, p. 103. Recuperado de pag web <http://marcelamascotena.com.ar> recuperado en fecha 17/10/2017

Kemelmajer de Carlucci, A., (2014). “Introducción”, en Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lloveras, N. (2014) *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial*, (T. I) Santa Fe: Rubinzal-Culzoni

Lorenzetti, R. L., (2012). “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, LL 2012-C-581

Mario N. Vadillo, 2015 Nuevo Código Civil. Padres afines. 02/08/2015. Recuperado de pag web www.protectora.org.ar recuperado en fecha 17/10/2017

Marisa Graham y Marisa Herrera. Infojus. año 2014 Derecho de familia, infancia y adolescencia. Responsabilidad Parental.. Recuperado de pág. Web. <http://www.colectivoderechofamilia.com/>. Recuperado en fecha 10/10/2017

Medina, G. (2015). “En el derecho de familia” LL 10/11/2015, 1

Mizrahi, M., (2013). “La responsabilidad parental. Comparación entre el régimen actual y el del Proyecto de Código”, LL del 18/03/2013,1

Molina de Juan, M. (2015). “Alimentos a los hijos en el Código Civil y Comercial” Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 147

Notrica Federico P. y Mariana I Rodriguez Iturburu. “Responsabilidad parental. Algunos aspectos trasdentes a la luz del proyecto de reforma del C.C.C. www.pensamientocivil.com.ar

Notrica, F., Rodríguez Iturburo, M. (2015) Responsabilidad parental Algunos aspectos trascendentales a la luz del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Saldando viejas deudas. *Pensamiento Civil*. Recuperado el 18/09/2017 de <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina473.pdf>

Pérez Gallardo, Leonardo B.(2011) Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión “ab intestato”, en Revista de Derecho de Familia y de las Personasonas, N° 7, La Ley Buenos Aires

Pousson-Petit, Jacqueline y Alan, L *affeccion et le Droit...*

Pucheta, L. (2014). "Nuevo código: ¿nuevo orden público?". El Derecho Familia 55/-22

Rivas, Ana María, "El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas",
Portularia, vol. XII, n. 2, p. 29. Recuperado de pag. Web www.ucm.es

Rivero, Francisco, "De la relación fáctica a la categoría jurídica: la figura del padrastro y la
madrastra", cit. Recuperado de pag web
<http://marcelamascotena.com.ar/documentos/15.pdf>

Rivero, Francisco, (2011) "De la relación fáctica a la categoría jurídica: la figura del
padrastro y la madrastra", Revista del magíster y doctorado en derecho, n. 4.

Sambrizzi, E. A., (2012). "Las denominadas uniones convivenciales en el Proyecto de
Código", DJ del 12/12/2012, 97

Starópoli, M.C, (2012). "El interés superior en la adopción homoparental. —Entre
lo que se quiere y lo que conviene—", DFyP 2012 (diciembre), 01/12/2012

Vidal Taquini, C., (2013). "El orden público y las relaciones personales". LL 2013-B, 793.

Wiertz-Wezenbeck, El derecho de vista de los padres no biológicos y los niños en
Inglaterra y Holanda, en rev. Family Law Quarterly, vol. 31, N2, Summer 1997.

Zanoni, Eduardo, (2011) Derecho civil. Derecho de Familia, Astrea, Buenos Aires

Legislación

Nacional

Código Civil y Comercial de la Nación

Ley N°26.061 - Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y
Adolescentes

Internacional

Convención sobre los Derechos del Niño

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

Declaración Universal de Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Jurisprudencia

Nacional

Corte Sup., 29/04/2008, LL 2008-C-540

C. Civ. y Com. de Azul, sala II, 16/06/2009, "A., S. v. T., M. C. s./tenencia", y Causa nro. 52.645 bis, "T., M. C. v. A., S. s/tenencia", disponible en <http://www.villaverde.com.ar/es/novedades/3-fallos-sobre-tenencia-compartida/>.

Recuperado el 13/09/2017

C. Civ. y Com. de Dolores, 18/3/2008, "M. G. R. v. E. A. I. L. s/régimen de visitas", disponible en <http://www.villaverde.com.ar/es/novedades/3-fallos-sobre-tenencia-compartida/>. Recuperado el 13/09/2017

C. Nac. Civ., sala K, 10/02/2005, "C., F. v. H., D.", Actualidad Jurídica Familia y Minoridad, vol. 12, p. 1222.

C. Nac. Civ., sala E, 25/11/2010, "P. M. v. SRA", AR/JUR/80394/2010

Juz. Nac. Civ., n. 88, 22/06/2007, "Rachid María de la Cruz y otro v. Registro Nacional de Estado y Capacidad de las personas s/medidas precautorias", LL 2007-F-487

Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario, n. 15, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 10/11/2009, "F. A. v. GCBA", LL 2009-F-796

Juzgado en lo Contencioso, Administrativo y Tributario, n. 14, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 17/02/2014, "Dalles, Guido F. contra OSBA sobre amparo (ART. 14 CCABA)", RDF 2014-IV-81

STJ Tierra del Fuego, 08/10/1997, "B. A. B. v. T., M. H.", LL 1998-F-571, [AR/JUR/23/1997](http://www.villaverde.com.ar/es/novedades/3-fallos-sobre-tenencia-compartida/).

Trib. Familia Rosario, n. 5, 30/12/2008, "F. S. v. C. E. s/régimen de comunicación", disponible en [www.villaverde.com.ar/es/.../027-fallo-rv-virtual-dutto-coment\(1\)](http://www.villaverde.com.ar/es/.../027-fallo-rv-virtual-dutto-coment(1)).

Recuperado el 15/09/2017

Internacional

CIDH, 24/02/2012, "Atala Riffo y Niñas v. Chile", AP AP/JUR/948/2012

CIDH, 27/04/2012, "Fornerón, e hija v. Argentina", AP AP/JUR/901/2012.

CIDH, "Caso Furlán y familiares v. Argentina. Reparaciones y Costas". Sentencia de 31 de agosto de 2013 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf.

CIDH (28/11/2012) "Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs Costa Rica"

Trib. Supremo de España. sala 1, 11/02/2011, "D. A. v. D. O.", AP 70069812, 1/70069812-

1