



UNIVERSIDAD SIGLO XXI

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN. PIA

***El Progenitor afín y la posible
adopción del hijo/a de su cónyuge
o conviviente***

Alumna: Masseroni Marianela

Abogacía

35.021.233

ABG06798

-2019-

Resumen

El presente trabajo final de grado (TFG) pretende indagar acerca de la figura del progenitor afín, definida como “el cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente”. El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) ha agregado un capítulo específico para regular este novedoso instituto el cual se extiende desde el art. 672 al 676. La relación entre padres e hijos afines es un vínculo que representaba un vacío legal en el Código de Vélez, pero el nuevo Código se pone en equilibrio con el contexto social regulando el vínculo antes mencionado, y otorgándole determinados derechos y obligaciones. Por su parte, y considerando la realidad de las familias ensambladas, el CCyC ha traído un cambio acerca de la regulación de la “adopción por integración”, lo cual significa una gran posibilidad para consagrar legalmente el vínculo socioafectivo preexistente entre el adoptante y el hijo del cónyuge o conviviente. Por ello, nos preguntamos, desde el Interés Superior del Niño ¿Cuándo se justifica otorgar al “Progenitor afín” la adopción por integración del hijo/a de su cónyuge o conviviente? Intentaremos dar respuesta a dicho interrogante indagando la discusión doctrinaria y la jurisprudencia argentina actual.

Palabras claves: Familia ensamblada- Progenitor afín- Adopción de integración- Interés superior del niño

Abstract

The present final work of degree (TFG) seeks to inquire about the figure of the affine parent, defined as "the spouse or partner living with who is responsible for the personal care of the child or adolescent." The Civil and Commercial Code of the Nation (CC and C) has added a specific chapter to regulate this new institute which extends from art. 672 to 676. The relationship between parents and related children is a link that represented a legal void in the Code of Vélez, but the new Code is in balance with the social context regulating the aforementioned link, and granting certain rights and obligations. For its part, and considering the reality of assembled families, the CCyC has brought about a change about the regulation of "adoption by integration", which means a great possibility to legally consecrate the pre-existing socio-affective link between the adopter and the child of the spouse or partner. For this reason, we ask ourselves, from the Higher Interest of the Child. When is it justified to grant the "affine parent" the adoption by integration of the son / daughter of his / her spouse or partner? We will try to answer this question by investigating the doctrinaire discussion and current Argentine jurisprudence.

Keywords: Assembled family- Related parent- Adoption of integration- Higher interest of the child

Índice del Trabajo Final de Graduación

Introducción general	5
Capítulo I:	9
La Familia ensamblada y la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes	9
1.- Introducción	9
2.- Nuevos paradigmas	9
3.- Concepto de familia y distintas formas de organización familiar	13
4.- La familia ensamblada	18
4.1) Concepto, surgimiento y características de la familia ensamblada.	18
4.2) Reconocimiento normativo a nivel nacional e internacional.....	20
5.- Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes	25
5.1) La Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061 como pilares supra e infralegales.	25
5.2) Interés Superior del Niño.	26
5.3) Derecho a ser oídos.	28
6.-Conclusión parcial.....	30
Capítulo II	32
La figura del Progenitor afín	32
1.- Introducción	32
2.- Concepto, actual regulación e importancia de su incorporación	32
3.- Doctrina de la “socioafectividad”	36
4.- Deberes y derechos de los progenitores afines	38
5.- Conclusión parcial.....	41
Capítulo III	42
La adopción por integración	42
1.- Introducción	42
2.- Nociones generales sobre la adopción	42
3.- Adopción de integración	50
4.- Relación entre la figura del progenitor afín y la adopción de integración	56
5.- Fallo: “P.F.R. S/ADOPCIÓN”	57
5.1.- Comentario al fallo.	63
6.- Fallo: “S., G.A. S/ ADOPCION SIMPLE”; EXPTE. N° 90.832/13	64

6.1.- Comentario al fallo	66
7.- Conclusión parcial.....	67
Conclusión final	71
Bibliografía.....	76

Introducción general

En los últimos años se produjo un cambio de paradigmas en el derecho de familia, cambio que quedó plasmado en el Código Civil y Comercial sancionado en el año 2015. Este nuevo cuerpo generó la apertura a un proceso de “constitucionalización del derecho privado” y de “contractualización de los vínculos familiares”, caracterizándose por otorgarle un importante lugar a la autonomía de la voluntad como fuente generadora de relaciones humanas familiares. Además, recoge las tendencias que se imponen en el derecho de otros países (como es el caso de Brasil) y se empieza a hablar de “socioafectividad” y de la relación que surge entre personas que, sin ser parientes, se comportan entre ellos de esa manera.

Una de las consecuencias de este cambio fue generar una ruptura con el modelo tradicional de familia, dándole lugar y reconocimiento a distintas formas de organización familiar que existían de modo silenciado en la sociedad, como es el caso de las familias ensambladas.

En la actualidad, producto principalmente del divorcio, de la ruptura de una unión convivencial o, en menor medida, por la muerte de uno de los progenitores, cada vez es más frecuente encontrarnos con familias ensambladas y con situaciones en las que un niño, niña o adolescente convive con alguno de sus padres, o con ambos, en mayor o menor medida, y sus nuevas parejas. Y es aquí, en el seno de la familia ensamblada, donde aparece la figura del progenitor afín, definida como “el cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente”. El Código ha agregado un capítulo específico para regular este novedoso instituto el cual se extiende desde el art. 672 al 676. La relación entre padres e hijos afines es un vínculo que representaba un vacío legal en el Código de Vélez, pero el nuevo Código se pone en equilibrio con el contexto social regulando el vínculo antes mencionado, y otorgándole determinados derechos y obligaciones.

Otra de las modificaciones que ha traído el CCyCN, considerando la realidad de las familias ampliadas, es la regulación autónoma del instituto de la “adopción por integración”, lo cual significa una gran posibilidad para consagrar legalmente el vínculo socioafectivo preexistente entre el adoptante y el hijo del cónyuge o conviviente.

Debido a que las circunstancias fácticas que se presentan suelen ser variadas, ya que el niño, niña o adolescente puede contar con una familia compuesta por ambos progenitores o no, es que en el presente trabajo de investigación nos preguntamos: ***desde el Interés Superior del Niño ¿Cuándo se justifica otorgar al “Progenitor afín” la adopción por integración del hijo/a de su cónyuge o conviviente?***

La hipótesis del presente trabajo radica en sostener que si el progenitor afín generó un vínculo afectivo familiar con el menor, si contribuye a integrar a la familia ensamblada y es lo mejor para el interés superior del niño, niña o adolescente, el juez debe otorgar la adopción de integración. Pero que el alcance de dicha adopción (con carácter simple o plena), debe ser analizado en cada caso concreto para que el reconocimiento jurídico se realice de manera acorde a las múltiples y diferentes situaciones de hecho que se presenten y sea justa para los niños, niñas y toda la familia.

El presente trabajo se encargará no sólo de vislumbrar los aspectos positivos del cambio introducido, sino también de realizar un análisis crítico de las tensiones y dilemas jurídicos que se presentan en la regulación de esta modalidad de adopción. No hay que pasar por alto el hecho de que no siempre el niño/a que pretende ser adoptado por su progenitor afín tiene un solo progenitor de origen, sino que muchas veces pueden estar presente ambos progenitores; otras veces puede suceder que alguna de las partes no esté de acuerdo con la adopción ¿Cómo debe actuar el juez en ese caso?. Analizar estas situaciones que se dan en la realidad puede conducirnos a lograr una adecuada solución a los conflictos que se presenten, en miras siempre a proteger al niño, niña o adolescente que vive en el contexto de la familia ensamblada. Además, tiene relevancia social, porque al haberse creado reglas que reducen la ambigüedad del rol que desempeña el progenitor afín y que le permiten integrar la familia ampliada a través de la adopción de integración, la investigación propuesta sería favorable para coadyuvar a todo aquel que se encuentre en la situación descrita, permitiéndole conocer cuáles son los derechos y deberes que la ley le reconoce, para actuar en consecuencia. Por último, y no por ello menos importante, el trabajo que se pretende realizar contribuiría a modificar la carga negativa que tiene la figura del progenitor afín, mal llamado “padrastro” o “madrastra”. A través del completo desarrollo del tema la sociedad podrá entender que se trata de un vínculo que suma para la vida del niño o adolescente y no reemplaza ni excluye a los padres biológicos. Contribuye a demostrar que no se trata de una competencia entre padres sino de una cooperación en interés del niño.

El presente trabajo pretenderá aportar argumentos para que, en caso de cumplirse los requisitos y sea en interés superior del niño, se otorgue la adopción de integración al progenitor afín y así poder integrar la familia que existe en los hechos.

Para llevar a cabo la investigación, se proyecta como objetivo general indagar cuándo, desde el Interés Superior del Niño, se justifica otorgar al Progenitor Afín la adopción por integración del hijo/a de su cónyuge o conviviente. Por otra parte, los objetivos específicos serán: 1) Describir las diversas formas de organización familiar, en especial, la familia ensamblada 2) Analizar las normas del CCyCN y las convenciones internacionales sobre la temática en cuestión; 3) Conceptualizar y describir la figura del Progenitor Afín, sus principales derechos y obligaciones; 4) Conceptualizar y describir el modelo de adopción por integración receptado en el nuevo Código Civil y Comercial; 5) Presentar diversos fallos de nuestros tribunales Argentinos a la hora de resolver conflictos en torno a la adopción por integración.

El marco metodológico con el que contará el presente trabajo de investigación estará orientado a la posibilidad de sustentar una tesis jurídica que exponga cuales son los argumentos que otorgan nuestros tribunales para conceder o no la adopción por integración.

El tipo de investigación que se llevará a cabo será el descriptivo, ya que el propósito de la investigación es especificar las propiedades más importantes de los institutos sometidos a análisis. Concordante con lo antes dicho, la estrategia metodológica que se seguirá será cualitativa, debido a que se involucran una recolección de datos, utilizando técnicas que no pretenden medir, ni asociar las mediciones con números, entrevistas abiertas, entre otras (Sampieri, 2006). La misma se caracteriza por estar orientada hacia la exploración, descripción y profundización de la temática abordada con la finalidad de elaborar una teoría coherente sobre ella. Por otra parte, la búsqueda de información sobre el tema se llevará a cabo a través de la utilización de fuentes primarias (como el Código Civil y Comercial, la Constitución Nacional, leyes nacionales, tratados internaciones, fallos y sentencias de diferentes tribunales, cámaras y juzgados nacionales y provinciales, entre otros), fuentes secundarias (como elaboraciones doctrinarias sobre la temática) y fuentes terciarias (manuales de estudio u otros formatos bibliográficos que expliquen y analicen el tema en cuestión). Las técnicas de recolección de datos que se utilizarán serán el análisis documental, análisis de contenido y el estudio de casos.

La delimitación temporal de la presente investigación abarcará el período que va desde el año 2015 (año en el que entró en vigencia el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación) hasta el año 2019. Ello debido a que es necesario delimitar el presente trabajo a fechas cercanas y demostrar como nuestros tribunales argentinos recogen la normativa recientemente incorporada.

En cuanto al nivel de análisis, se circunscribirá al territorio de la República Argentina.

Para el desarrollo y cumplimiento de los objetivos, el siguiente TFG se presentará en capítulos. El primer capítulo tendrá por objetivo presentar el concepto de familia ensamblada, su protección constitucional y su incorporación en el nuevo Código Civil. También, indagará el alcance y sentido de la protección integral a niños, niñas y adolescentes. Por su parte, el capítulo dos presentará la figura del progenitor afín y su regulación en el actual plexo legislativo civil. Por último, indagaremos cuándo procede la adopción por integración y qué han resuelto nuestros tribunales respecto al vínculo socioafectivo que se presenta en las familias ensambladas.

Capítulo I:

La Familia ensamblada y la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes

1.- Introducción

En el primer capítulo del presente trabajo de investigación se procura realizar un análisis del Derecho de Familia a la luz de los nuevos paradigmas. Se hará una síntesis de los principales cambios que han operado en cuanto a la noción de familia permitiendo comprender su concepto actual y las distintas formas de organización familiar que se conocen hoy en día, para luego centrarnos en un tipo específico: la familia ensamblada.

En este capítulo también se abordarán nociones generales sobre la Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, haciendo principal hincapié en el principio de Interés Superior del Niño y el Derecho a ser Oído. Tanto a nivel nacional como internacional existen normas jurídicas en las que se reconoce al niño, niña o adolescente sus derechos ante la sociedad, ante la familia y ante el mundo, con el objetivo de brindar una protección especial para que puedan desarrollarse física, moral y emocionalmente. Dichos preceptos jurídicos serán desarrollados a fin de lograr dar base teórica y doctrinaria hacia el análisis del instituto del progenitor afín.

2.- Nuevos paradigmas

En el presente apartado analizaremos los nuevos paradigmas que se vienen gestando hace algunos años en materia de derechos, para así poder comprender la incidencia que tuvieron en la modificación del Código Civil y Comercial y, especialmente, en el derecho de familia contemporáneo. La sanción del Código Civil y Comercial del año 2015 se muestra como la mejor razón para analizar los principales cambios y nuevos significados que se han producido en el campo de las relaciones de familia, consecuencia de estos nuevos paradigmas.

En la actualidad, nos encontramos ante una legislación infraconstitucional guiada por la Doctrina Internacional de Derechos Humanos. Uno de los principales aciertos que contiene la última reforma constitucional acontecida en 1994 es otorgarle jerarquía constitucional a varios instrumentos internacionales de Derechos Humanos (Conf. art. 75 inc. 22, de la CN), ampliando así el plexo normativo supremo, llamado también “bloque de constitucionalidad federal” (Herrera, 2015).

La supremacía constitucional significa ubicar a la Constitución Nacional y a los Tratados de Derechos Humanos por sobre las demás fuentes normativas. Esto nos lleva a preguntarnos: ¿Qué son los tratados de Derechos Humanos? “Los Tratados de DDHH son instrumentos internacionales cuyo contenido expresa la proclamación, protección y explicitación de los Derechos Humanos, y son fuente de creación normativa a través del proceso de universalización de ellos” (Lloveras, 2016, p.76). Los tratados internacionales de DDHH suscriptos por el Estado argentino obligan a este a readecuar toda su legislación a las normas que contienen dichos instrumentos.

Es importante destacar que:

Los DDHH reconocidos internacionalmente conforman un mínimo fundamental, primario, común y comprensivo de los órdenes Nacionales e Internacionales. Este reconocimiento internacional y la consolidación de los DDHH en las legislaciones internas de cada país, y de los bloques regionales y/o continentales- Mercosur, Comunidad Europea, etc- abre una nueva perspectiva jurídica en el análisis de las relaciones de familia, las que quedan impregnadas en estándares internacionales que connotan el margen de decisión de los Estados firmantes, al tiempo de dictar las leyes locales que regulan aquellas relaciones familiares. (Lloveras, 2016, p. 72)

Como señala Herrera (2015), junto al desarrollo de la Doctrina Internacional de los Derechos Humanos se han producido también cambios exponenciales a nivel social, a modo de ejemplo se puede mencionar la mayor expectativa de vida y junto a ello la posibilidad de formar una mayor cantidad de modos de vivir en familia, lo cual permite hablar hoy día de diversas “trayectorias familiares”. Es por ello que, para la autora, analizar el derecho de familia desde los derechos humanos implica tener en cuenta como ciertos derechos y principios de Derechos Humanos como los de igualdad y no discriminación, libertad y autonomía personal, por nombrar algunos, han promovido

modificaciones radicales en varias de las instituciones familiares y en muchos casos han obligado a visualizar o ampliar el abanico de relaciones familiares.

Un ejemplo importante es el reconocimiento de otras formas de organización familiar además de la tradicional familia heterosexual basada en el matrimonio, como es el caso de las familias ensambladas, y dentro de ellas, el reconocimiento de la figura del progenitor afín.

El Código Civil y Comercial que entró en vigencia en el año 2015 recepcionó esta perspectiva constitucional-convencional, consagrando una reforma integral y sistemática concordante con los avances sociales y jurídicos auspiciados por la obligada perspectiva de los DDHH (Herrera, 2015).

Lo antes dicho generó el fenómeno conocido como *Constitucionalización del Derecho Privado*. La valoración de dicho fenómeno se encuentra en los fundamentos del Anteproyecto de Reforma¹, el cual asevera que:

La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina [...] Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado (Anteproyecto de Reforma).

También se ha sostenido que:

El nuevo paradigma familiar promovido por los Tratados de DDHH, modifica la concepción del derecho de familia en tanto ya no se trata de un derecho privado ajeno al derecho público, sino que es Derecho Constitucional integrado con las normas propias del Derecho de las familias. (Lloveras, 2016, p. 77)

¹ El Anteproyecto de reforma es el antecedente o la base principal del Código Civil y Comercial de la Nación 2014 y por ende una pieza interpretativa de gran relevancia. Fué presentado en el año 2012 por la comisión integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci, y en este detallan el método y los principios que inspiraron su trabajo.

El consenso progresivo a nivel mundial sobre la nueva concepción de los DDHH y su contenido, llevó a la construcción de principios rectores fundantes para que tales derechos puedan ser interpretados, provocando así una renovación de los principios en materia de familia (Lloveras, 2016).

Uno de los principios novedosos que se manifiesta es el *principio de centralidad en la persona*, a raíz del cual se toma a la persona como eje de protección y como sujeto de derechos, y no a la institución de la familia en sí, como se hacía anteriormente. Es decir, la familia deja de ser el centro de protección legislativa y ahora lo es la “persona” en sus diversas relaciones familiares (Lloveras, 2016).

