



Fecha de recepción: 28/11/2015 - Fecha de aceptación: 21/12/2015

## **PROGENITOR AFÍN.** Problemas actuales y soluciones legales.

**Norberto Gabriel DEMICHELI**

Diplomatura en Derecho de Familia y Sucesiones.

UAI Universidad Abierta Interamericana.

Colegio de Abogados del Departamento Judicial Junín

**Sumario:** **I. INTRODUCCIÓN.** **II. PRIMERA PARTE.** II.1. ANTECEDENTES Y NOCIONES DEL SISTEMA ARGENTINO. II.2. ASPECTOS SOCIALES DEL FENÓMENO. II.2.1. Familia ensamblada. II.2.2. Soluciones jurisprudenciales. **III. SEGUNDA PARTE.** III.1. EL PROGENITOR AFÍN Y SU CALIFICACIÓN. III.2. DISPOSICIONES DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL UNIFICADO. **IV. CONCLUSIONES.** **V. BIBLIOGRAFÍA.** V.1. BIBLIOGRAFÍA DIGITAL

### **I. INTRODUCCIÓN**

El tema propuesto a efectos de la presentación del trabajo final individual sobre temáticas abordadas durante la Diplomatura de Derecho de Familia y Sucesiones, reviste una amplitud que se intentará acotar en su enfoque, con el desafío de ahondar en la investigación de cuestiones específicas que contiene el fenómeno, sin olvidarnos de algunos hitos o antecedentes por los que fue transitando a lo largo de los años. En consecuencia, en la primera parte, abordaremos algunos antecedentes, sistemas y jurisprudencia del asunto. En la segunda, nos centraremos en el enfoque jurídico del



fenómeno dentro de las disposiciones y la perspectiva del nuevo Código Civil unificado. Finalmente, reseñaremos las Conclusiones a las que arribemos.

## II. PRIMERA PARTE

### II.1. ANTECEDENTES Y NOCIONES DEL SISTEMA ARGENTINO

Dentro de un marco de ideas generales, y acotando el enfoque del estudio podemos decir que el tema propuesto “progenitor afin” entra en una problemática que si legislativamente tiene algunos antecedentes en el parentesco por afinidad del Código de Vélez, llega al presente dentro de un marco jurídico y social que lo consagra como una figura novedosa en nuestra legislación de fondo como más adelante desarrollaremos.

Dice el Dr. Guillermo A. Borda en su Tratado de Derecho Civil Argentino: *“entre los afines sólo se deben alimentos los suegros y el yerno o nuera (art. 368, C. Civil). No se justificaría extender más allá la obligación.” “Va de suyo que se requiere la existencia de un matrimonio válido”*<sup>1</sup>.

Está claro luego de la lectura de la cita, que los tiempos y las leyes han cambiado.

El moderno Derecho de Familia nos convoca a nuevos rumbos inexplorados, que impulsan con gallardía las soluciones del nuevo constitucionalismo, de la mano del sentido común.

En concreto, acotando el enfoque del sistema actual podemos observar que los vigentes contenidos de la ley 26.061, su decreto reglamentario y la letra de los pactos internacionales con jerarquía constitucional han redefinido el concepto clásico de Familia, por ejemplo, el art. 7 del decreto 415/2006 nos dice: *“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*

---

<sup>1</sup> BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Cuarta edición, Familia II, Ed. Perrot, 1969, p. 414.



*para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección.”*

En esta nueva perspectiva conceptual encontramos las obligaciones del Estado, entre otras, contenidas por la disposición del art. 29 de la misma ley: *“los Organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos...”*, como así, lo dispuesto por los art. 2, 3 y ccdds, de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros. En concreto, con este nuevo panorama jurídico y social, económico y cultural, nos encontramos con la incontrastable realidad consistente en que en la sociedad actual existen diversas estructuras familiares, donde adquiere relevante importancia el principio de “solidaridad familiar” en especial en la cooperación en el cuidado y educación del niño, niña o adolescente.