Siguiendo esta línea, otro de los principios medulares que guían al derecho de familia contemporáneo es el *principio Pro Homine*, como señala Lloveras (2016) este principio implica que, a la hora de resolver un caso particular, el intérprete y el operador deben buscar la solución que sea más beneficiosa para el desarrollo pleno de la persona, es decir, aplicar la norma, solución o política pública que resulte más favorable para la persona humana, su libertad, sus derechos y sobre todo que coadyuve a la consolidación institucional y social del Sistema de Derechos Humanos, cualquiera sea la fuente que suministre dicha norma (internacional o interna). Este principio constituye una importante directriz jurídica para hacer efectivos los derechos humanos de las personas tanto frente al Estado como frente a terceros u otros ciudadanos, entre las que se encuentran por supuesto las relaciones de familiares.

Otros de los principios en los que se ampara el modelo actual del CCyC, estrechamente relacionados entre sí, son el *principio de democratización de la familia* y el *principio de realidad*. Si bien el contexto que rodea a estos principios será explicado de forma más extensa cuando en el presente trabajo se hable de las distintas formas familiares que existen en la actualidad, podemos adelantar que la realidad social ha cambiado y el derecho de familia no puede permanecer ajeno a esto.

Con respecto a ello, Herrera (2015) destaca:

La realidad social es elocuente: aquella imagen de la familia nuclear, matrimonial y heterosexual como sinónimo de “la familia” anclada en la “naturaleza humana” y por lo tanto, fundada en la noción de procreación en la que los hijos derivan del acto sexual, comparte el escenario con otra gran cantidad de formas de organización familiar. (p. 10)

Hoy en día se cuestiona la imagen idealizada de la familia nuclear y se avanza hacia el reconocimiento real de las múltiples modalidades de organización familiar que existen, entre ellas, la modalidad que es tema a tratar en el presente trabajo, la familia ensamblada.

Por último, y no por ello menos importante, aparece con fuerza en el campo de las relaciones familiares un nuevo paradigma, el de la *socioafectividad*, definido por Lloveras como “el elemento necesario de las relaciones familiares basadas en la voluntad y el deseo de las personas de mantener vínculos afectivos que trascienden lo normativo” (2016, p. 63). Si bien esta doctrina será explicada con mayor énfasis cuando en este trabajo se hable de la figura del progenitor afín, podemos adelantar que hoy en día se está gestando un proceso en el que los vínculos familiares se van alejando de la postura netamente biologicista que concebía el Código Civil de Vélez y se empiezan a reconocer también vínculos que tienen como fuente el afecto. Como dice Lloveras (2016) se empieza a reconocer el parentesco afín basado en roles cuasi parentales, diferenciado del parentesco de sangre o legal.

Para cerrar este punto, podemos concluir en que los cambios producidos en el CCyC, y especialmente en las relaciones de familia son el resultado del desarrollo y consolidación del derecho constitucional/convencional. La incorporación de los Tratados de Derechos Humanos ha generado un cambio de paradigmas y la aparición de nuevos principios en el derecho de familia, dentro de los cuales se destacan la constitucionalización del derecho privado, la socioafectividad y los principios de centralidad en la persona, pro homine, democratización de la familia y de realidad. Estos nuevos paradigmas y principios son los que nos permiten analizar en el presente trabajo de investigación a la familia ensamblada y dentro de ella, la figura del progenitor afín y la posibilidad de adoptar al hijo/a de su cónyuge o conviviente.

3.- Concepto de familia y distintas formas de organización familiar

En el presente apartado nos centraremos primeramente en conocer qué se entiende por familia en la actualidad, brindando algunos conceptos sobre ello, para luego pasar a describir las diferentes formas de organización familiar que se encuentran reconocidas y protegidas por el derecho.

Podemos encontrar una amplia variedad de definiciones y conceptos sobre la familia, ya que son muchas las áreas del conocimiento que se dedican a estudiar este tipo de organización social, y es por ello que se presenta para la mayoría de las personas como un ámbito conocido. Pero resulta que, encontrar una descripción que tenga la suficiente generalidad como para aprehender las notas características de la familia, o mejor dicho de “las familias”, en el S. XXI resulta una tarea muy dificultosa (Lloveras, 2016).

Brindar una única definición de familia no es tarea sencilla y es por ello que representa uno de los principales desafíos del Derecho de Familia contemporáneo. Para comenzar a conceptualizarla podemos decir, siguiendo a Medina y Roveda (2016), que es innegable que la familia es una institución universal. Desde la existencia de la humanidad aparece la familia, como base en la que los individuos se desarrollan y la cual ha logrado evolucionar a través del paso del tiempo, adaptándose a las diferentes sociedades.

Por su parte, otros autores nos dicen que:

Suele definirse a la familia como una institución social, la unidad más pequeña de una organización superior que es el Estado, concepto que proviene de la sociología [...] siendo la reproducción y la socialización de las crías una actividad esencial en la propagación de la especie, la familia es una organización natural determinada por la necesidad y que tiene fines esenciales en los cuales resulta insustituible como modelo organizacional. (Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda, 2011, p. 14)

Continuando con la conceptualización, autores de derecho de familia contemporáneos expresan que “la familia en sentido amplio es la institución formada por el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos emergentes del matrimonio, la unión convivencial y el parentesco, que tiende a procurar a sus miembros su desarrollo personal” (Medina y Roveda, 2016, s/p). Con lo hasta aquí expuesto se puede observar que la familia es descrita de múltiples formas y con distintos alcances, resultando todas idóneas.

Siguiendo con su conceptualización, también se ha expresado que:

Otra visión autoral, diferencia el sentido global y el sentido restringido de la noción de familia, agregando una noción intermedia: i) desde esta mirada, se entiende por

familia, en su sentido más amplio, el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar. Desde este punto de vista, cada persona es el centro de una familia, diferente, según las personas a quienes se refiere. Este sentido global de la conceptualización de la familia se nomina por los autores “familia como parentesco”; ii) en el sentido más restringido, la familia comprende solo el núcleo paterno-filial, es decir, la agrupación formada por el padre y la madre, el padre y el padre, la madre y la madre, y los hijos que viven con ellas o ellos o que están bajo su responsabilidad; iii) la familia en sentido intermedio, expresa un orden jurídico autónomo, definiendo el grupo social integrado por las gentes que viven en una casa, bajo la autoridad del seños de ella. Este era el sentido de la familia romana, por lo menos en la primera etapa de su derecho histórico. (Lloveras, 2016, pp. 43-44)

Resulta que hoy, en pleno siglo XXI, a raíz de los diferentes cambios sociales, culturales, políticos, económicos, históricos y sociológicos producto de la evolución, ya no hablamos de la familia, sino de las familias o de las distintas formas familiares, que incluyen en su seno una diversidad de vínculos o relaciones familiares (Lloveras, 2016).

Acertadamente Herrera (2015) señala que uno de los valores que guía fuertemente al Nuevo Código es el principio de realidad. Para esta autora, la realidad es evidente: la imagen de familia nuclear, matrimonial, heterosexual y biologizada (fundada en la noción de procreación) como sinónimo de “la familia”, comparte hoy en día el escenario con una múltiple cantidad de modalidades familiares. Coincidiendo con opiniones que toma del campo de la sociología, sostiene que la defensa constante durante tantos años de un único tipo de familia, la familia heterosexual matrimonial, ocultó dos fenómenos muy significativos: por un lado, el hecho de que siempre existieron (aunque de forma silenciada) otras formas alternativas de organización familiar con reglas propias y otras maneras de llevar a cabo las tareas de procreación y reproducción , por ejemplo, hay parejas que no se casan, parejas del mismo sexo que contraen matrimonio, hijos nacidos de técnicas de reproducción humana asistida, matrimonios que se divorcian y uno o ambos miembros de la ex pareja vuelven a formar un nuevo núcleo familiar dando lugar así a la llamada familia ensamblada, hombres y mujeres que deciden tener hijos solos abriendo paso a las familias monoparentales, entre otras realidades sociales. Y, por otro lado, señala que la familia nuclear típica está lejos del ideal de familia democrática.

Se ha sostenido:

El Código Civil y Comercial da un vuelco copernicano en la regulación de las relaciones de familia al colocar en el centro de la escena a la persona como principal objeto y objetivo de protección, quien debe elegir con libertad la forma de organización familiar que quiere integrar sin que el Estado a través de la ley le indique o favorezca una sola de ellas condicionando así dicha elección. En este contexto, se pasa de una “protección de la familia” como un todo sin tomar en cuenta las individualidades que ella involucra y como si fuera de un solo tipo, a una protección de la persona en tanto miembro de un grupo social basado en relaciones de familia plural, con diferentes fisonomías. En otras palabras, un escenario familiar más complejo necesita de un régimen legal más amplio, flexible y plural. (Herrera, 2015, p. 11)

La reforma del CCyC nos muestra que se ha dejado de lado la indiferencia, brindando respuestas a las diferentes modalidades familiares que coexisten en un mismo universo, cada una con su propia configuración y estructura, cumpliendo así con los principios de realidad, democratización de la familia, libertad, autonomía, igualdad y no discriminación, que emanan del derecho internacional de los DD.HH.

Los fundamentos del Anteproyecto de reforma amparan esta acertada inclusión al exponer que se ha creado un código para una sociedad multicultural y 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 [...] Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de alguna 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 (Anteproyecto de Reforma).

Entre las formas de organización familiar más conocidas hoy en día y que tienen expresa protección constitucional y convencional encontramos a:

-La familia matrimonial heterosexual: es aquella que surge de la unión matrimonial entre un hombre y una mujer. También estará integrada por sus descendientes, si es que deciden tener hijos.

-La familia convivencial: se origina cuando una pareja convive, sin contraer matrimonio (Herrera, 2015). Esta familia va a estar integrada también por sus descendientes cuando la pareja de convivientes decide tener hijos.

Hoy, esta modalidad familiar se encuentra claramente reconocida por el CCyC, en el capítulo correspondiente a las uniones convivenciales².

-La familia ensamblada: Es otra de las formas familiares que se encontraban silenciadas y que fueron reconocidas por la reforma del Código, cuestión que será analizada en este trabajo en el punto siguiente.

-La familia monoparental: Es aquella constituida por un solo progenitor con sus descendientes. Es decir, encontramos un solo padre o una sola madre con sus hijos. La conformación de una familia monoparental puede ser de carácter originario o derivado. Es de carácter originario, por ejemplo, cuando una persona sola decide adoptar un hijo, cuando una mujer sin pareja decide tener un hijo a través de las técnicas de reproducción humana asistida con material genético de un donante, entre otros. Y es derivada, por ejemplo, cuando fallece uno de los progenitores o cuando se produce la ruptura de una unión convivencial o matrimonial, es decir, todos los casos en los que sin importar la razón, la familia queda encabezada por un solo adulto responsable (Herrera, 2015).

-La familia homoparental: es aquella formada por personas del mismo sexo. Como señalan Medina y Roveda (2016), sus miembros no pueden concebir entre sí, sino que para dar origen a un hijo tienen que acudir al auxilio de una tercera persona.

Esta modalidad familiar encontró su reconocimiento expreso en el año 2010, cuando en Argentina se sanciona la ley N° 26.618 de matrimonio igualitario.

-La familia pluriparental: Este tipo de familia es el más novedoso y controversial. Como señala Herrera (2015), hoy en día se pueden observar casos en los que niños ostentan más de dos vínculos filiales. Por ejemplo, niños nacidos en el marco de una pareja conformada por dos mujeres que suman al proyecto parental a un hombre que aporta el material genético y que además quiere llevar adelante las funciones parentales. Si bien en nuestro derecho todavía esto no se acepta, ya que nuestro CCyC mantiene el principio de doble vínculo filial (una persona no puede tener más de dos vínculos filiales), en el derecho comparado hace tiempo que se habla de esta

² Art. 509 a 528 del Código Civil y Comercial de la Nación.

posibilidad. La autora señala que si bien este tipo de familia no se reconoce hoy en día, puede advertirse que las dinámicas familiares se complejizan cada vez más, surgiendo nuevos interrogantes y conflictos jurídicos que necesitan respuesta.

Para darle un cierre a este punto decimos que, si bien podemos encontrar una amplia variedad de conceptos de familia, la realidad demuestra que es sumamente complicado hallar un único concepto que describa de forma completa la concepción de familia contemporánea, y esto se debe al reconocimiento de distintas formas familiares, cada una con su propia forma de organización y estructura, lo que las hace muy diferentes entre sí. A lo largo de este punto pudimos observar que algunas de las formas familiares más comunes son la familia matrimonial heterosexual, convivencial, ensamblada, monoparental y homoparental.

4.- La familia ensamblada

4.1) Concepto, surgimiento y características de la familia ensamblada.

Para seguir avanzando con la investigación que se propone en el presente trabajo, resulta primordial analizar a la familia ensamblada, ya que es en su seno donde aparece la figura del progenitor afín. Por ello, en el presente punto conceptualizaremos a esta forma familiar y examinaremos cómo surge y cuáles son sus principales características.

Para comenzar diremos junto a Grosman (2016) que:

Elegimos la denominación de “familia ensamblada”, entre tantas que circulan en el medio social y científico, porque, a nuestro entender, simboliza con mayor precisión los intercambios que tienen lugar entre el nuevo núcleo que se constituye y los grupos familiares precedentes. Dar un nombre a estas familias es importante porque les otorga visibilidad en la sociedad y permite profundizar sus problemas específicos. Como se ha explicado, “ensamble” es un término que proviene de la ingeniería y alude al resultado de la unión o encaje de piezas de distinto origen, cuyo resultado configura una unidad nueva y diferente de aquellas que le dieron nacimiento. (p. 12)

Una vez aclarada la razón por la cual entendemos que el vocablo “familia ensamblada” es el que mejor caracteriza a esta modalidad familiar (más allá de que existen otras denominaciones como familia reconstituida, reconstruida o recompuesta) pasaremos a conceptualizarla. El término familia ensamblada “expresa la unión actual de la pareja, precedida de una unión matrimonial o no, que en general reúne los hijos de diferentes uniones anteriores de uno o de ambos miembros, en el hogar actual, y los hijos comunes” (Lloveras,2016, p. 56). Como se puede observar, este tipo familiar suele estar integrado por la pareja, los hijos de uniones anteriores y los hijos comunes, si es que los hay. Es decir, como se dice en la actualidad, por los tuyos, los míos y los nuestros.

Por nuestra parte, creemos que la definición más clara la brinda Herrera (2015) cuando nos dice que familia ensamblada es:

El término con el cual se define a aquellos grupos familiares en los que uno o ambos miembros de la pareja conviviente, tiene, a su vez, uno o varios hijos de relaciones anteriores, y deciden unirse y construir un nuevo grupo familiar, ya sea a través del matrimonio, la unión civil o la simple convivencia. (p.23)

Una vez que conocemos qué se entiende por familia ensamblada aparece una pregunta obligada: ¿Cómo se origina comúnmente esta modalidad familiar? Para responder este interrogante diremos, siguiendo a Kemelmajer de Carlucci (2014)³, que la familia ensamblada se constituye luego de un divorcio, de la ruptura de una unión convivencial o la viudez, teniendo, uno o ambos miembros de la pareja, hijos de una unión anterior.

En épocas anteriores la formación de una familia ensamblada tenía como causa principal la muerte de uno de los progenitores, pero en la actualidad la realidad social nos muestra que la motivación primordial es el divorcio o la ruptura de una unión convivencial. Como consecuencia de ello, cada vez es mayor la frecuencia con la que un niño, niña o adolescente no permanecerá junto a ambos padres y convivirá con alguno de ellos, o con ambos, y sus nuevas parejas (Grosman, 2016).

³ Recuperado el 02/02/2019 de: <http://www.nuevocodigocivil.com/las-nuevas-realidades-familiares-en-el-codigo-civil-y-comercial-argentino-de-2014-por-aida-kemelmajer-carlucci/>

Para cerrar este punto diremos que, a pesar de existir varios términos para denominar a esta modalidad familiar, el que mejor la caracteriza es “familia ensamblada”. También se han brindado diferentes definiciones, con las que ha quedado claro que este núcleo familiar está formado por un progenitor, su cónyuge o pareja, los hijos propios de uno o ambos, y los hijos comunes, en caso de haber. Se pudo observar, además, que la familia ensamblada suele constituirse comúnmente luego de un divorcio, de la ruptura de una unión convivencial o después del fallecimiento de uno de los progenitores.

4.2) Reconocimiento normativo a nivel nacional e internacional.

En el presente apartado nos explayaremos sobre el actual reconocimiento de la familia ensamblada en el ordenamiento jurídico y se enunciarán algunas de las normas nacionales e internacionales que protegen a la familia y que posibilitaron esta importantísima incorporación.

Como se viene exponiendo en el trabajo, la familia ensamblada es una de las tantas modalidades familiares que se mantuvo silenciada durante siglos.

Antiguamente, no sólo la literatura tradicional, especialmente destinada a los niños, mostró hostilidad hacia este tipo de familia (piénsese en cuentos como “la cenicienta” y tantos otros). El art. 308 del Código argentino, en su redacción originaria, disponía la pérdida del ejercicio de la patria potestad de la madre viuda que contraía nuevas nupcias, ejercicio que sólo recuperaba si volvía a enviudar. (Kemelmajer de Carlucci, 2014, s/p)⁴

Pero, el paso del tiempo, los cambios sociales, históricos, económicos y tecnológicos, entre otros, lograron que salga a la luz el hecho de que, con frecuencia, se observa en la realidad social situaciones de adultos que conforman una nueva pareja, teniendo ya hijos de relaciones anteriores.

⁴ Recuperado el 02/02/2019 de: <http://www.nuevocodigocivil.com/las-nuevas-realidades-familiares-en-el-codigo-civil-y-comercial-argentino-de-2014-por-aida-kemelmajer-carlucci/>

Hoy en día, gracias a la reforma del CCyC acontecida en el año 2015, la familia ensamblada pasó a estar reconocida por el ordenamiento jurídico. Con respecto a los cambios acontecidos se ha expresado:

En suma, el mundo cambia y la familia también. El reconocimiento de este pluralismo social, sumado al principio de protección de la familia de rango constitucional, reclama un pluralismo jurídico que contemple las variadas necesidades y expectativas de estos núcleos familiares. (Grosman, 2016, p. 12)

Como señala Kemelmajer de Carlucci (2014)⁵, la familia ensamblada ingresa al Código Civil y Comercial principalmente a través de la regulación de dos nuevas figuras: el progenitor afín (arts. 672 a 676) y la adopción de integración (630 a 633). Estas dos instituciones conforman los temas centrales del presente trabajo de investigación y serán desarrolladas de manera exhaustiva en los capítulos II y III.

Podemos adelantar que el art. 672 establece: “Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente”. Como se puede observar, la figura del progenitor afín surge en el seno de una familia ensamblada, y el Código regula hoy los derechos y deberes que surgen del vínculo entre el cónyuge o conviviente y los hijos del otro.

Por su parte, la adopción de integración es definida por el art. 620, cuando en su última parte expresa: “La adopción de integración se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente y genera los efectos previstos en la Sección 4ª de este Capítulo”. Esta regulación implica un gran avance en cuanto a lo que la familia ensamblada respecta, ya que permite llevar la relación entre el progenitor afín y el hijo/a de su cónyuge a otro nivel, integrando aún más esta familia.

Con respecto a este avance jurídico la doctrina ha expresado:

Nuestro combate ha sido su reconocimiento institucional, que la ley reflejara esta realidad social pues el silencio no hacía más que trabar su adecuado funcionamiento y el buen vivir de niños y adolescentes que crecen en estos hogares. Hoy este anhelo se ha convertido en verdad con la reforma del Código

⁵ Recuperado el 02/02/2019 de: <http://www.nuevocodigocivil.com/las-nuevas-realidades-familiares-en-el-codigo-civil-y-comercial-argentino-de-2014-por-aida-kemelmajer-carlucci/>

Civil que ha arrasado con el vacío legal y afirmado los diversos derechos de sus componentes. (Grosman, 2016, p. 13)

Es relevante destacar que, con la reforma acontecida, el CCyC logra adecuarse a lo dispuesto por la Constitución Nacional y por los distintos Tratados y Convenciones Internacionales que nuestro país ha ratificado. Estas normativas protegen a la familia en “sentido amplio” y marcan el norte que debe seguir toda legislación infraconstitucional.

La Constitución Nacional, en su art. 14 bis postula que la ley establecerá la “Protección integral de la familia”. Esto nos lleva a preguntarnos ¿con qué grado de amplitud nuestra carta magna define a la familia?

Con respecto a esto, Herrera (2015) señala que, la Constitución Nacional, al referirse de manera general a la “protección integral de la familia”, adopta una noción amplia de la familia, ya que no se preocupa por definirla o darle contenido. Esto se debe a que es un término eminentemente sociológico, y por lo tanto dinámico. La autora considera que el campo infraconstitucional debe proteger y dar espacio tanto al derecho de las mayorías como al de las minorías, a la luz de la noción de pluralismo que emana de la doctrina internacional de los Derechos Humanos. Hace hincapié en que ningún modo de vivir en familia es “mejor”, sino que cada proyecto familiar debe responder a la elección autónoma de cada persona y de cada pareja y, por lo tanto, el Estado, a través de la ley, no debe fomentar una sola tipología familiar. Además agrega que, esta posición es congruente con la postura que siguen varios instrumentos internacionales de derechos humanos, que no pretenden conceptualizar cuáles son las formas de organización que se encuentran dentro de la noción de familia, sino solamente señalar que la familia debe ser protegida dado su carácter de núcleo social o célula básica de la sociedad.

En el marco internacional encontramos la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), la cual en su art. 16, inc. 3 establece: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. La DUDH es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1948 y en sus artículos se enumeran los derechos humanos considerados básicos. Es “El instrumento embrionario en el cual se plasmaron los contenidos mínimos de los DDHH, y que significó el puntapié inicial al nuevo paradigma humanitario” (Lloveras, 2016, p. 80). Como

podemos observar, uno de los derechos humanos básicos es la familia, y esta debe ser protegida tanto por la sociedad como por el Estado. Además, cabe remarcar que esta Declaración se limita a indicar que la familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad merece protección, pero no brinda una definición de familia, por lo que se entiende que adopta una concepción amplia de ella, protegiendo a todas las formas familiares por igual.

En el plano internacional también encontramos el Pacto de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos que, al igual que la DUDH, en su art. 17, inc. 1 establece: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”. Como se puede observar, esta normativa convencional también protege a la familia en sentido amplio, es decir, a toda forma de organización familiar. El pacto cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma acontecida en 1994 (art. 75 inc. 22 y 23), y por lo tanto debe ser respetado por nuestro país al momento de sancionar normas nacionales.

Por último, entre otros tantos pactos internacionales, encontramos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su art. 10, inc. 1 dispone:

Se debe conceder a la familia, que es elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo.

A través de las normas mencionadas, se puede observar que ni la Constitución Nacional ni las Convenciones y Pactos Internacionales protegen a un único modelo de familia, sino que amparan a toda forma de organización familiar.

Se sostiene que:

Los mínimos axiológicos consensuados en la comunidad universal constituyen o deben constituir la base de la protección de los DDHH en los estados a través de sus legislaciones internas. Por ello, Argentina que ha suscripto tales instrumentos y los ha incorporado a su CN, está obligada a garantizar su cumplimiento, es decir a asumir las medidas pertinentes a fin de que se provea a la protección de los DDHH contenidos en el tratado que se refiera: el Estado es el encargado de garantizar el

cumplimiento por parte de otros particulares de tales derechos. (Lloveras, 2016, pp.80- 81)

En concordancia con estos mandatos internacionales, a nivel nacional encontramos la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, ley N° 26.061 y su decreto reglamentario 415/2006, art. 7, establece que:

Se entenderá por “familia o núcleo familiar”, “grupo familiar”, “grupo familiar de origen”, “medio familiar comunitario”, y “familia ampliada”, además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección. Los organismos del Estado y de la comunidad que presten asistencia a las niñas, niños y sus familias deberán difundir y hacer saber a todas las personas asistidas de los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares”

Como se puede apreciar, esta ley nacional, respeta el concepto amplio de familia que imponen acertadamente las convenciones internacionales. Además, cuando establece qué se entiende como núcleo familiar, no sólo nombra a los progenitores y a las personas vinculadas con el niño a través de líneas de parentesco o afinidad, sino que también incluye a otros miembros de la familia ampliada. Y no solo eso, sino que la norma avanza significativamente al establecer que podrán asimilarse al concepto de familia otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente vínculos significativos y afectivos en su historia personal, como así también en su desarrollo, asistencia y protección. Dentro de este grupo encontramos claramente a la figura del progenitor afín.

Para cerrar decimos que, se pudo observar a lo largo del desarrollo del presente punto, el camino que la familia ensambla recorrió hasta llegar a su reconocimiento en el actual Código Civil y Comercial. Tanto nuestra Constitución Nacional como distintas Convenciones y Tratados Internacionales aludían a la “protección de la familia” con una noción amplia del término, es decir, establecían que todo tipo de organización familiar

merece protección. A través de la reforma, el Código se pone en equilibrio con las disposiciones antes mencionadas.

5.- Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes

5.1) La Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061 como pilares supra e infralegales.

Gracias a la irrupción de la Doctrina de los Derechos Humanos, hoy, el derecho no sólo brinda nuevas respuestas a las relaciones de familia, sino que también se hace extensivo a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En el presente apartado encontraremos una breve descripción de la convención internacional más relevante en el tema, esta es, la Convención sobre los Derechos del Niño. También, se hará alusión a su par a nivel nacional, la ley 26.061 o Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, con el fin de lograr en los puntos siguientes, explicar dos de los principios más relevantes que estas contienen (el interés superior del niño y el derecho a ser oídos), indispensables para el presente trabajo de investigación.

Diremos, siguiendo a Herrera (2015), que:

La Convención sobre los Derechos del Niño (también conocida por sus siglas CDN) aprobada en el marco de la Asamblea de las Naciones Unidas el 20/11/1989, es la herramienta normativa central en todo lo relativo a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes y ha sido la principal inspiradora de la ley 26.061 [...] En nuestro caso, la normativa ha ingresado al derecho argentino mediante la sanción de la ley 23.849 de fecha 27/09/1990 y jerarquizada con rango constitucional de conformidad con lo dispuesto en el art. 75, inc. 22 de la CN, tras la reforma del año 1994. (p. 28)

Por su parte, la ley 26.061, fue sancionada en el año 2005 y es la ley nacional que permite la aplicación de los derechos y principios reconocidos por la Convención antes mencionada. En su art. 1º reza:

Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para

garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

La CDN y la ley nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes han marcado un antes y un después en la concepción jurídica de la infancia y la adolescencia a través del reconocimiento de los derechos y principios propios de este grupo social. La idea central que proponen estas normas es el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como “sujetos de derechos”, titulares de derechos y obligaciones apropiados según su edad y madurez. Pero no se detienen ahí, sino que van más allá, al reconocerles no sólo los derechos que le corresponden a toda persona por su carácter de tal, sino también un plus integrado por derechos específicos que les corresponden por su condición de sujetos en crecimiento y la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran al ser personas en pleno desarrollo madurativo. Esto significó un cambio de paradigmas en cuanto a la historia jurídica de la niñez, porque al considerar a los niños y adolescentes como sujetos plenos de derecho se dejó atrás la antigua concepción paternalista (basada en la doctrina de “la situación irregular”), que consideraba a los menores como “incapaces” y por ello, “objeto” de protección y representación por parte de sus progenitores, representantes legales o el Estado (Herrera, 2015).

Para cerrar, diremos que la Convención sobre los Derechos del Niño y su par a nivel nacional, la ley 26.061, son instrumentos fundamentales en los que encontramos los derechos y principios que protegen la infancia y a los niños, niñas y adolescentes. Son normas de nivel nacional e internacional que obligan al Estado a destinar todos los esfuerzos que sean necesarios para lograr que cada niño goce plenamente de sus derechos.

5.2) Interés Superior del Niño.

En el presente punto analizaremos uno de los principios más importantes que contiene la Convención sobre los Derechos del Niño, este es, el Interés Superior del Niño. Resulta esencial para el presente trabajo conocer este principio, ya que nos guiará para poder dar respuesta al interrogante planteado.

Como punto de partida, para entender de qué hablamos cuando nos referimos al interés superior del niño, seguiremos a Kowalenko (2016) quien expresa que el interés superior del niño es un principio rector de la CDN, el cual manifiesta que la primacía del interés del menor, o del niño, niña o adolescentes, se sobrepone al interés de todos, encontrándose primero en el orden de jerarquía, lo cual supone que se ubica antes del interés de los padres biológicos, antes del interés de los hermanos, en otras palabras, ante que todo otro interés. Y ese interés superior se emplaza como prioridad en toda cuestión a decidir sobre los sujetos de derechos que son los niños, niñas y adolescentes.

El interés superior del niño se encuentra receptado en el primer párrafo del art. 3 de la CDN, el cual establece:

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

Este artículo establece de qué forma se deben tomar las medidas concernientes a los menores, pero no define a este principio. Esto nos lleva a preguntarnos ¿qué se entiende por interés superior del niño?

La ley 26.061, en su art. 3, pretende definir o al menos delimitar que se entiende por interés superior del niño, estableciendo:

A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. [...] Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

El artículo destaca que el interés superior del niño es una directriz, un principio y una pauta de decisión ante cualquier conflicto de intereses que involucre a un niño, niña y adolescente (Herrera, 2015).

Si bien otros instrumentos y organismos internacionales también refieren a este principio (por ejemplo, observaciones del Comité de los Derechos del Niño, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otros), por razones de extensión del presente trabajo, solo serán nombrados.

Por último, cabe destacar que este principio está muy presente en toda la regulación del Código Civil y Comercial y en la gran mayoría de los fallos que resuelven conflictos que involucran de manera directa a niños, niñas y adolescentes.

Para darle un cierre a este punto diremos que el interés superior del niño es un principio rector en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes, y proporciona un parámetro objetivo para resolver cualquier conflicto de intereses que involucre a menores, priorizando el mayor beneficio para ellos.

5.3) Derecho a ser oídos.

En el presente apartado se analizará la participación de los niños, niñas o adolescentes en los procesos de familia, también conocido como el derecho a ser oídos. Este es, junto al interés superior del niño, otro de los principios esenciales que hay que tener en cuenta a la hora de resolver conflictos que involucren de manera directa a niños, niñas y adolescentes.

La CDN, en su art. 12 establece:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Por su parte, a nivel nacional, tanto la ley 26.061 como el Código Civil y Comercial se detienen a profundizar sobre el derecho a ser oídos.

La ley 26.061, en sus art. 24 afirma:

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

Y en su art. 27 nos dice:

Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Podemos observar que el art 24 establece como principio rector que la participación de los niños, niñas y adolescentes debe ser respetada en todos los ámbitos en los que se desenvuelven y se vean involucrados sus derechos humanos, y el art. 27, congruente con el antes mencionado, pone principal atención a la satisfacción de ese derecho en un ámbito en especial: el procedimental.

Por último, el CCyC, en su art. 707 reza:

Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

Se puede observar que el artículo enfatiza la participación en el proceso de las personas en condición de vulnerabilidad, entre ellos los niños, niñas y adolescentes.

Como cierre de este punto, decimos que es evidente la recepción e importancia que tiene el derecho del niño a ser oído. Permitir al niño expresar su opinión libremente tanto en la vida en general, como en el ámbito de un proceso judicial, reafirma el reconocimiento de los niños como sujetos de derecho.

6.-Conclusión parcial

A lo largo del capítulo I pudimos observar cómo el desarrollo y consolidación del derecho constitucional/convencional y la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos generaron un cambio de paradigmas. Así, la aparición de nuevos principios en el derecho de familia, dentro de los cuales se destacan la constitucionalización del derecho privado, la socioafectividad y los principios de centralidad en la persona, pro homine, democratización de la familia, han impactado indudablemente en nuestro sistema jurídico.

Para poder comprender los cambios producidos, como punto de partida se analizó el concepto contemporáneo de familia, para ocuparnos luego de los tipos de familia que se reconocen hoy en día, entre ellas, las más conocidas, la familia matrimonial heterosexual, convivencial, ensamblada, monoparental, homoparental y la pluriparental (aún no reconocida por el derecho argentino).

Siguiendo con el curso de la investigación, nos propusimos analizar a la familia ensamblada, ya que es en su seno donde nace la figura del progenitor afín. Con ese objetivo, se conceptualizó esta modalidad familiar, y quedó claro que este núcleo familiar está formado por un progenitor, su cónyuge o pareja, los hijos propios de uno o ambos, y los hijos comunes, en caso de haber. Se pudo observar además, que la familia

ensamblada suele constituirse luego de un divorcio, de la ruptura de una unión convivencial o después del fallecimiento de uno de los progenitores.

También se pudo apreciar el camino que la familia ensamblada recorrió hasta llegar a su reconocimiento en el actual Código Civil y Comercial. De esta manera, el Código se puso en equilibrio con la Constitución Nacional y con las distintas Convenciones y Tratados Internacionales que hace tiempo aludían a la “protección de la familia” con una noción amplia del término, es decir, establecían que todo tipo de organización familiar merece protección.

Por último, pudimos observar que hoy el derecho no sólo brinda nuevas respuestas a las relaciones de familia, sino que también se hace extensivo a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por ello, realizamos una breve observación de La Convención sobre los Derechos del Niño y su par a nivel nacional, la ley 26.061 (instrumentos fundamentales en los que se encuentran plasmados los derechos y principios que protegen la infancia y a los niños, niñas y adolescentes) para luego pasar a analizar dos de los principios más relevantes que estos instrumentos contienen y son esenciales para dar respuesta al interrogante que en el presente trabajo se plantea, estos principios son: el interés superior del niño y el derecho a ser oídos.

Se puede decir brevemente que el interés superior del niño es un principio rector en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes, y proporciona un parámetro objetivo para resolver cualquier conflicto de intereses que involucre a menores, priorizando el mayor beneficio para ellos. Mientras que, el derecho del niño a ser oído permite al niño expresar su opinión libremente tanto en la vida en general, como en el ámbito de un proceso judicial, reafirmando el reconocimiento de los niños como sujetos de derecho.

Todo lo redactado en el capítulo I se hizo con el propósito de poder dotar al presente trabajo de una introducción que nos permita en los capítulos siguientes conceptualizar y analizar la figura del progenitor afín y la institución de adopción de integración.

Capítulo II

La figura del Progenitor afín

1.- Introducción

En el capítulo II del presente trabajo de investigación se analizará en profundidad la figura del progenitor afín. Ésta representa una de las más novedosas incorporaciones del Código Civil y Comercial, con la cual se deja de lado el vacío legal que existía con respecto al vínculo que se genera entre la nueva pareja del progenitor y sus hijos, en el núcleo de una familia ensamblada. Con el objetivo antes dicho, se conceptualizará al progenitor afín, se describirá su actual regulación y la importancia de su incorporación. Luego, se explicará la doctrina de la socioafectividad. Ésta representa una tendencia proveniente del derecho brasileiro, y adelantamos, es la corriente que sigue el presente trabajo para describir el vínculo que se crea entre progenitor afín e hijo afín. Por último, se analizarán los deberes y derechos que el legislador le otorga a la figura, lo que nos llevará a comprender mejor esta relación (ahora jurídica) y cuál es la función parental que cumplen la madre y el padre afín.

2.- Concepto, actual regulación e importancia de su incorporación

Para comenzar con el desarrollo del capítulo II, en este punto nos centraremos primero en conocer cómo define el Código al progenitor afín, analizaremos su actual regulación y la importancia de su incorporación.

Tal como se desarrolló en el capítulo I del presente trabajo, después de encontrarse silenciada por muchos años, la familia ensamblada logró su reconocimiento y regulación en el Código Civil y Comercial en el año 2015. Quedó claro que “la familia ensamblada es aquella en donde coexisten un matrimonio o unión convivencial- sea heterosexual u homosexual- con los hijos que alguno o ambos tienen de otras relaciones” (Tavip, 2016, p. 587). Fue necesario comenzar explicando esta modalidad familiar, ya que es en su seno donde nace la figura del progenitor afín.