## II.2. ASPECTOS SOCIALES DEL FENÓMENO

### II.2.1. Familia ensamblada

Este nuevo fenómeno sociológico ha sido definido por el triunvirato encargado de la redacción del nuevo Código Civil Unificado, cuando en su fundamentación dice que familia ensamblada *“es aquella estructura familiar originada en el matrimonio o en convivencia de pareja, en la cual uno o ambos tienen hijos, nacidos con anterioridad a esta unión”*. La doctrina especializada también se ha ido encargando de definirla: *“La “familia ensamblada” es aquella que se constituye después de una separación, divorcio o viudez, cuando uno o ambos integrantes de la pareja tienen hijos de una unión anterior”*<sup>2</sup>. Esta designación, entre otras que han circulado en el contexto social, es la que actualmente evidencia mayor aceptación y, según nuestro entender, es la más adecuada porque simboliza los intercambios que tienen lugar entre el nuevo núcleo que se constituye y los grupos familiares precedentes. Por cierto, que *“dentro de esta denominación común, coexiste una variada gama de funcionamientos que reclaman*

---

<sup>2</sup> GROSMAN, C. y MARTÍNEZ ALCORTA, I. *Familias ensambladas: nuevas uniones después del divorcio, ley y creencias, problemas y soluciones legales*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2000.



*diferentes estrategias de apoyo*”<sup>3</sup>. Y en este esquema problemático, nos dice el art. 7 de la ley 26061, que *“la familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías”*.

## II.2.2. Soluciones jurisprudenciales

Luego del breve repaso por algunas nociones generales, es importante recordar precedentes que nos trae el tema propuesto. En el Derecho Francés, La Corte de Casación Francesa, sala civil 1ª, en fallo del 24/2/2006; "Christine X. v. Sophie" en aplicación del art. 377 del C. C. Francés, se consideró legal la posibilidad de una pareja homosexual (en el caso formada por dos mujeres) *“de compartir la crianza de hijos que biológicamente eran de una sola de ellas, alternando el ejercicio de la autoridad parental”*. Concluyó en virtud de dicho artículo que uno o ambos padres pueden delegarla, en forma total o parcial en otra persona. Nuestro máximo tribunal nacional dijo *“que, para finalizar, viene al caso recordar lo dispuesto recientemente en el decreto 415/2006, que aprueba la reglamentación de la ley 26.061 sobre "Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes". Así y mediante dicho acto, se reitera que el concepto "familia" o "núcleo familiar" no sólo comprende a los progenitores y a las personas vinculadas a los menores por líneas de parentesco, sino también 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”* (confr. decreto citado, art. 7º). CSJN; "A., F." 13/03/2007; LA LEY, 2007-B, 733 con nota de Jáuregui, Rodolfo G., DJ 2007-1 , 1071, ED, 222-309, JA, 2007-III-48 (Fallos 330:642).

Respecto de otros derechos se resolvió, por ejemplo sobre la comunicación: *“si bien es cierto que, en principio, podrían reclamar el régimen de comunicación con el menor únicamente las personas vinculadas entre sí por el parentesco, la normativa constitucional e infraconstitucional habilita la posibilidad a terceros que se erijan en personas afectivamente relevantes para los niños, con posibilidad de ser incluidas en el*

---

<sup>3</sup> HERRERA, M. y GROSMAN, C. “Una sentencia sencilla, una cuestión completa. El reconocimiento de las familias ensambladas en el ámbito jurídico”. *Derecho de Familia: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, T. II (2008), p. 59.



*concepto de familia, entendiéndose como tales 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” (Juzgado de Familia de Esquel, 03/06/2009, A., N. N. v. S., Abeledo Perrot N°: 1/70054132-4). Sobre alimentos, se dijo: “no obstante puede encuadrárselo como “padre solidario” o “progenitor afín” (nomen jus del anteproyecto de unificación del Código Civil y Comercial 2012, art. 672) justificado en la solidaridad familiar unido a la posesión de estado filial como ratio de su obligación ya que el cambio en la situación —cese de la mesada— puede ocasionar un daño en la vida de la pretensa adoptada cuando en la convivencia asumió el sustento de “su hija en el corazón”, conforme sus ingresos y las necesidades de la alimentada” (Trib. Coleg. Familia n° 5, Rosario, 10/5/12 (sentencia no firme) in re “B., P. T. s/guarda preadoptiva).*

En síntesis, vemos cómo en estos precedentes se va dejando atrás la vieja estructura del código velezano y se comienzan aplicar los nuevos postulados del moderno derecho de Familia.

### **III. SEGUNDA PARTE**

#### **III.1. EL PROGENITOR AFÍN Y SU CALIFICACIÓN**

Llegamos al nuevo Código Civil y Comercial Unificado ya promulgado y encontramos que este se encargó de definir la figura propuesta para este trabajo y en su art. 672 dice textualmente: “*se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente*”.