El Código dedica un capítulo especialmente para regular esta nueva figura y los efectos jurídicos que surgen de la relación con los hijos/as de su pareja. Estas normas se encuentran contempladas en el Libro II, Título VII (Responsabilidad parental), Capítulo 7, bajo la denominación “Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines” (art. 672 a 676).

Así, el art. 672 establece: “Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente”. Como se puede observar, el artículo no hace diferencia respecto a si hay vínculo matrimonial o extramatrimonial en la pareja, sino que remarca que lo importante es la convivencia con quien tiene el cuidado personal del niño/a.

Al requerir la norma convivencia, excluye de esta figura a quien tiene una simple relación afectiva con el progenitor del menor sin existir vida en común, es decir, si no comparten una misma residencia (Grosman, 2016).

Cuando el cuidado personal del hijo esté a cargo de ambos progenitores (es decir, es compartido) sus respectivas parejas serán consideradas padre o madre afín y deberán cumplir con las funciones inherentes al rol de progenitores afines (Grosman, 2016).

Lo que expresa la autora es que si el cuidado personal del hijo es compartido por ambos progenitores y estos tienen sus respectivos cónyuges o convivientes, el menor tendrá dos progenitores afines.

Con respecto a su denominación, se ha dicho que el Código acude al término progenitor afín:

En razón del vínculo de afinidad que une a un cónyuge con los hijos del otro [...] Si bien la unión convivencial no da lugar al parentesco por afinidad previsto en el artículo 536 para la unión matrimonial, se mantiene la noción de “afín” con un sentido más amplio, más allá de que técnicamente no se configure tal lazo de parentesco. (Grosman, 2016, p. 18)

Lo antes dicho concuerda con los fundamentos del Anteproyecto (2012), donde se aclara que:

Esta denominación sigue la más calificada doctrina nacional sobre el tema, que designa con este término a los nuevos cónyuges o parejas de los progenitores; se recurre a un vocablo ya existente en nuestro Código Civil, como es el parentesco por afinidad, que establece lazos de parentesco derivados del matrimonio y con los parientes consanguíneos del cónyuge, y se lo extiende a las uniones convivenciales (Anteproyecto de Reforma).

El término con el cual se designa a esta figura tiene mucha importancia ya que implica su reconocimiento social y posibilita una adecuada construcción e integración de este entorno familiar y de las relaciones que surgen en su seno. Teniendo en cuenta la carga peyorativa que poseen los términos “padrastra” y “madrastro”, se ha rechazado su empleo. Se pudo comprobar que en la vida cotidiana los integrantes de estas familias acudían a otras formas para referirse a esta figura, como “el marido de mi mamá”, “la esposa de mi papá”, “el hijo de mi pareja” o simplemente llamándolos por su nombre (Grosman, 2016).

Concordante con lo antes dicho, Herrera (2015) sostiene:

El Código Civil y Comercial adhiere a la idea de que “el lenguaje no es neutro” y por ello introduce una gran cantidad de modificaciones terminológicas que traen consigo también modificaciones sustanciales. Así como no se habla de “concubinato” por ser un término con una carga peyorativa, en igual sentido tampoco se alude a la noción de padrastra, madrastra o hijastro que remite a ideas negativas o referentes afectivos perjudiciales para los niños y adolescentes. (pp. 22-23)

La incorporación de esta figura al CCyC resulta un gran acierto, ya que puede generarse un fuerte vínculo afectivo entre los niños/as y las nuevas parejas de sus progenitores, y esta posibilidad no puede ser desconocida por el derecho, de lo contrario, se terminaría perjudicando a los más débiles, es decir, a los niños, niñas y adolescentes que viven en el seno de la familia ensamblada.

Tal como ha sostenido la doctrina, se trata de “realidades afectivas silenciadas que reclamaban un reconocimiento legal para el apropiado ejercicio de la parentalidad en beneficio del niño” (Alesi, 2015, p.1)⁶. Su reconocimiento termina con la nebulosa

⁶ Recuperado el 02/02/2019 de: <http://marcelamascotena.com.ar/documentos/15.pdf>

jurídica o legal en la que vivían, tanto la familia ensamblada, como los vínculos que se gestan en ella.

Con su regulación, el ordenamiento le otorga contenido jurídico al vínculo que se genera, delimitando el instituto y proveyendo así a los jueces de normas claras y evitando que esa regulación sea realizada por ellos, de manera discrecional por no existir norma que lo contemple, corriendo el riesgo de generar soluciones dispares (Medina y Roveda, 2016).

Por último, compartimos la opinión de Grosman (2016), cuando señala que:

Se han creado reglas que reducirán la ambigüedad de roles y permitirán a sus integrantes tener expectativas claras acerca de sus derechos y deberes. Ello contribuirá a atenuar las fuentes de tensión y el nivel de los conflictos, pues no es la complejidad de estas familias lo que obstaculiza, sino la falta de roles institucionalizados. La intención es poner al servicio de los interesados un marco de actuación que respete el ejercicio de la responsabilidad parental, pero que, al mismo tiempo, se determinen las facultades y deberes de quienes cumplen la función de cuidado y formación de los niños y adolescentes en el nuevo núcleo constituido. (pp. 16-17)

Cerrando este punto diremos que conceptualizar al progenitor afín hoy resulta una tarea sencilla, ya que el Código expresamente establece la definición y nos dice que con dicho término se alude al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente. Haciendo una interpretación textual del Código, quedó claro también que el requisito indispensable, más allá de que exista una unión matrimonial o extramatrimonial en la pareja, es la convivencia con quien ejerce el cuidado personal del niño.

Por último, pudimos observar la importancia que tiene su regulación, la cual radica no sólo en otorgar claridad en la función y los roles que debe ejercer cada uno, protegiendo así los derechos de quienes integran ese vínculo, en especial el de los niños, niñas y adolescentes; sino que además otorga reglas claras a los jueces para la toma de decisiones en los casos que se les presenten, evitando así posibles soluciones dispares entre la distinta jurisprudencia de nuestro país.

3.- Doctrina de la “socioafectividad”

En este apartado desarrollaremos la doctrina de la socioafectividad. Comprender esta moderna postura doctrinaria resulta fundamental, ya que con sus argumentos le otorga contenido y fundamento al vínculo que se genera entre el progenitor afín y los hijos/as de su pareja, y contribuirá en la tarea de dar respuesta al interrogante que nos planteamos en el presente trabajo de investigación.

Para comenzar a comprender esta tendencia, seguiremos a Kemelmajer de Carlucci (2014), quien al hablar del “afecto” como concepto jurídico expresa:

El afecto, a diferencia del dato genético, rara vez aparece mencionado en las normas jurídicas referidas a la familia. No obstante, los operadores del derecho han empezado a pensar que, en numerosas ocasiones, las relaciones familiares deberían moverse más en el ámbito de la afectividad que en el de los lazos biológicos o genéticos, o en el de la regulación legal única; de allí que un concepto que parecía pertenecer sólo al derecho brasileño (la afetividade), se ha trasladado a otros ordenamientos en los que ya se comienza a hablar del "parentesco social afectivo", para reflejar la relación que surge entre personas que, sin ser parientes, se comportan entre ellos a modo y semejanza; se ha producido, entonces, lo que ha dado en llamarse "desencarnación", o sea, el debilitamiento del elemento carnal o biológico en beneficio del elemento psicológico y afectivo. (s/p)⁷

Hay que tener presente que en las realidades familiares, a la par de los vínculos biológicos y legales, también pueden gestarse vínculos que tienen su fuente en el afecto y el cariño, y estos merecen reconocimiento y protección del sistema jurídico. Un claro ejemplo de ello, es el vínculo que se genera entre el progenitor afín y los hijos/as de su pareja.

Entonces, ¿A qué se hace referencia con el término socioafectividad? La respuesta la brinda Lloveras (2016), cuando señala que es “el elemento necesario de las relaciones familiares basadas en la voluntad y el deseo de las personas de mantener

⁷ Recuperado el 02/02/2019 de: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/Las-nuevas-realidades-familiares-en-el-Codigo-Civil-y-Comercial-argentino-de-2014.-Por-Aida-Kemelmajer-de-Carlucci.pdf>

vínculos afectivos que trascienden lo normativo” (p. 63). Se puede observar que para la autora, en determinados casos, la voluntad y el afecto actúan como fuente generadora de vínculos familiares.

El afecto se convierte en un elemento central y en una nueva fuente de vínculos parentales, revalorizando así a los referentes afectivos y poniendo en crisis la postura que sostiene que sólo la correspondencia biológica o genética entre dos personas puede generar derechos y obligaciones entre ambos (Calá, 2016)⁸.

Para enlazar esta doctrina con la figura del progenitor afín, seguiremos a Medina y Roveda (2016), quienes exponen que, debido a que las nuevas parejas de los progenitores desempeñan un determinado rol o función en la vida del niño, niña o adolescente y resulta necesario delinear reglas claras, se promueve el concepto de “socioafectividad” para hacer referencia al vínculo que se genera entre ellos, donde los lazos están basados en el afecto hacia la propia pareja y los hijos de ésta, con independencia del vínculo biológico o legal.

La noción de socioafectividad busca ampliar los vínculos jurídicos de carácter familiar y que la norma recepte un piso mínimo de protección para aquellas personas que están unidas por profundos lazos de amor y se han constituido en figuras relevantes en la vida del otro (sin compartir vínculo biológico), logrando así visibilizar la importancia que tienen en el proceso de construcción de la identidad subjetiva de las personas que integran estas constelaciones familiares (Calá, 2016)⁹.

Para cerrar este punto diremos que, a través de lo que se ha expuesto se puede observar que la doctrina de la socioafectividad (postura proveniente del derecho brasilero y adoptada por la doctrina de nuestro país) postula que, en la realidad familiar, a la par de los vínculos biológicos y legales, pueden generarse además vínculos que tienen su fuente en el afecto y en la voluntad de asumir funciones parentales, y estos también merecen ser reconocidos y protegidos por el derecho.

Entendemos que el Código receptó esta tendencia al otorgar un contenido jurídico a la relación que surge entre el progenitor afín y los hijos de su cónyuge o conviviente, asignándole determinados deberes y derechos.

⁸ Recuperado el 02/02/2019 de: www.microjuris.com/

⁹ Recuperado el 02/02/2019 de: www.microjuris.com/

4.- Deberes y derechos de los progenitores afines

Dentro del capítulo “Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines”, el Código Civil y Comercial regula los efectos jurídicos que surgen de la relación entre el progenitor afín y los hijos de su pareja. En el presente apartado analizaremos los deberes, obligaciones y nuevas alternativas que el Código presenta para esta figura. El objetivo es comprender cuál es el rol que el derecho le asigna al padre o madre afín en la vida del niño, niña o adolescente, para poder analizar en el próximo capítulo una de las alternativas más importantes que el CCyC le ofrece y la cual resulta ser el tema central de este trabajo de investigación, esta es, la posibilidad de adoptar al hijo/a de su cónyuge o conviviente.

Con respecto a los deberes del progenitor afín, el art. 673 dispone:

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.

Al analizar esta disposición podemos observar que el carácter de progenitor afín involucra determinados deberes que incluyen cooperar con la crianza y educación de los hijos del otro, realizar actos de la vida cotidiana (por ejemplo, llevarlos al colegio) y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia (por ejemplo, en caso de accidente llevarlo al médico y autorizar una intervención, cuando por alguna razón no estén presentes sus progenitores).

Es importante destacar que esta enumeración no es taxativa, sino meramente enunciativa. Podemos ver claramente que los deberes que tiene el progenitor afín “se proyectan en una verdadera tarea de acompañamiento de su cónyuge o conviviente para el cuidado de los hijos” (Tavip, 2016, p. 588). La norma aclara además que, en los supuestos en los que exista desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente, prevalecerá siempre el criterio del progenitor, con lo cual se remarca el rol de acompañamiento que le compete al padre o madre afín.

Resulta necesario comprender el carácter complementario que tiene la figura, ya que no viene a ocupar el lugar del padre o la madre, es decir, no los sustituye, sino que es considerado una figura de referencia distinta para el niño, niña o adolescente, que viene a contribuir en la función de cuidado, apoyando a sus padres (Grosman, 2016).

El Código también establece que el progenitor afín tiene obligación alimentaria respecto al hijo/a de su cónyuge o conviviente. Con respecto a ello, el art. 676 consagra:

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

El artículo regula la obligación alimentaria del progenitor afín con características especiales, asignándole carácter subsidiario y transitorio. El primero se debe a que surgirá sólo en caso que los progenitores (principales obligados) no cumplan o no puedan cumplir con el deber alimentario que tienen respecto a sus hijos, es decir, primero procede la obligación de los progenitores y luego la del progenitor afín; y el segundo se debe a que subsistirá en tanto el matrimonio o unión convivencial sigan vigentes y el niño, niña o adolescente permanezca conviviendo con el obligado alimentario “subsidiario” (Tavip, 2016).

Llegando al final del artículo, podemos observar que hace una excepción y establece que, a pesar de haberse producido la ruptura del matrimonio o la unión convivencial, existe la posibilidad que se le fije al padre o madre afín una cuota asistencial a su cargo, la cual tendrá carácter transitorio. La norma analizada dispone que dicha cuota se asignará cuando el cambio de situación pueda ocasionar un grave daño al niño o adolescente alimentado y el cónyuge o conviviente haya asumido durante la vida en común el sustento del hijo del otro. La duración de ella debe ser fijada por el juez, quien debe tener en cuenta ciertas condiciones como la fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia.

Por último, el Código, en los artículos 674 y 675 regula dos alternativas que le permiten al progenitor afín asumir funciones específicas. Estas son la delegación de la responsabilidad parental y el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental del hijo/a de su cónyuge.

El CCyC amplía las facultades reconocidas al progenitor afín, tomando en cuenta determinadas circunstancias que pueden presentarse en la realidad de la familia ensamblada y buscando siempre proteger el interés superior del niño. En un primer supuesto, se permite que el progenitor a cargo del hijo delegue en el padre o madre afín el ejercicio de la responsabilidad parental. Para que esto proceda, debe darse una situación en la que el progenitor, por circunstancias particulares como un viaje, una enfermedad o incapacidad, no se encuentre en condiciones de cumplir con su rol. También debe resultar imposible que esas funciones puedan ser desempeñadas por el progenitor no conviviente. La delegación debe ser homologada judicialmente, salvo que el cónyuge no conviviente exprese su acuerdo de modo fehaciente. Por otra parte, también se permite acordar un ejercicio conjunto de la responsabilidad parental con el progenitor afín, pero esta alternativa sólo es posible ante la muerte, ausencia o incapacidad del otro progenitor y requiere homologación judicial. Este ejercicio compartido queda sujeto a extinción si se produce la ruptura del matrimonio o la unión convivencial o bien con la recuperación de la capacidad plena del otro progenitor (Herrera, 2015).

Para concluir, diremos que hoy en día, gracias a la reforma acontecida, el progenitor afín cuenta con reglas claras en cuanto a cómo debe actuar y cuál es el rol que ocupa en la vida del hijo/a de su cónyuge o conviviente. A lo largo del punto pudimos ver que esta figura no sólo tiene deberes como cooperar con su crianza y educación, realizar actos de la vida diaria que involucren al menor y adoptar decisiones de urgencia, entre otras, sino que además tiene a su cargo una obligación alimentaria a la cual el legislador le otorga el carácter de subsidiaria y transitoria. Por último, el Código permite que, mediando ciertas circunstancias, pueda asumir funciones específicas a través de dos figuras legales: la delegación de la guarda y el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental.

5.- Conclusión parcial

Mediante el desarrollo del capítulo II observamos que la figura del progenitor afín fue incorporada al CCyC, siendo este un gran avance. Se pudo apreciar que la importancia de su regulación radica no sólo en otorgar claridad al rol y función que cumple, protegiendo así sus derechos y los derechos de quienes integran la familia ensamblada, sino que también contribuye otorgando reglas claras a los jueces evitando así, que tomen decisiones dispares en los casos que se les presenten.

Hemos visto que conceptualizarlo resulta una tarea sencilla, ya que el Código expresamente nos brinda una definición al exponer que con el término se refiere al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente. También quedó claro, que el requisito esencial para que nazcan los deberes y derechos que el Código le asigna a la figura es la convivencia con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente, más allá de que el vínculo que une a la pareja sea matrimonial o extramatrimonial.

Siguiendo con la investigación, nos propusimos analizar la doctrina de la socioafectividad, debido a que nos parece una postura correcta para explicar y fundamentar el vínculo que surge entre el progenitor afín y los hijos de su pareja. Mediante el desarrollo de esta postura doctrinaria, quedó claro que sostiene que en la realidad familiar, a la par de los vínculos biológicos y legales, pueden generarse además vínculos que tienen su fuente en el afecto y en la voluntad de asumir funciones parentales, y estos también merecen ser reconocidos y protegidos por el derecho.

Por último, analizamos cuáles son los deberes, obligaciones y las nuevas alternativas que el Código regula para el progenitor afín, y pudimos ver que esta figura no sólo tiene deberes como cooperar con la crianza y educación, realizar actos de la vida diaria que involucren al menor y adoptar decisiones de urgencia, entre otras, sino que además tiene a su cargo una obligación alimentaria a la cual el legislador le otorga el carácter de subsidiaria y transitoria. Además, el Código permite que, mediando ciertas circunstancias, pueda asumir funciones específicas a través de dos figuras legales: la delegación de la guarda y el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental.

Capítulo III

La adopción por integración

1.- Introducción

Los nuevos paradigmas y cambios sociales abordados en el capítulo I del presente trabajo no sólo influyeron en el Código Civil y Comercial ocasionando la regulación de nuevas figuras (como la del progenitor afín, la cual fue objeto de estudio del capítulo II), sino que también propiciaron la modificación y reestructuración de instituciones jurídicas familiares ya existentes, y una de ellas es la que nos ocupa en este capítulo número III, la adopción de integración.

En el presente capítulo se abordará la adopción de integración, la cual significa una gran posibilidad para consolidar el vínculo entre el progenitor afín y el hijo/a afín, pero que a la vez nos genera el interrogante cuándo se justifica otorgarla. Para llegar a comprender esta institución y dar respuesta al interrogante planteado, se comenzará por analizar nociones básicas sobre la adopción. Luego se realizará un análisis exhaustivo sobre la adopción de integración. Todo esto nos ayudará a comprender las particularidades que tiene este tipo adoptivo, ya que presenta fundamento, características y procedimiento propio y distinto al de los otros dos modos de adopción. También se observará la relación entre la figura del progenitor afín y la institución de la adopción de integración.

Por último, se analizará jurisprudencia argentina que nos permitirá conocer en qué situaciones y bajo qué parámetros los jueces conceden la adopción de integración.

2.- Nociones generales sobre la adopción

El presente apartado tiene como principal objetivo analizar las nociones generales sobre adopción. Para ello se comenzará con su conceptualización, luego se analizarán las notas características esenciales de esta institución y se enunciarán los distintos tipos adoptivos que el derecho reconoce. Comprender las nociones básicas

sobre esta institución jurídica familiar nos permitirá analizar en los puntos siguientes la modalidad de adopción que nos interesa en el presente trabajo, esta es la adopción de integración.

Resulta importante aclarar que el motivo por el cual sólo se analizarán cuestiones básicas y esenciales sobre la institución de la adopción es porque, si bien la adopción de integración es un tipo adoptivo, en ésta “los presupuestos fácticos y jurídicos son otros muy diferentes a la adopción que deviene de la dificultad de no poder permanecer viviendo con la familia de origen o ampliada” (Herrera, 2015, p. 391). El tipo adoptivo objeto de análisis en este trabajo posibilita que el progenitor afín adopte al hijo/a de su cónyuge o conviviente y el CCyC lo regula de manera autónoma.

Para comenzar, diremos que la adopción es una de las tres fuentes de filiación que reconoce el Código Civil y Comercial (las otras dos son la filiación por naturaleza y la filiación mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida, TRHA)¹⁰.

Nuestro CCyC, en el primer párrafo del art. 594 dispone:

La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.

Si bien el Código brinda una definición de adopción en el artículo antes mencionado, la doctrina remarca que dicha conceptualización no es inclusiva de la adopción de integración.

Por lo antes dicho y con el motivo que se comprenda el vínculo adoptivo, nos resulta acertado brindar una definición de filiación adoptiva, la cual nos parece más inclusiva, y para ello seguiremos a Kowalenko (2016) quien la define como:

Aquella donde el vínculo jurídico no corresponde a la realidad biológica sino a un vínculo creado por el derecho, que surge de una resolución judicial, declarada

¹⁰ Art. 558 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.

siempre en interés del NNA con la finalidad de hacer efectivo su derecho de desarrollarse en el seno de una familia. (p. 507)

Por su parte, el último párrafo del artículo 594 reza: “la adopción se otorga sólo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código”.

El Código Civil y Comercial, al regular el régimen de la adopción, en el último párrafo del art. 594, mantiene la postura legislativa tradicional seguida tanto por la primera ley de adopción (ley 13.252) como por las sucesivas legislaciones (ley 19.134 y 24.779), reiterando una regla que ha estado desde sus inicios. Así, considera a la adopción como una causa fuente filial en la cual el vínculo entre dos o tres personas (según sea una adopción unilateral o bilateral) se genera en virtud de una sentencia judicial (es decir, la sentencia es constitutiva del lazo filial), mediando un proceso judicial previo, generando así el correspondiente emplazamiento judicial del adoptado en estado de hijo, en especial, cuando la adopción lo es en forma plena (Herrera, 2015).

Por otra parte, se puede observar que el eje central de la adopción se ha modificado. Con respecto a ello, Herrera (2015) señala que el CCyC coloca al niño en el centro de la escena y lo convierte en el principal protagonista de la adopción, al afirmar cuando la define que ésta figura jurídica está destinada a satisfacer el derecho humano de todo niño a tener y vivir en una familia, cuando por distintos motivos no pueda permanecer en su familia de origen o ampliada.

Esta concepción en la que se asienta el actual sistema adoptivo (es decir, el derecho de los niños a vivir en familia) muestra un cambio radical con respecto a la concepción antigua, la cual se fundaba en la idea de proveer de hijos a las familias que no podían engendrarlos (Kowalenko, 2016).

El CCyC remarca como finalidad esencial de la adopción otorgar una familia a niños que por diversas razones carecen de ella, pero éste no es su único objetivo, ya que hay que tener en cuenta que este cuerpo normativo regula la adopción por integración, la cual se da cuando se adopta al hijo/a del cónyuge o conviviente. Esto nos muestra que la institución jurídica de la adopción también es hábil para integrar al niño al nuevo hogar constituido por su progenitor y en este caso no se presenta el supuesto de carencia de familia (Medina y Roveda, 2016).

La conclusión que se desprende de lo antes señalado por los autores es que la adopción es una institución jurídica que está destinada a satisfacer el derecho de todo niño, niña o adolescente a vivir en familia, y con ello no se refiere sólo a aquellos niños que por distintos motivos no pueden permanecer en su familia de origen o ampliada, sino también a aquellos niños que siguen viviendo con su progenitor de origen, pero en el marco de una familia ensamblada, y por ende la adopción por parte de su progenitor afín ayudaría a integrar dicha familia (integrar al niño al nuevo hogar constituido y al progenitor afín al núcleo familiar ya consolidado).

Con respecto a los tipos de adopción, el Código reconoce tres: adopción plena, simple y de integración. El art. 620 al conceptualizar cada una expresa:

La adopción plena confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo. La adopción simple confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante, excepto lo dispuesto en este Código. La adopción de integración se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente y genera los efectos previstos en la Sección 4ª de este Capítulo.

Haciendo un análisis del artículo podemos observar que la principal diferencia entre la adopción plena y la simple es que en la primera se extinguen los vínculos jurídicos con la familia de origen (sólo subsisten los impedimentos matrimoniales) mientras que en la segunda el vínculo sólo se crea entre adoptante y adoptado, lo que quiere decir que se mantienen los vínculos jurídicos con la familia de origen y no crea vínculo con los parientes ni el cónyuge del adoptante. Cada una de estas tipologías presenta sus propios efectos y consecuencias jurídicas, pero su análisis excede el objeto de estudio del presente trabajo.

Finalizando con el análisis del artículo podemos ver que el Código reconoce como un tipo autónomo a la adopción del hijo del cónyuge o conviviente y remarca que sus efectos están previstos en la sección 4ta del capítulo, con lo cual está confirmando lo que venimos sosteniendo desde el comienzo del capítulo, esto es, que la adopción de integración tiene su propio fundamento, reglas, efectos y procedimiento, aunque, según el caso, puede compartir algunos efectos con los otros dos tipos adoptivos.

Otra de las novedades que se observa en el CCyC con respecto a la adopción es la flexibilización de los efectos de los tipos adoptivos y la facultad de los jueces al momento de otorgarla. Con respecto a ello el art. 621 establece:

Facultades judiciales. El juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño. Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción.

Con la finalidad de lograr la mayor satisfacción de derechos posibles para los niños, niñas y adolescentes, conforme al interés superior del niño, el respeto al derecho a la identidad y los demás principios que informan la adopción, el CCyC reconoce los tipos adoptivos, cada uno con sus propias características y efectos, pero en el art. 621 permite que alguno de esos efectos sean flexibilizados. Así, según las circunstancias, el juez puede emplazar de manera plena a un niño pero mantener vínculos jurídicos con algunos miembros de su familia de origen, o viceversa, otorgar la adopción simple pero permitir que se genere vínculo jurídico con los parientes de la familia del adoptante (Kowalenko, 2016).

Por su parte, Medina y Roveda (2016) señalan que, si bien el 2º párrafo del art. 621 estipula que la flexibilización de los efectos debe ser a pedido de parte y por motivos fundados, será el juez interviniente quien, teniendo en cuenta la situación concreta del niño, niña o adolescente y con el objetivo principal de garantizar los derechos humanos de éste, determine qué tipo adoptivo se adapta a la situación concreta y con qué efectos, atemperando los de la adopción plena o extendiendo los de la adopción simple.

Analizando lo antes dicho por los autores, creemos que la importancia de este artículo radica en otorgarle al juez la posibilidad de decidir (siempre con motivo fundado) con qué extensión y efectos otorga la adopción en cada caso concreto, permitiendo proteger la mayor cantidad de derechos posibles con respecto a los niños,

niñas y adolescentes, observando siempre cuál es la mejor solución en miras a garantizar que se cumpla con el principio del interés superior del niño.

Por último, analizaremos cuestiones relacionadas al nombre del adoptado. Es importante aclarar que un análisis detallado respecto a lo que ocurre con el nombre de las personas en caso de adopción excede el objetivo del presente TFG, sin embargo, siendo que el nombre hace a la identidad de las personas, nos conformamos con mostrar algunas implicancias respecto al mismo.

El nombre es uno de los atributos de la personalidad. Respecto a ello, el art. 623¹¹ del CCyC regula las pautas generales en relación al prenombre del hijo adoptivo. La norma, de forma categórica, establece como regla que el prenombre del adoptado debe ser respetado. Excepcionalmente el juez puede disponer su modificación en el sentido que se le peticione, pero las razones deben estar fundadas en las prohibiciones que establecen las reglas para el prenombre en general o en el uso de otro prenombre con el cual el adoptado se siente identificado (Medina y Roveda, 2016).

Una vez analizado el prenombre, es inevitable preguntarnos ¿qué sucede con el apellido? Para el caso de la adopción plena, el art. 626 dispone:

Apellido. El apellido del hijo por adopción plena se rige por las siguientes reglas:

- a) si se trata de una adopción unipersonal, el hijo adoptivo lleva el apellido del adoptante; si el adoptante tiene doble apellido, puede solicitar que éste sea mantenido; b) si se trata de una adopción conjunta, se aplican las reglas generales relativas al apellido de los hijos matrimoniales; c) excepcionalmente, y fundado en el derecho a la identidad del adoptado, a petición de parte interesada, se puede solicitar agregar o anteponer el apellido de origen al apellido del adoptante o al de uno de ellos si la adopción es conjunta; d) en todos los casos, si el adoptado cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, el juez debe valorar especialmente su opinión.

Haciendo un análisis del artículo podemos observar que el Código brinda solución a las diferentes situaciones que pueden presentarse. Así, por ejemplo, si la adopción es unipersonal el hijo adoptivo llevará el apellido del adoptante y si es

¹¹ ARTÍCULO 623.- Prenombre del adoptado. El prenombre del adoptado debe ser respetado. Excepcionalmente y por razones fundadas en las prohibiciones establecidas en las reglas para el prenombre en general o en el uso de un prenombre con el cual el adoptado se siente identificado, el juez puede disponer la modificación del prenombre en el sentido que se le peticione.

conjunta llevará el apellido de alguno o ambos adoptantes, según el acuerdo al que lleguen. También establece que excepcionalmente y a petición de parte interesada se puede agregar o anteponer el apellido de origen; y por último aclara que cuando el adoptado cuente con la edad y madurez suficiente, su opinión debe ser valorada por el juez.

Con respecto a la adopción simple, el art. 627 en su inc. “d” expresa:

[...] d) el adoptado que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente o los adoptantes, pueden solicitar se mantenga el apellido de origen, sea adicionándole o anteponiéndole el apellido del adoptante o uno de ellos; a falta de petición expresa, la adopción simple se rige por las mismas reglas de la adopción plena. [...]

Como podemos ver, en la adopción simple el artículo da prioridad a que se solicite la mantención del apellido de origen, adicionando o anteponiendo el apellido del adoptante o de uno de ellos (cuando el menor cuente con la edad o madurez suficiente, o a pedido del adoptante), y en caso que no se solicite expresamente se rige por las reglas de la adopción plena.

En la adopción de integración, el apellido de los adoptivos dependerá del carácter y extensión con la que fue otorgada. Si fue otorgada con carácter plena, rige lo dispuesto por el art. 626 y si el emplazamiento adoptivo es en forma simple rige lo dispuesto por el art. 627 inc. “d”. Se puede observar cómo el CCyC introduce reglas generales y dúctiles, con el objetivo de adaptarse a los múltiples y variados casos de filiación adoptiva que puedan presentarse (González de Vicel, 2015a)¹².

Con respecto a ello, Herrera (2015) señala que el régimen vigente sigue una línea legislativa que pretende flexibilizar y abarcar las diferentes situaciones que pueden plantearse en la sociedad contemporánea, la cual es compleja y plural. Una de las cuestiones que remarca la autora es que el texto en análisis, respetando el derecho a la identidad del adoptado e involucrándolo en su propio proceso adoptivo, permite que se expida acerca del apellido que quiere portar y el juez debe valorar especialmente su opinión, siempre que el adoptado tenga la madurez suficiente.

¹² Recuperado el 02/02/2019 de: <http://www.nuevocodigocivil.com/adopcion-de-integracion-en-el-codigo-civil-y-comercial-por-mariela-gonzalez-de-vicel/>

Para concluir diremos que a lo largo del presente punto hemos analizado los lineamientos básicos sobre la institución de la adopción que nos permitirán avanzar y comprender la adopción de integración. Así, ha quedado claro que en la adopción, el vínculo es creado mediante una sentencia judicial, generando ésta el emplazamiento judicial en estado de hijo. También se pudo advertir que el eje central de la institución es el niño y su finalidad es proteger el derecho de todo niño, niña o adolescente a vivir en una familia. Teniendo en cuenta ello, se pudo observar que el fundamento de la institución radica tanto en otorgar una familia a aquellos niños que por distintos motivos no pueden permanecer en su familia de origen o ampliada (fundamento que se encuentra en la adopción simple y plena); como en integrar al niño al nuevo hogar constituido por su progenitor de origen, cuando este ha formado una nueva pareja, es decir, permite integrar a la familia ensamblada, observándose así que en este caso no se presenta el supuesto de carencia de familia (fundamento que se encuentra en la adopción de integración).

A lo largo del punto pudimos observar también que el CCyC reconoce 3 tipos de adopción: simple, plena y de integración, cada una con sus propias características y efectos. Además, analizando las disposiciones del Código, pudimos advertir que una novedad importante que se introdujo es la flexibilización de los tipos adoptivos, lo cual significa que el juez puede, a pedido de parte y con motivo fundado, atemperar los efectos de la adopción plena o extender los efectos de la adopción simple, siempre teniendo en cuenta las circunstancias del caso y el interés superior del niño.

En última instancia hemos analizado algunas implicancias respecto al nombre del adoptado, ya que este es fundamental porque constituye su identidad. Con respecto al prenombre pudimos observar que por regla se mantiene y sólo excepcionalmente puede ser cambiado. Por otra parte, con respecto al apellido pudimos ver que tanto en la adopción plena como en la simple las opciones que se presentan son similares, pudiendo por ejemplo, llevar el apellido del adoptante cuando la adopción es unilateral; el de uno o ambos adoptantes cuando es bilateral. Una diferencia que encontramos es que en la adopción plena permite sólo excepcionalmente que se agregue el apellido de origen al apellido del adoptante, en cambio en la simple le da más relevancia y permite que se mantenga el apellido de origen y se le adicione el del adoptante, pero esto debe ser solicitado expresamente. Por último, establece que el juez debe valorar la opinión del menor, siempre que cuente con la madurez y la edad suficiente. En el caso de la

adopción de integración, se aplicarán las reglas establecidas para la adopción simple o la plena, dependiendo de la extensión con la que se haya otorgado. Se remarca la flexibilidad que caracteriza al régimen vigente, el cual intenta abarcar todas las posibilidades que puedan presentarse.

3.- Adopción de integración

En el presente apartado analizaremos la adopción de integración, la cual se presenta como una posibilidad muy importante que brinda el Código para integrar a la familia ensamblada. Para ello, partiremos de su conceptualización, luego analizaremos la finalidad de esta institución y culminaremos con la descripción de su actual regulación.

A lo largo del desarrollo del punto anterior quedó claro que la adopción de integración se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente. Con el objetivo de ampliar su conceptualización diremos:

La adopción de integración es aquella donde el NNA forma parte de una nueva conformación familiar entre uno de sus progenitores y la nueva pareja convivencial o matrimonial de éste, quien cumple un rol parental presente en la vida del niño. Tiene por finalidad reconocer la existencia de una familia ensamblada, que convive, y que por la convivencia y por las relaciones de crianza pueden ser dotados de efectos jurídicos propios. (Kowalenko, 2016, p.542)

En la adopción de integración se pretende incorporar al adoptante (progenitor afín) al núcleo familiar constituido primigeniamente por el adoptado y su progenitor de origen; y a la vez se satisface el derecho del niño, niña o adolescente a la convivencia familiar con al menos uno de sus progenitores. No se pretende extinguir, sustituir o restringir los vínculos, por el contrario, el objetivo es ampliarlos (González de Vicel, 2015b).

Una connotación particular que presenta es que permite que se reconozca la relación afectiva que se ha desarrollado entre el pretense adoptante y el niño, niña o adolescente, quien es hijo de uno de los miembros de la pareja y, en los hechos, ha recibido el trato de hijo por parte del cónyuge o conviviente de su progenitor o

progenitora, verificándose una suerte de posesión de estado y de relación paterno-filial (Cano, 2015)¹³.

También se ha dicho que “la adopción de integración posibilita la consagración legal de un vínculo socio-afectivo preexistente entre el adoptante y el hijo del cónyuge o conviviente” (Zanino, 2016, p. 1)¹⁴. Consideramos que esto es correcto, teniendo en cuenta que en este trabajo se sigue la doctrina de la socioafectividad.