Al respecto, la doctrina especializada nos enseña que “*la reforma ofrece una doble estrategia ante el debilitamiento de lazos maritales. Por un lado la afirmación del principio de coparentalidad, es decir el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental. Por otro lado, el apoyo a la colaboración de la nueva pareja en el cuidado de los niños en el ámbito doméstico*”<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> CATALDI, M. M. “La responsabilidad parental”. *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Dir. RIVERA, J. C. y Coord. MEDINA, G. 2012, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 484.

### III.2. DISPOSICIONES DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL UNIFICADO

El nuevo Código Civil regula específicamente “Deberes y obligaciones del fenómeno” que tratamos. Nos dice el art. 673: *“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”*. En concreto, tales deberes implican a la vez “Derechos del progenitor afín”, tales como: a) cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro; b) realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico; c) adoptar decisiones ante situaciones de urgencia.

Esto no implica de ninguna manera desplazamiento de la figura materna o paterna, sino que suma afectos o vínculos significativos en la vida de los niños y adolescentes. La extensión de la función complementaria del padre o madre afín debe ser co-construida por el grupo familiar sobre la base de la colaboración. Esto significa acuerdos en la propia pareja conviviente y concordancias con el progenitor que no convive con los hijos.

Relativo a “Alimentos” dispone el art. 676 que *“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 duración de los vínculos”*.

Esta disposición se activa sólo a falta de parientes consanguíneos o cuando estos no tienen recursos. Sucede que si el progenitor afín ha sido el sostén del hogar en el que el niño vive, si tras la ruptura deja automáticamente de cubrir los gastos cotidianos, tal cambio repentino puede ser perjudicial para el hijo, por lo cual, en este supuesto de excepción, por aplicación del principio de solidaridad familiar, fija una cuota alimentaria temporaria.

En concreto, quien reclame al cónyuge (matrimonio regulado en el Libro Segundo, Relaciones de Familia, Título I, artículos 401 a 445) o al conviviente (Título



III, Uniones Convivenciales, arts. 509 a 528) deberá demostrar que ni él mismo, ni el otro progenitor como obligados principales, están en condiciones de suministrarlos en la cantidad suficiente para atender las necesidades, por eso el afín tiene responsabilidad subsidiaria. Por regla, cesa el llamamiento de la ley para cubrir los mentados alimentos en casos de disolución del vínculo conyugal o ante la ruptura de la convivencia.

La situación que pretende dar asidero a la norma, representa en la actualidad a numerosísimos conflictos familiares que se dan en la realidad en el seno de las familias ensambladas ante una crisis de pareja.

Lo investigado deja no obstante latentes para disipar en el futuro un par de dudas: el tiempo de duración de la condena y la participación en el juicio de alimentos del padre biológico.

Otra posibilidad legal reglada deriva en el ejercicio unipersonal de la responsabilidad parental por el "progenitor afín" (art. 674). Esta exige que se encuentre motivada o justificada por las razones enumeradas, taxativamente: "viaje, enfermedad o incapacidad transitoria" que le impidan al titular cumplir con la función en forma plena, o sea completa. Tal justificación requiere que exista imposibilidad absoluta, es decir entera o total del otro progenitor para asumirla. Aparentemente este recaudo podrá ser obviado cuando el juez valore como inconveniente o perjudicial que el último asuma dicho ejercicio, sustentando la solución, claro está, en prueba. Debe ser homologado judicialmente el pacto, salvo que ambos titulares estén de acuerdo.

Otra interesante introducción legislativa también es que la novel regulación en algunos supuestos tolera el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental con quien no tiene ningún vínculo de parentesco con el niño o adolescente y se lo reconoce por mantener un vínculo afectivo con quien sí reviste tal calidad: con el "progenitor afín" de uno de los padres. El art. 675 limita restrictivamente su campo de aplicación a los casos extremos, reveladores de situaciones urgentes que requieren *a priori* el auxilio urgente en el mentado ejercicio, aparentemente como una medida tuitiva que sumará posibilidades o alternativas de protección en beneficio del sujeto niño y del grupo familiar: "de muerte, ausencia o inhabilidad" del progenitor que no ejerce la responsabilidad parental y requiere como garantía de que la misma será en el caso concreto ventajosa para el niño, por la delicada función que asume. La mentada homologación supone la previa evaluación de la conveniencia de la medida realizable



por parte de los Equipos Técnicos judiciales, a la luz del mejor interés del niño, sopesando el dictamen del Ministerio Pupilar y siendo preciso recabar la opinión del niño o adolescente conforme a su grado de madurez y desarrollo para conformarlo (art. 707).