Analizando lo expresado por los autores expuestos, se entiende que este tipo adoptivo tiene como finalidad integrar a la familia ensamblada, consolidando legalmente el vínculo socioafectivo que existe en los hechos entre el progenitor afín y el hijo/a de su pareja. La integración se puede observar a través de dos perspectivas. Por un lado, desde la perspectiva del niño, niña o adolescente, permite integrarlo al nuevo núcleo familiar formado por su padre o madre (en virtud del matrimonio o la convivencia con su pareja); y desde el punto de vista del progenitor afín, permite integrarlo al núcleo familiar constituido primigeniamente entre su pareja y el hijo/a de esta.

El Código recepta la adopción de integración en la sección 4° del Capítulo 5, Título VI. A continuación nos detendremos a analizar los diferentes artículos que regulan aristas del instituto en cuestión.

Nos encontramos primero con el art. 630, el cual reza: “Efectos entre el adoptado y su progenitor de origen. La adopción de integración siempre mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante”. Con respecto a ello, se ha expresado que “este tipo adoptivo siempre es de carácter unipersonal, ya que el tercero convive con el padre o madre biológico/a, derivado/a de TRHA o adoptivo/a, con quien no se afecta el lazo jurídico ya existente” (Kowalenko, 2016, p. 542). Podemos ver que el artículo es claro al respecto, el vínculo filial que tiene el niño con su progenitor conviviente se mantiene intacto.

Por su parte, el art. 631 refiere a los efectos entre adoptado y adoptante. Así las cosas, ha dicho textualmente:

¹³ Recuperado el 02/02/2019 de: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/09/Doctrina1966.pdf>

¹⁴ Recuperado el 02/02/2019 de: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/08/Adopci3n-de-integraci3n-CCyCNI.pdf>

Efectos entre el adoptado y el adoptante. La adopción de integración produce los siguientes efectos entre el adoptado y el adoptante: a) si el adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena; las reglas relativas a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental se aplican a las relaciones entre el progenitor de origen, el adoptante y el adoptado; b) si el adoptado tiene doble vínculo filial de origen se aplica lo dispuesto en el artículo 621.

Aclaremos que, derivado del artículo citado, generalmente el niño conserva un progenitor de origen y la adopción se da respecto del cónyuge o conviviente del progenitor. Puede darse la situación en la que estén identificados ambos progenitores del menor y que sólo uno de ellos se encargue de la crianza y conviva con el menor y que su pareja pretenda adoptar al hijo. ¿Estaría esto permitido en nuestro ordenamiento? ¿O sólo es posible la adopción afín en caso que no se pueda identificar uno de los progenitores? Nuestro ordenamiento no es tan tajante y admite flexibilización en caso que se compruebe que eso es en interés superior del niño. Así, tal como lo hemos mencionado anteriormente, el art. 621 le otorga facultades al juez en este sentido.

Concordante con lo que venimos desarrollando, Herrera (2015) expresa que el Código Civil y Comercial permite que, según la situación fáctica que se presente, la adopción de integración pueda ser simple o plena. Para ello tiene mucha relevancia el hecho de que el niño tenga doble o simple vínculo filial de origen. La adopción será de carácter plena cuando el pretense adoptado presente un solo vínculo filial. Por otra parte, cuando el niño presente doble vínculo filial y dependiendo del grado de vinculación que tenga con su otro progenitor, el juez puede decidir otorgar la adopción simple o plena. El CCyC, en total correspondencia con los principios de realidad, flexibilidad e interés superior del niño y con el objetivo de dar solución expresa a la mayor cantidad de situaciones que puedan presentarse, permite que la adopción de integración sea de carácter pleno, simple o una mixtura entre ambas.

Con respecto al tema, nos resulta importante la postura de Kowalenko (2016), quien sostiene que no es procedente la adopción de integración si el niño, niña o adolescente presenta doble vínculo filial y el progenitor no conviviente está presente y cumple con sus funciones parentales. La autora señala que en estos casos la relación entre el menor y el cónyuge o conviviente de su progenitor conviviente debe regirse por

las normas que regulan los derechos y obligaciones del progenitor afín en los art. 672 a 676 CCyC.

Por otro lado, el art. 632 va a hablar de las reglas aplicables a la adopción por integración. Así sostiene:

Reglas aplicables. Además de lo regulado en las disposiciones generales, la adopción de integración se rige por las siguientes reglas: a) los progenitores de origen deben ser escuchados, excepto causas graves debidamente fundadas; b) el adoptante no requiere estar previamente inscripto en el registro de adoptantes; c) no se aplican las prohibiciones en materia de guarda de hecho; d) no se exige declaración judicial de la situación de adoptabilidad; e) no se exige previa guarda con fines de adopción; f) no rige el requisito relativo a que las necesidades afectivas y materiales no puedan ser proporcionadas por su familia de origen de conformidad con lo previsto en el artículo 594.

Debido a las diferencias que presenta la adopción de integración con respecto a los otros dos tipos adoptivos, teniendo en cuenta la especialidad de las circunstancias que pueden darle sustento, atendiendo principalmente a la naturaleza de este tipo de adopción que aparece como consecuencia de una socioafectividad previa que pide reconocimiento por parte del sistema jurídico y el entrecruzamiento de lazos que se ponen en juego en los vínculos ensamblados, es que el Código la regula de manera autónoma, con reglas procesales y sustanciales específicas, en las que ciertos requisitos formales que se exigen en los otros tipos adoptivos aquí no se aplican (González de Vicel, 2015b).

Como primera regla, el art. 632 establece que los progenitores de origen deben ser escuchados, excepto causas graves debidamente fundadas. Con respecto a ello, González de Vicel (2015b) señala que, en cumplimiento de la garantía de defensa establecida en el art. 18 CN, el juez ante quien se plantee este tipo adoptivo debe citar al progenitor (cuando el niño presente un solo vínculo filial) o a los progenitores (cuando presente doble vínculo filial) para que se expresen sobre la pretensión adoptiva. Si bien no se establece que esto revistan calidad de parte en el proceso, en caso de oposición, el proceso que nació voluntario se volverá contencioso.

Continuando con el análisis del artículo en cuestión y con respecto a las reglas procesales que establece desde los incisos “b” a “f”, coincidimos con Herrera (2015)

cuando señala que es en el campo procedimental donde se observan las grandes diferencias entre la adopción de integración y los otros dos tipos adoptivos, en virtud de que no se aplican muchos de los requisitos formales que se exigen en estos últimos. Así, no se requiere estar previamente inscripto en el registro de adoptantes; no se aplican las prohibiciones respecto a la guarda de hecho; no se requiere la declaración judicial de estado de adoptabilidad y tampoco se requiere en estos casos la guarda judicial previa. La autora sostiene que estas reglas responden a obvias razones de que el niño o adolescente que se pretende adoptar no sólo conoce al cónyuge o conviviente de su progenitor, que es quien pretende adoptarlo, sino que convive con él como padre (o madre) e hijo/a y se relacionan de tal manera que, se solicita la adopción de integración ante la justicia con el objetivo de lograr que la sentencia de adopción haga nacer un vínculo jurídico filial, consolidando jurídicamente el lazo afectivo que se observa en la práctica.

Por último, cabe mencionar al art. 633 el cual establece que la adopción de integración es revocable, sea que esta haya sido otorgada con carácter plena o simple, y para ello ha previsto que la revocación tendrá las mismas implicancias que para la adopción simple, las cuales se encuentran numeradas en el artículo 629 del CCyC, indicando este:

La adopción simple es revocable: a) por haber incurrido el adoptado o el adoptante en las causales de indignidad previstas en este Código; b) por petición justificada del adoptado mayor de edad; c) por acuerdo de adoptante y adoptado mayor de edad manifestado judicialmente.

La revocación extingue la adopción desde que la sentencia queda firme y para el futuro.

Revocada la adopción, el adoptado pierde el apellido de adopción. Sin embargo, con fundamento en el derecho a la identidad, puede ser autorizado por el juez a conservarlo.

Analizando el artículo en cuestión podemos observar que las causales que habilitan el pedido de revocación son la indignidad, la petición justificada del adoptado mayor de edad y el acuerdo entre adoptante y adoptado mayor de edad manifestado judicialmente.

El régimen vigente permite la revocación de la adopción de integración, haya sido ésta con carácter simple o plena. Con respecto a ello, la novedad la encontramos en el caso de la revocación de la adopción de integración otorgada con carácter pleno ya que constituye una expresa excepción al principio de irrevocabilidad de la adopción plena, y esto se debe a que no comparte el mismo fundamento. El fundamento que el CCyC establece para la irrevocabilidad de la adopción plena (si se extinguió el vínculo filial de origen en virtud de la adopción y luego se procede a extinguir el vínculo adoptivo, la persona quedaría sin ninguna filiación) no se encuentra presente en la adopción de integración con carácter pleno, ya que en ésta, aunque se extinga el vínculo adoptivo, siempre quedará intacto el vínculo filial con la familia de origen, porque este tipo de emplazamiento filial siempre mantiene los lazos jurídicos entre el adoptado y su progenitor de origen (Herrera, 2015).

Para concluir con este punto diremos que a lo largo de su desarrollo quedó claro que la adopción de integración se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente. Con el análisis de diferentes autores se pudo vislumbrar que su finalidad radica en reconocer la existencia de una familia ensamblada e integrarla, posibilitando así la consolidación jurídica de un vínculo socioafectivo preexistente entre el progenitor afín y el hijo/a de su pareja.

También se pudo observar como hoy en día, el CCyC regula a la adopción de integración como un tipo autónomo, con sus propias reglas y procedimiento. Con respecto a ello, la norma comienza regulando los efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, dejando en claro que el vínculo filial que tiene el niño con su progenitor conviviente se mantiene intacto. Luego, al regular los efectos entre adoptado y adoptante, establece que la adopción podrá ser de carácter plena o simple, dependiendo de si el niño tenga doble o simple vínculo filial de origen. De todas maneras, el Código le otorga facultades al juez para decidir en el caso concreto qué efectos tendrá la adopción, con lo cual pudimos apreciar que nuestro ordenamiento no es tan tajante y admite flexibilización en caso que se compruebe que eso es en interés superior del niño.

Siguiendo con el desarrollo pudimos contemplar que en el proceso de este tipo adoptivo, si bien se aplican algunas reglas generales de la adopción, hay otras reglas que no se aplican, y esto se debe a la especialidad de las circunstancias que le dan sustento a la adopción de integración. Así, por ejemplo, el adoptante no requiere estar

previamente inscripto en el registro de adoptantes; no se aplican las prohibiciones en materia de guarda de hecho; no se requiere declaración de situación de adoptabilidad; no se exige previa guarda con fines de adopción y no rige el requisito relativo a que las necesidades afectivas y materiales no puedan ser proporcionadas por su familia de origen.

Por último, pudimos observar que el Código permite la revocación de la adopción de integración, haya sido ésta otorgada con carácter simple o pleno (configurando éste último caso una excepción al principio de irrevocabilidad de la adopción plena).

4.- Relación entre la figura del progenitor afín y la adopción de integración

Con el objetivo de integrar todo lo desarrollado en los capítulos del presente TFG y que se termine de comprender el interrogante planteado, en este apartado resumiremos la conexión entre la figura del progenitor afín y la adopción de integración.

Como se pudo observar a lo largo del trabajo, se trata de dos figuras íntimamente vinculadas, ya que ambas configuran respuestas que el Código introdujo para otorgar reconocimiento y protección al vínculo que se genera entre el progenitor afín y el hijo/a de su cónyuge o conviviente, en el marco de la familia ensamblada. Al mismo tiempo, se diferencian porque una (las normas que regulan los deberes y derechos del progenitor afín en los art. 672 al 676) se encuentra en la esfera del ejercicio de funciones parentales, y la otra (adopción de integración) en la esfera de la filiación.

El rol del progenitor afín es regulado en nuestro Código de manera plurifacética, de diversos modos que incluye desde la regulación de su responsabilidad y obligaciones, pasando por la posibilidad de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y también la alternativa de la filiación (Basset, 2015)¹⁵.

La adopción de integración ya se encontraba regulada en el Código Civil anterior aunque de forma diferente, en disposiciones sueltas y no sistematizadas. El régimen derogado tenía una mirada restrictiva sobre esta institución y el único supuesto

¹⁵ Recuperado el 02/02/2019 de: <http://www.saij.gob.ar/ursula-basset-responsabilidad-parental-frente-figura-progenitor-afin-dacfl60462-2015-08-17/>

que establecía era la adopción del hijo del cónyuge y sólo era posible con carácter simple (Herrera, 2015).

Hoy en día, tal como se expuso en este capítulo III, la adopción de integración es regulada de forma autónoma y sistematizada, permitiéndose tanto la adopción del hijo del cónyuge como del conviviente, pudiendo tener el carácter de simple o plena.

Por su parte, la figura del progenitor afin encontró su recepción legislativa recién con el nuevo Código Civil y Comercial.

Podemos observar que son varias las respuestas que brinda el Código, y todas se presentan como beneficiosas para el menor, aunque con distinto grado de intensidad. En el presente trabajo se analizaron cuáles son las opciones jurídicas que el ordenamiento reconoce al progenitor afin, para luego indagar cuándo, desde el interés superior del niño, se justifica otorgarle la adopción de integración del hijo/a de su cónyuge o conviviente. Teniendo en cuenta la multiplicidad fáctica que se puede generar en las familias ensambladas, parece acertado que el Código haya introducido obligación del progenitor afin independientemente que se concrete o no la adopción del menor por parte de éste. De esta manera, el Código protege al menor que no ha entrado en un proceso de adopción pero, dota de posibilidad jurídica concreta para lazos socioafectivos que puedan entablarse con carácter filial. A continuación, indagaremos bajo qué argumentos la jurisprudencia argentina otorga carácter filiatorio a relaciones socioafectivas entre el progenitor afin y el hijo afin.

5.- Fallo: “P.F.R. S/ADOPCIÓN”

En los autos caratulados “P.F.R. S/ ADOPCIÓN”, de la Cámara 2da de apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala 3., con fecha 5 de abril de 2018, se ha resuelto un recurso de apelación interpuesto por la madre biológica y el pretense adoptante, rechazando el mismo y confirmando la sentencia de primera instancia.

En cuanto a los hechos de la causa, se otorga la adopción de integración con efecto de plena del menor, a favor del marido de su progenitora, imponiendo al niño el apellido del adoptante. La progenitora del menor y el pretense adoptante contrajeron matrimonio en el año 2006 y tienen dos niños en común, quienes son hermanos

unilaterales del pretense adoptado. Es importante destacar el hecho de que el niño no ha tenido vinculación alguna con su progenitor biológico y tampoco con el entorno familiar de éste, encontrándose a cargo del pretense adoptante desde el primer año de edad. Además, el niño se encuentra absolutamente integrado al nuevo grupo familiar, constituyendo una familia sólida, madura y con afecto manifiesto.

Por su parte, en cuanto a la historia procesal, el juez de primera instancia hace lugar a la demanda, decide otorgar la adopción integrativa con efectos de plena en los términos de los arts. 630 y 631 del CCyC, sin flexibilización alguna e impone al niño el apellido del adoptante. Sin embargo, la madre del niño y su marido (el adoptante) interponen recurso de apelación. El recurso es concedido y llega a la Cámara 2da de apelaciones en lo civil y comercial de la plata, sala 3. En la apelación los recurrentes se consideran agraviados porque el juez de primera instancia no se expidió respecto al pedido de privación de responsabilidad parental del padre biológico del menor, lo que fue solicitado expresamente en la demanda instaurada, y agregan que, mantener vínculo jurídico entre el menor de autos y su progenitor de origen coloca al primero en situación de vulnerabilidad, ya que conserva la posible obligación alimentaria en un futuro, entre otras cuestiones, hacia un padre o una familia ausente, que jamás se preocupó por saber cómo se encontraba (y quien tampoco se ha presentado en este proceso). El agravio, para los recurrentes, radica en la omisión de pronunciamiento sobre el planteo de privación de la responsabilidad parental del progenitor biológico del niño, que debe ser consignado claramente en el resolutorio recurrido. Entienden que el decisorio mantiene el vínculo jurídico entre el niño y su padre biológico y que la a quo debía liberar al menor de esta situación, porque la privación de la responsabilidad parental requiere de una declaración judicial (sentencia).

Sin embargo, la cámara sostuvo confirmar la sentencia apelada, pero sin costas a tenor de lo resuelto.

En cuanto al razonamiento del tribunal, contamos con el voto de la mayoría y con la disidencia.

Comenzado por la disidencia (la cual fue parcial), el doctor Soto sostuvo:

Puntualizando en lo que aquí interesa debe señalarse que el artículo 630 del mismo cuerpo legal explica que la adopción de integración siempre mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o

conviviente del adoptante. Como bien se señala, este tipo de adopción tiene una finalidad u objetivo diferente a la adopción en general. En esta última, el niño o adolescente se integra a una familia que no es la de origen o ampliada y en cambio, en la primera y que aquí se analiza, es el pretense adoptante adulto el que procura integrarse a la familia del niño o adolescente. Esta diferencia sustancial hace que la regulación en uno y otro caso sean bien disímiles, más allá de compartir la posibilidad de que el tipo adoptivo sea simple o pleno, según la situación afectiva que se observe y esta consideración opera para ambos, adopción de integración como adopción general.

El magistrado señala que la adopción de integración, regulada en el art. 630, presenta muchas diferencias con la adopción en general (partiendo del hecho de que su finalidad no es la misma), lo que hace que la regulación de ambas sean disímiles. Sin embargo, resalta que comparten algunas reglas que operan para ambas, entre ellas, la posibilidad de que el tipo adoptivo sea simple o pleno, según la situación afectiva que se observe.

Seguidamente, el magistrado dice:

En esta dirección, el artículo 621 del Cód. Civil y Comercial dispone que “el juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño. Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción”.

Como vemos, de lo sostenido por el magistrado se comprende la importancia del interés superior del niño y su aplicación en cuestiones de adopción. Remarca que el art. 621 del CCyC, dispone que será el juez quien, según las circunstancias del caso y atendiendo al interés superior del niño, decidirá qué tipo de adopción corresponde otorgar, simple o plena. También resalta que la norma le otorga la facultad para flexibilizar los tipos adoptivos y determinar con qué extensión la otorgará, pero

teniendo en cuenta siempre que sea lo más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados.

Siguiendo por ese camino, sostiene:

La incorporación de esta norma ha impuesto a los jueces un análisis más profundo de los antecedentes familiares, referentes afectivos e historia particular de la vida del adoptado y de su familia de origen y adoptiva, a fin de determinar cuáles son los efectos que en caso concreto atienden al superior interés del niño o adolescente.

El magistrado explica que el juez, con el objetivo de lograr el cumplimiento del interés superior del niño, debe realizar en cada caso concreto un análisis profundo de la historia particular del adoptado, de su familia de origen y adoptiva, para poder determinar así, con qué efectos corresponde otorgar la adopción de integración (con efecto simple o pleno).

También expresa:

En el contexto señalado debe considerarse que el principio favor minoris, con expresa recepción en los arts. 3° y 5° de la ley 26.061, conforme el cual, ante la posible colisión o conflicto entre los derechos e intereses de los menores, en oposición a otros derechos e intereses igualmente legítimos, han de prevalecer los primeros (en el mismo sentido, art. 4°, ley 13.298), adquiere una mayor preponderancia objetiva, en tanto el principio de precaución exige valorar primordialmente los riesgos, daños futuros y otras consecuencias de la decisión, en la seguridad de los niños.

Se puede observar que aquí el magistrado explica los principios en los que se apoya para entender que la sentencia debe pronunciarse acerca de la extinción de la responsabilidad parental del padre biológico no conviviente. Estos son el principio favor minoris y el principio de precaución.

Con respecto al caso en cuestión, el magistrado ha dicho:

Siendo ello así, la paternidad no puede constituir una omnipotestad biológica que confiera impunidad a su titular para incursionar en experiencias abandonicas o desarraigantes que dejen secuelas irreparables a los hijos durante el resto de su vida, por lo que quienes han sido dotados de la aptitud de engendrar no pueden ir y

volver sobre sus pasos irresponsable e impunemente. El necesario punto de inflexión debe encontrarse en el superior interés del menor, y en este aspecto aparece la posibilidad de que los niños objeto de tales desatinos sean pasibles de adopción, no como consecuencia de una sanción impuesta a los padres, sino como un remedio para los hijos, resultando en definitiva irrelevante, en principio, el motivo por el cual se produjo el abandono o desamparo que los coloca objetivamente en grave peligro material o moral.

El magistrado expresa claramente que, cuando se da una situación de abandono por parte del padre biológico respecto al hijo, se debe tomar como guía el interés superior del niño y permitir que el menor que se encuentra en dicha situación sea pasible de adopción. Y que esa posibilidad no sea como consecuencia de una sanción impuesta a los padres por su actitud abandonónica e irresponsable, sino como remedio para el niño. Entiende que la paternidad no puede constituir una omnipotestad biológica, que confiera impunidad a su titular.

Por todo lo expuesto concluye que debe otorgarse la adopción de integración con efectos de plena, tal como fuera decidido en la instancia de origen, y, conteste con el apelante, disponerse la privación de la responsabilidad parental del padre biológico respecto de su hijo; debiéndose inscribir tal decisión en el Registro de las Personas correspondiente.

Por su parte, votan por la afirmativa, la doctora Larumbe y el doctor Hankovits, quienes exponen:

Entiendo que el recurso no ha de merecer favorable acogida y, ello es así porque, los quejosos parecieran no haber advertido que como la adopción que por integración se acordara al Sr. S. lo ha sido en el carácter de plena, en los términos de los arts. 630 y 631 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y "...sin flexibilización alguna..." (ver fs. 122 vta.); considero, no corresponde, tal como explicaré en lo que sigue, pronunciarse sobre los vínculos jurídicos entre el menor F. R. y su padre biológico.

Los magistrados adelantan su decisión y, disintiendo con el colega preopinante expresan que, al otorgarse la adopción por integración con efectos de plena y sin

flexibilización alguna, no corresponde pronunciarse sobre los vínculos jurídicos entre el menor y su padre biológico.

Luego, la mayoría expresa:

Si la adopción integrativa decidida ha sido acordada con los efectos de una adopción plena y, si la característica distintiva de esta última sigue estando dada por la extinción de los vínculos con la familia anterior, ilógico resulta expedirse sobre la responsabilidad parental del Sr. G. R. P., pues su vínculo con F. R. obra extinto desde el 11 de agosto de 2016 y ello en función de lo que emerge de la sentencia recurrida.

Los magistrados explican que en el caso en cuestión la adopción integrativa fue otorgada con carácter pleno y el efecto que el Código le otorga a la adopción plena es la extinción de los vínculos jurídicos con la familia anterior, por ende resulta ilógico expedirse sobre la responsabilidad parental del padre biológico no conviviente, ya que el vínculo obra extinto, y esto emerge de la sentencia recurrida.

Por último, la mayoría ha dispuesto:

En la especie no existió pedido de parte alguna, ni hubo consecuentemente motivos fundados dados por la a quo —como lo exige la última norma citada— para que en la adopción plena otorgada se mantengan vínculos jurídicos con algún miembro de la familia de origen del padre biológico, incluido este (v.gr.: primos, abuelos, tíos, etc.), por lo que la pretensión denunciada por el recurrente (fs. 131 vta.) no es tal ya que lo requerido se deriva de lo resuelto jurídicamente por el sentenciante, a tenor de la normas aplicables. Pretender invertir la carga, como demanda el impugnante en su apelación —esto es que expresamente se determine la extinción de todo lazo jurídico con F. con el padre biológico— (ver fs. 132 y vta.), es desconocer el alcance explícito de los preceptos legales actuados en el decisorio puesto en crisis, en los términos del mandato judicial dictado.

Podemos observar como los magistrados remarcan que lo requerido por la progenitora y el adoptante ya se encuentra resuelto jurídicamente por la sentencia de primera instancia y por ende, solicitar que expresamente se determine la extinción del lazo jurídico del menor con el padre biológico implica un desconocimiento del alcance explícito que la norma le otorga a la adopción de integración cuando en concedida con

carácter de plena; más aun teniendo en cuenta que no existió pedido de parte ni hubo motivos fundados para que en la adopción plena otorgada se mantengan vínculos jurídicos con algún miembro de la familia de origen del padre biológico, incluido este.

Por tanto, se confirmó la sentencia de primera instancia.

5.1.- Comentario al fallo.

Siendo que el objeto del presente trabajo final de grado es indagar la procedencia de la adopción del progenitor afín, aquí nos encontramos con una sentencia que otorga la adopción por integración con efecto plena. Sin embargo, la madre biológica y el pretense adoptante se han sentido agraviados ya que en primera instancia el juez no se ha expedido privando la responsabilidad parental al padre biológico que no generó lazo afectivo ni nunca tuvo contacto, siquiera su familia, con el menor adoptado, considerando que al no privar dicha responsabilidad coloca al menor en una situación de vulnerabilidad siendo que conserva la posible obligación alimentaria a un padre ausente, entre otras, lo que consideran injusto. Así, apela la sentencia solicitando que la Cámara se expida sobre la privación.

Ahora bien, el voto de disidencia se expide y declara la privación. Mientras que la mayoría sostiene que va de suyo que cuando la adopción es con carácter plena el efecto es la extinción del vínculo anterior.

Cabe preguntarse, ¿está justificada la decisión que toma la Cámara? ¿Este fallo contradice el principio de imposibilidad de doble vínculo parental? El fallo está justificado ya que, si se conoce los efectos de la adopción plena, se reconoce que extingue todo vínculo anterior y produce vínculos nuevos, incluso con la familia del adoptante. En este sentido, la extinción del vínculo anterior se deriva de esta declaración de adopción con carácter pleno y no habría doble vínculo con el padre biológico y el adoptante.

El caso, al presentar el menor doble vínculo filial de origen, encuadra en art. 631 inc. "b", el cual establece: "si el adoptado tiene doble vínculo filial de origen se aplica lo dispuesto en el artículo 621", y este último art. mencionado dispone claramente que será el juez quien decida, teniendo en cuenta el interés superior del niño, si procede la adopción simple o plena, y la extensión de sus efectos (es decir, flexibilizar algunos

efectos o no). En este caso, el juez de primera instancia ha decidido otorgarla con carácter pleno sin flexibilización alguna, por ende debemos remitirnos al art. 620, el cual al regular la adopción plena establece que extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen (con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales). Podemos observar que la norma, expresamente establece que el efecto es la extinción de los vínculos. Obviamente la extinción del vínculo opera respecto al progenitor no conviviente y su familia, puesto que en la adopción de integración siempre se mantiene subsistente el vínculo jurídico con el progenitor de origen que convive con el menor. Así las cosas, no parecería necesario hacer una declaración expresa sobre la privación de responsabilidad parental.

6.- Fallo: “S., G.A. S/ ADOPCION SIMPLE”; EXPTE. N° 90.832/13

En los autos caratulados “S., G.A. S/ ADOPCION SIMPLE”, el Juzgado de Familia N° 2 de Corrientes, con fecha 12 de agosto de 2015, ha resuelto una demanda de adopción de integración simple de la menor de edad M.A.G., interpuesta por el Sr. G.A.S., cónyuge de la progenitora de la menor y pretense adoptante, la cual fue otorgada por la jueza.

En cuanto a los hechos de la causa, se presenta el Sr. G.A.S. y solicita la adopción simple de la hija de su cónyuge (la niña M.A.G.). El pretense adoptante comenzó una relación con la madre de la niña en el año 2004 y contrajeron matrimonio en el año 2009. La cónyuge, fruto de un matrimonio anterior, tuvo a la niña M.A.G., quien, si bien fue reconocida por su padre biológico (F.E.G.L.) se expone que éste nunca demostró interés para sostener la relación paterno-filial y que no se vincula con ella desde los 3 o 4 años de edad de la niña. Desde la unión con su cónyuge la menor ha sido tratada como hija, al igual que su hermano unilateral (hijo del pretense adoptante y la madre de la niña) y se encuentra integrada al nuevo núcleo familiar formado por su madre, tanto así que la niña quiere llevar el apellido del cónyuge de su madre, ya que lo considera como su padre.

Por su parte, con respecto a la historia procesal, se presenta el Sr. G.A.S. y solicita la adopción simple de la menor de edad M.A.G., hija de su cónyuge, Sra. M.L.G. y del Sr. F.E.G.L. A dicha acción se opone rotundamente el padre biológico no

conviviente de la niña, quien se presenta ,contesta demanda, niega los hechos invocados por el actor (alegando que durante estos años no tuvo contacto con su hija por cuestiones relacionadas a actitudes hostiles de la madre, como por ejemplo mudarse de ciudad, no atender los llamados, etc., aunque reconociendo también que fue un error suyo no exigir judicialmente un régimen de visitas con su hija menor de edad), solicita se rechace la demanda, y expresa que desea mantener el contacto fluido y constante con su hija, manteniéndose todos y cada uno de los lazos afectivos con la misma. La jueza resuelve otorgar la adopción integrativa con carácter simple, que la menor sea inscripta con el apellido del adoptante y de su progenitora, y, a la vez, establece que se mantendrá subsistente el vínculo jurídico con su progenitor biológico y su familia extensa.

Para llegar a tal pronunciamiento la jueza ha razonado: “En estos términos ha quedado trabada la litis y cabe tener presente que la principal destinataria del fallo es M. A.; por ello la pauta orientadora para resolver la presente cuestión será su mejor interés”.

Dando comienzo a su razonamiento, la jueza remarca que la principal destinataria del fallo es la menor, y por ende será su mejor interés la pauta orientadora para resolver la adopción. Se puede ver la importancia que reviste el principio del interés superior del niño en estos casos.

Luego, la magistrada expone:

La acción fue promovida con el objeto de obtener la adopción simple de la adolescente M. A. y encontrándose vigente el nuevo ordenamiento que regula la adopción de integración, entiendo que esta modalidad se ajusta a los hechos denunciados por las partes.

La magistrada explica que con la modificación del Código Civil se ha incorporado la modalidad de la adopción de integración, y entiende que esta modalidad es la que se adapta a la situación planteada.

También la jueza ha dicho:

La adolescente manifestó en todo momento, sin duda alguna, sentir al Sr. S. como padre y expresado claramente su voluntad de llevar su apellido. Teniendo en cuenta los informes incorporados en autos, testimoniales y lo expresado por la adolescente, la adopción de integración resulta procedente.

En virtud de lo antes expuesto se puede apreciar cómo en el proceso se hizo efectivo el derecho de todo niño a ser oído, y que su opinión sea tenida en cuenta. La jueza tuvo en cuenta las manifestaciones de la niña quien expresó querer al cónyuge de su madre como su verdadero padre y desear llevar su apellido ya que se siente identificada con él.

Con respecto al padre biológico de la menor, la jueza expresó:

Sin perjuicio de la casi nula relación con su padre biológico, considero necesario e ineludible que la adolescente cree un vínculo con éste para su desarrollo saludable. Es necesario que M. A. conozca sus orígenes, e intente revincularse con su progenitor biológico, lo que estimo redundará en su beneficio. Para ello es necesario que el padre, Sr. G. L., demuestre su interés de construir un vínculo afectivo. Con la presente acción se pretende que M.A. amplíe vínculo y no extinguirlos. En consecuencia, la presente adopción será otorgada con carácter simple.

Se puede observar cómo la jueza decide que en este caso la adopción tendrá carácter simple y, en consecuencia, se mantendrá el vínculo jurídico con el progenitor biológico no conviviente y su familia. Para tomar dicha decisión consideró que sería beneficioso para la menor revincularse con su progenitor biológico.

6.1.- Comentario al fallo.

Tal como se ha podido vislumbrar, el razonamiento del Tribunal de la causa fue otorgar la adopción por integración con carácter simple. En este sentido, la adopción con carácter simple hace que permanezca el vínculo con el progenitor biológico no conviviente y la familia de dicho progenitor. De lo que surge del fallo bajo análisis, cabe cuestionar, ¿está justificada la decisión del Tribunal? La decisión que tomó la jueza es la correcta, ya que la niña presenta doble vínculo filial de origen y eso debe ser valorado por el juez. Si bien el progenitor biológico permaneció ausente por muchos años, se presentó ante el tribunal y manifestó su intención de revincularse con su hija y que no se extinga el vínculo. Por otra parte, el fallo cumple con el interés superior del

niño, el derecho a ser oído y con la finalidad de la adopción de integración, reconociendo la relación entre el pretense adoptante y la hija de su cónyuge, generando un nuevo vínculo jurídico e integrando así la familia ensamblada que existe en los hechos. Ahora bien, el justificativo que otorga la jueza para la adopción simple es el mejor desarrollo para la adolescente si se logra la revinculación con el padre biológico.

Así, la jueza ha entendido que, más allá de la casi nula relación con su padre biológico, es ineludible que la adolescente cree un vínculo con éste para su desarrollo saludable. ¿Es esto cierto? ¿Es la revinculación necesariamente saludable?. Para responder a la pregunta hay que atender al caso concreto, y aquí estamos ante un padre que a pesar de lo que sucedió en el pasado, tiene intenciones de revincularse con su hija. Parece sensata la decisión de la jueza porque al otorgar la adopción con efecto simple deja abierta la puerta para que la menor, por su propia voluntad y sin presiones, pueda tener la posibilidad en un futuro de revincularse con su padre biológico. De esta manera, no debemos asumir que siempre la revinculación sea necesaria, sino sólo cuando es lo mejor para el niño, niña o adolescente, como es el caso bajo análisis. Entendemos que la adopción simple es la mejor solución para el caso.

7.- Conclusión parcial

En el capítulo III del presente TGF se abordó la adopción de integración, la cual significa una gran posibilidad para consolidar jurídicamente el vínculo entre el progenitor afín y el hijo/a de su cónyuge o conviviente.

Para llegar a comprender las particularidades de este tipo adoptivo, se comenzó por el análisis de las nociones generales sobre la adopción. Así, en primer lugar, quedó claro que en la adopción, el vínculo es creado mediante una sentencia judicial, generando ésta el emplazamiento judicial en estado de hijo. También se pudo advertir que hoy en día el niño constituye el eje central de esta institución y su finalidad es proteger el derecho de todo niño, niña o adolescente a vivir en una familia.

Continuando con el desarrollo se pudo apreciar que el CCyC reconoce 3 tipos de adopción: simple, plena y de integración, cada una con sus propias características y efectos. Además, una de las cosas más interesantes y novedosas que introdujo la reforma del Código en relación a esta temática es la posibilidad de flexibilizar los tipos

adoptivos, lo cual significa que el juez puede, a pedido de parte y con motivo fundado, atemperar los efectos de la adopción plena o extender los efectos de la adopción simple, siempre teniendo en cuenta las circunstancias del caso y el interés superior del niño.

Siguiendo con el curso de la investigación, llegamos al tema central del capítulo, este es, la adopción de integración. Pudimos observar que este tipo adoptivo se configura cuando se adopta al hijo/a del cónyuge o del conviviente, y, mediante el análisis de diferentes autores, comprendimos que su finalidad radica en reconocer la existencia de una familia ensamblada e integrarla, posibilitando así la consolidación jurídica de un vínculo socioafectivo preexistente entre el progenitor afín y el hijo/a de su pareja. Hemos podido apreciar que la integración se puede visualizar desde dos perspectivas: desde la del niño, niña o adolescente, permite integrarlo al nuevo núcleo familiar formado por su padre o madre, y desde la perspectiva del progenitor afín, permite integrarlo al núcleo familiar constituido primigeniamente entre su pareja y el hijo/a de esta.