Los autores del Código comentado fundamentaron la solución en el principio de democratización de la familia, sosteniendo que, para alcanzarlo, el Código regula ciertos aspectos que involucran la llamada "familia ensamblada". En concreto, la norma admite el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental entre el progenitor que tiene a su cargo el cuidado del hijo y su pareja matrimonial o conviviente sobre el hijo del primero que vive con ambos. Este acuerdo: (a) exige homologación, (b) si existe algún desacuerdo; se prioriza la decisión del progenitor del niño y (c) se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial.

#### **IV. CONCLUSIONES**

Esta investigación nos ha servido para demostrar la importancia que revisten los nuevos postulados del moderno Derecho de Familia, no sólo desde el punto de vista técnico-jurídico, sino económico y social y también cultural; por eso el tema de la importancia del rol que juega el principio de la solidaridad familiar en las mutaciones jurídico-sociales a los efectos de su eventual aplicación jurisdiccional y en el ejercicio mismo de los derechos hasta llegar a su consagración en el nuevo Código Civil Unificado.

Por último, destacamos específicamente las disposiciones contenidas en la figura del progenitor afín respecto al futuro funcionamiento y la interrelación del sistema con el derecho constitucional en tanto función esencial que nos confirma los cambios existentes entre el vigente derecho de familia y la vieja estructura del Código Civil de Vélez.

Para finalizar el presente trabajo, dejamos citados los artículos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación promulgado que entendimos relevantes para el tema propuesto y que el destino nos revelará o no si la nueva ingeniería jurídica da respuesta satisfactoria a problemas que se presenten en la vida cotidiana.

Finalizo la presente con palabras de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci: "*no tengo una bola de cristal para saber cómo será la familia en el futuro. Seguramente,*





*será diferente a la de hoy, porque la de hoy no es la de ayer. Se trata de materia muy cambiante. Hemos intentado adecuar el Código a lo que es hoy la familia conforme las pautas de los tratados de derechos humanos. Así, por ejemplo, se reconocen las uniones convivenciales por parte de la legislación civil; se regula la reproducción humana asistida como un tercer tipo de filiación; se permite elegir entre dos regímenes patrimoniales y manejar el divorcio a través de convenios, y se incorpora la noción de autonomía progresiva para los niños; es decir que a mayor grado de madurez, se va restringiendo la autoridad de los padres. Pero es difícil saber qué será necesario interpretar, dentro de una década o quizás antes. Por ejemplo, el Código afirma que nadie puede tener más de dos vínculos filiativos (un papá y una mamá; dos mamás; dos papás). Algunos grupos LGTB -que designan a lesbianas, gays, bisexuales y transexuales- lo han criticado y pretenden que pueda haber más? Vaya uno a saber si dentro de algunos años no son ellos los que tienen razón y hay que cambiar el artículo (lanacion.com|Enfoques, Domingo 12 de octubre de 2014).*

## **V. BIBLIOGRAFÍA**

- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Cuarta edición, Familia II, Ed. Perrot, 1969.
- GROSMAN, C. y MARTÍNEZ ALCORTA, I. *Familias ensambladas: nuevas uniones después del divorcio, ley y creencias, problemas y soluciones legales*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2000.
- HERRERA, M. y GROSMAN, C. “Una sentencia sencilla, una cuestión completa. El reconocimiento de las familias ensambladas en el ámbito jurídico”. *Derecho de Familia: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, T. II (2008), pp. 59-70.
- CATALDI, M. M. “La responsabilidad parental”. *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Dir. RIVERA, J. C. y Coord. MEDINA, G. 2012, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pp. 463 y ss.

### **V.1. BIBLIOGRAFÍA DIGITAL**



- Código Civil y Comercial de la Nación, Infojus, Sistema argentino de información jurídica.
- "B., P. T. s/guarda preadoptiva. Trib. Coleg. Familia nº 5, Rosario, 10/5/12 (sentencia no firme).
- A., N. N. v. S., Abeledo Perrot N°: 1/70054132-4. Juzgado de Familia de Esquel, 03/06/2009.
- "A., F." 13/03/2007, CSJN; LA LEY, 2007-B, 733 con nota de Jáuregui, Rodolfo G., DJ 2007-1 , 1071, ED, 222-309, JA, 2007-III-48 (Fallos 330:642).-
- "Christine X. v. Sophie". Corte de Casación Francesa, sala civil 1ª, en fallo del 24/2/2006.