También se analizó la actual regulación que el Código Civil y Comercial establece para la adopción de integración, y se pudo apreciar que se presenta como un tipo autónomo, con sus propias reglas y procedimiento. Vimos que el articulado regula aspectos puntuales de este tipo adoptivo y da respuestas a ciertos conflictos que pueden presentarse. Para comenzar, la norma deja en claro que en este tipo adoptivo siempre mantiene incólume el vínculo jurídico entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante. Luego, al pretender analizar los efectos entre el adoptante y el adoptado, nos surgió el interrogante ¿sólo es posible la adopción afín en caso que no se pueda identificar uno de los progenitores o puede darse la situación en la que estén identificados ambos progenitores del menor y proceda la adopción?. Del análisis de la norma se desprende que si el adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, procede la adopción con carácter plena, mientras que si el adoptado tiene doble vínculo filial de origen será el juez quien decida si se debe otorgar la adopción, en caso afirmativo, si esta debe ser con carácter simple o plena. De todas maneras, el Código le otorga facultades al juez para decidir en el caso concreto qué efectos tendrá la adopción, con lo cual pudimos apreciar que nuestro ordenamiento no es tan tajante y admite flexibilización en caso que se compruebe que eso es en interés superior del niño. Creemos que en los casos en los que presenta doble vínculo filial de origen, para decidir sobre la adopción y sus efectos, es muy importante ver en el caso concreto cuál es el

grado de vinculación que tiene el niño con el progenitor no conviviente, y si ambos progenitores de origen están presentes y ejercen correctamente su función parental, no corresponde aplicar esta solución, sino que resultarían aplicables las reglas relativas a la figura del progenitor afín.

En una última instancia, hemos analizado dos sentencias, una de adopción de integración plena y otra simple, en las que se puede apreciar como los jueces aplican las normativas analizadas en este capítulo.

El primer caso fue resuelto el 5 de abril del 2018, por la Cámara 2da de apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala 3. En el caso en cuestión, el juez de primera instancia hace lugar a la demanda interpuesta por la madre biológica del niño y por el pretense adoptante, resolviendo otorgar la adopción integrativa con efectos de plena en los términos de los arts. 630 y 631 del CCyC, sin flexibilización alguna e imponer al niño el apellido del adoptante. Sin embargo, la madre del niño y su marido (el adoptante) interponen recurso de apelación, el cual es concedido y llega a la Cámara antes mencionada. En la apelación los recurrentes se consideran agraviados porque el juez de primera instancia no se expidió respecto al pedido de privación de responsabilidad parental del padre biológico del menor. La decisión de la Cámara fue confirmar la sentencia apelada y esgrimió que en el caso en cuestión la adopción integrativa fue otorgada con carácter pleno y el efecto que el Código le otorga a la adopción plena es la extinción de los vínculos jurídicos con la familia anterior, por ende resulta ilógico expedirse sobre la responsabilidad parental del padre biológico no conviviente, ya que el vínculo obra extinto, y esto emerge de la sentencia recurrida. Solicitar que expresamente se determine la extinción del lazo jurídico del menor con el padre biológico implica un desconocimiento del alcance explícito que la norma le otorga al instituto.

El segundo caso fue resuelto el 12 de agosto de 2015 por el Juzgado de Familia N° 2 de Corrientes. En este caso se demanda la adopción de integración simple de una menor, por parte del cónyuge de su progenitora. La cónyuge, fruto de un matrimonio anterior, tuvo a la niña (pretense adoptada) quien, si bien fue reconocida por su padre biológico, éste nunca demostró interés para sostener la relación paterno-filial y no se vincula con ella desde los 3 o 4 años de edad de la niña. A dicha acción se opone rotundamente el padre biológico no conviviente de la niña, quien al presentarse en el proceso solicita se rechace la demanda y expresa que desea mantener el contacto fluido

y constante con su hija, manteniéndose todos y cada uno de los lazos afectivos con la misma. La jueza resuelve otorgar la adopción de integración con carácter simple y mantener el vínculo jurídico con el progenitor biológico no conviviente y su familia. La jueza entendió que esta solución es la que redundaría en más beneficios para la menor.

En ambos casos se pudo observar el rol preponderante que la nueva legislación le asigna al juez de familia, ya que sobre él recae la responsabilidad de otorgar la adopción con carácter plena o simple, valorando las circunstancias del caso concreto. Y se destaca que para resolver, los jueces tuvieron como principal guía el interés superior del niño y su derecho a ser oídos en el proceso.

Conclusión final

La pregunta que ha guiado esta investigación fue, *desde el Interés Superior del Niño ¿Cuándo se justifica otorgar al “Progenitor afín” la adopción por integración del hijo/a de su cónyuge o conviviente?*

Nuestra hipótesis fue sostener que si el progenitor afín generó un vínculo afectivo familiar con el menor, si contribuye a integrar a la familia ensamblada y es lo mejor para el interés superior del niño, niña o adolescente, el juez debe otorgar la adopción de integración. Pero el alcance de dicha adopción (con carácter simple o plena), debe ser analizado en cada caso concreto para que el reconocimiento jurídico se realice de manera acorde a las múltiples y diferentes situaciones de hecho que se presenten y sea justa para los niños, niñas y toda la familia.

De esta manera, la hipótesis ha quedado corroborada. Ello, ya que a lo largo del trabajo pudimos vislumbrar cómo la adopción de integración contribuye a consolidar jurídicamente tanto la familia que existe en los hechos, es decir, la familia ensamblada, como el vínculo entre el progenitor afín y el hijo/a de su pareja.

Las modificaciones introducidas por el actual Código Civil y Comercial, han significado un gran avance normativo, regulando situaciones fácticas que antes no se encontraban contempladas por el derecho, otorgando respuestas para situaciones que pueden presentarse en las familias ensambladas y presentándole varias posibilidades al progenitor afín. Con respecto a ellas, consideramos que la regulación del progenitor afín que presenta el Código en los art 672 a 676 configura un gran acierto. Eso, ya que ayuda considerablemente al reconocimiento de la familia ensamblada y protege a los niños, niñas y adolescentes que viven en dicho núcleo familiar. Sin embargo, aunque la adopción de integración permite consolidar jurídicamente el vínculo socioafectivo que existe entre el progenitor afín y el hijo afín, llevándolo al campo de la filiación y otorgándoles el estado jurídico de madre/padre e hijo/hija, los deberes y obligaciones para el progenitor afín no dependen del proceso de adopción y emergen independientemente de la concreción de ésta.

El reconocimiento de la figura del progenitor afín, la asignación de un rol específico dentro de la familia ensamblada, la adjudicación de derechos y deberes y las

posibilidades que el Código le brinda, como lo es la adopción de integración, tienen su fuente en la socioafectividad. Que el derecho reconozca que en el seno de la familia ensamblada surgen relaciones que tienen su fuente en el afecto y en la voluntad de cumplir un rol parental, como es el caso de la relación entre el progenitor afín y el hijo afín, contribuye con la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que viven en dicho núcleo familiar y está íntimamente vinculado con el principio de interés superior del niño, ya que suelen ser figuras que suman en la vida del menor, que colaboran en la crianza y las actividades cotidianas de éste, convirtiéndose en referentes afectivos. Muchas veces puede suceder que el lazo afectivo que se genera entre ambos sea igual o más fuerte que el lazo biológico. Además, es importante destacar que, al otorgarle reconocimiento a este vínculo también se lo está dotando de responsabilidades, y esto configura un elemento más de protección hacia las personas más vulnerables dentro de esta constitución familiar, es decir, los niños, niñas o adolescentes.

Desde este punto de vista, la adopción de integración permite que se convalide jurídicamente el vínculo afectivo preexistente entre el adoptante y el adoptado, reconociendo así a quienes en los hechos ya se comportaban como padre/madre e hijo/hija y entre quienes se formó un verdadero vínculo con base en la convivencia, el afecto y la voluntad.

A raíz de lo desarrollado a lo largo de todo el TFG llegamos a concluir que cuando se presentan casos en los que el niño tiene un solo vínculo filial de origen (por ejemplo, por fallecimiento de un progenitor o por haber sido reconocido por un solo progenitor) o cuando presente doble vínculo filial pero no tenga contacto o el contacto sea escaso con su progenitor no conviviente, y a esto se suma el hecho de que se haya generado un lazo afectivo, se cumpla con el derecho del niño a ser oído durante el proceso y el juez entienda que es lo mejor para el interés del menor, se justifica otorgar la adopción de integración al progenitor afín. Por otra parte, cuando el niño presente doble vínculo y ambos progenitores estén presentes y cumplan activamente sus funciones parentales, no se justifica otorgarla y será suficiente con aplicar las normas que regulan los deberes y obligaciones del progenitor afín en los art. 672 a 676. De todas maneras será siempre el juez quien evalúe la conveniencia de la adopción para el niño en el caso concreto.

Para poder comprobar aquella hipótesis, este trabajo de investigación se dividió en tres capítulos. A lo largo del capítulo I pudimos observar los cambios que se produjeron en el derecho de familia, producto del impacto que tuvieron los nuevos paradigmas gestados por los Tratados de Derechos Humanos y el derecho constitucional/convencional. La aparición de nuevos principios como la constitucionalización del derecho privado, la socioafectividad y democratización de la familia, entre otros, han impactado en nuestro sistema jurídico provocando muchos cambios en la forma de ver a la familia, pasando el CCyC a reconocer y proteger las múltiples formas de organización familiar que existen y que antes se encontraban silenciadas. Así, pudimos observar cómo se abrió paso al reconocimiento de la familia ensamblada. La presente investigación giró en demostrar en primer lugar, porqué este tipo de familia merece protección y cuáles han sido los institutos claves que el Código Civil ha gestionado para concretar dicha garantía constitucional. Ahora bien, en el marco de la comprensión de los nuevos vínculos familiares que se generan en nuestra sociedad, este primer capítulo también esbozó una explicación sobre los menores y su protección en el marco de las familias ensambladas. Se ha sostenido que la Convención sobre los Derechos del Niño goza de jerarquía constitucional y que la ley nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes ha marcado un antes y un después en la concepción jurídica de la infancia y la adolescencia a través del reconocimiento de los derechos y principios propios de este grupo. Su idea central es el reconocimiento como sujetos de derechos, apropiados según su edad y madurez. Así, entramos al análisis de qué implica el Interés Superior del Niño y hemos entendido a este como un principio rector que proporciona un parámetro para resolver cualquier conflicto de intereses que involucre a menores, priorizando el mayor beneficio para ellos.

Así, pasamos luego a indagar la figura del progenitor afín y la adopción por integración. El capítulo II, entonces, ha tenido como objetivo desarrollar la figura del progenitor afín, pretendiendo conceptualizar y describir su actual regulación en nuestro Código Civil. De esta manera, se ha sostenido que la regulación ha otorgado claridad en torno a la función que el padre afín cumple, erigiendo los derechos y deberes que tiene dicho rol. La inclusión de esta figura cuenta con el respaldo de la doctrina de la socioafectividad. Ha resultado necesario entender que los vínculos no son sólo un dato genético. Los lazos no son meramente biológicos y hay que debilitar el elemento carnal

dando paso al elemento afectivo. De esta manera, la voluntad y el deseo de las personas por mantener sus vínculos es lo que el Código ha reforzado con la figura del progenitor afín. Tal como se ha mencionado, a partir de la reforma el progenitor afín cuenta con reglas claras en cuanto a cómo debe actuar y cuál es el rol que ocupa en la vida del hijo/a de su cónyuge o conviviente. A lo largo del desarrollo pudimos ver que esta figura no sólo tiene deberes como cooperar con su crianza y educación, realizar actos de la vida diaria que involucren al menor y adoptar decisiones de urgencia, entre otras, sino que además tiene a su cargo una obligación alimentaria a la cual el legislador le otorga el carácter de subsidiaria y transitoria. Por último, el Código permite que, mediando ciertas circunstancias, pueda asumir funciones específicas a través de dos figuras legales: la delegación de la guarda y el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental.

En el presente trabajo se analizaron cuáles son las opciones jurídicas que el ordenamiento reconoce al progenitor afín, para luego indagar cuándo, desde el interés superior del niño, se justifica otorgarle la adopción de integración del hijo/a de su cónyuge o conviviente. Teniendo en cuenta la multiplicidad fáctica que se puede generar en las familias ensambladas, parece acertado que el Código haya introducido obligación del progenitor afín independientemente que se concrete o no la adopción del menor por parte de éste. De esta manera, el Código protege al menor que no ha entrado en un proceso de adopción pero, dota de posibilidad jurídica concreta para lazos socioafectivos que puedan entablarse con carácter filial.

En el capítulo III, una vez comprendido que nuestro Código ha acertado cuando ha puesto en cabeza del progenitor afín ciertas obligaciones con el menor independientemente de que adopte por integración, hemos pasado a indagar cómo la reforma ha regulado este proceso de adopción, particular y distinto de otros procesos adoptivos.

Lo primero que hemos realizado en el capítulo III es una síntesis de la adopción simple y plena regulada en nuestro Código. La adopción por integración debe ser considerada autónoma y puede, a diferencia del Código anterior, otorgarse con carácter simple o plena. Para visualizar cómo nuestros magistrados están otorgando adopción por integración y bajo qué parámetro se concretiza la protección integral de niños, niñas y adolescentes en dichos procesos filiatorios, hemos trabajado con dos sentencias de nuestros tribunales argentinos. Y, en ambos casos se pudo observar el rol preponderante que la nueva legislación le asigna al juez de familia, ya que sobre él recae la

responsabilidad de otorgar la adopción con carácter plena o simple, valorando las circunstancias del caso concreto. Y se destaca que para resolver, los jueces tuvieron como principal guía el interés superior del niño y su derecho a ser oídos en el proceso. De esta manera, consideramos que siempre que el interés superior del niño, sobre la base de la doctrina de la socioafectividad, pueda constatarse por el juez de familia, ante el pedido del progenitor afín, debe la adopción por integración ser otorgada. Es otro acierto de nuestro Código haber dejado librado a los magistrados la posibilidad de decidir si dicha adopción debe tener carácter pleno o simple, y la extensión de sus efectos, siempre teniendo en cuenta el beneficio del menor en la preservación o disolución de los lazos biológicos y la instauración de un estado de familia sobre la base de un vínculo afectivo.

Bibliografía

Doctrina

- 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)*. Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015 , 197 • LA LEY 2015-C
- Basset, Úrsula. (2015). *La responsabilidad parental frente a la figura del progenitor afín*. Revista código Civil y Comercial, La Ley.
- Calá, María Florencia (2016). *La socioafectividad como fuente de vínculos jurídicos de carácter familiar (con especial referencia a la «familia ensamblada»)*. Recuperado de www.microjuris.com
- Cano, María Eleonora (2015). *La adopción de integración en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Publicado en: Revista Interdisciplinaria de Familia. Recuperado de <http://www.pensamientocivil.com.ar>
- Fleitas Ortiz de Rozas, Abel y Roveda, Eduardo (2011). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Fundamentos del Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (2012). Presentado por los integrantes de la Comisión, doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.
- González de Vicel, Mariela (2015a). *Adopción de Integración en el Código Civil y Comercial*. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/adopcion-de-integracion-en-el-codigo-civil-y-comercial-por-mariela-gonzalez-de-vicel/>
- González de Vicel, Mariela (2015b), comentario a los art. 594 a 637 del Código Civil y Comercial de la Nación, págs. 462 y ss. en: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Vol. Tomo II) / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015.
- Grosman, Cecilia. (2016). *La familia ensamblada. Normas e interrogantes que se plantean*. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Pág. 11-36, Rubinzal-Culzoni.

- Hernández Sampieri Roberto, Fernández Collado Carlos y Baptista Lucio Pilar. (2006). *Metodología de la Investigación*. México, D.F: Mc Graw Hill.
- Herrera Marisa, Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.
- Herrera, Marisa (2015). *Manual de derechos de las familias*. Abeledo Perrot.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída. (2014). *Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014*. Revista Jurídica La Ley. Recuperado de: <http://www.nuevocodigocivil.com/las-nuevas-realidades-familiares-en-el-codigo-civil-y-comercial-argentino-de-2014-por-aida-kemelmajer-carlucci/>
- Kowalenko, Andrea (2016). Filiación adoptiva .En Lloveras *Manual de Derecho de las Familias según el Código Civil y Comercial de la Nación*. Editorial Mediterránea.
- Lloveras, Nora (2016). Relaciones familiares en general. En *Manual de derecho de las familias Según el Código Civil y Comercial de la Nación*. Editorial Mediterránea.
- Medina, Graciela y Roveda, Eduardo Guillermo (2016). *Derecho de familia*. Abeledo Perrot S.A. Recuperado de: <https://proview-thomsonreuters-com.ebook.21.edu.ar/>
- Tavip, Gabriel (2016). Responsabilidad parental. En Lloveras *Manual de Derecho de las Familias según el Código Civil y Comercial de la Nación*. Editorial Mediterránea.
- Zanino, Bárbara (2016). *La “adopción de integración” como reconocimiento a otra forma de organización familiar y sus implicancias en los derechos humanos de niños, niñas o adolescentes*. Recuperado de : <http://www.nuevocodigocivil.com/la-adopcion-de-integracion-como-reconocimiento-a-otra-forma-de-organizacion-familiar-y-sus-implicancias-en-los-derechos-humanos-de-ninos-ninas-o-adolescentes-por-barbara-zanino-2/>

Legislación

- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.
- Constitución Nacional.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (DHDU).
- Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061. y Decreto Reglamentario 415/2006.
- Pacto de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Jurisprudencia

- Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala III. “P.F.R. S/ ADOPCION”. Sentencia de fecha: 05/04/2018.
- Juzgado de Familia N° 2- Corrientes. “S., G.A. S/ ADOPCION SIMPLE”; EXPTE. N° 90.832/13. Sentencia de fecha: 12/08/2015.

