

La figura del progenitor afín

por Patricio Jesús Curti¹

El notable incremento de las llamadas “familias ensambladas” con un fuerte basamento en la doctrina de la “socioafectividad”² ha llevado al Código Civil y Comercial de la Nación (*en lo sucesivo, CCyC*) a introducir normas que buscan cooperar para que las personas adultas dentro del ámbito familiar lleven a cabo adecuadamente las funciones de cuidado y educación de los niños, niñas y adolescentes que habiten el hogar.

Esta cuestión se entrecruza con el mandato constitucional-convencional traído por la Convención sobre los Derechos del Niño³ que evidencia la protección de las personas menores de edad en función de un “concepto amplio de familia” que incluye a los adultos que representen vínculos significativos y afectivos en su historia personal, como así también en su desarrollo y asistencia.

Como eje de partida ante los preceptos planteados, la responsabilidad de los adultos en el marco de un apoyo que nace de la vida en común, el CCyC en su artículo 672, define al progenitor afín como él o la cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño, niña o adolescente.

Resumidamente, se analizarán las reglas que introduce el CCyC con la finalidad de instaurar pautas que legitiman las tareas del cónyuge o conviviente del progenitor que

¹ Abogado. Ayudante de 2°, Universidad de Buenos Aires. Maestrando en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (Facultad de Derecho, UBA).

² Esta noción se introdujo en nuestro país, gracias a la labor que el derecho brasilero viene realizando hace varios años sobre el tema y como un elemento central que puso en crisis el derecho filial clásico vinculado con la biología. Uno de sus máximos precursores ha dicho al respecto que “la filiación socioafectiva resulta de la libre voluntad de asumir las funciones parentales. El vínculo de parentesco se identifica a favor de quien el hijo considera ser su padre, aquel que asume las responsabilidades resultantes del poder familiar. La posesión de estado, como realidad sociológica y afectiva, puede mostrarse tanto en situaciones donde está presente la filiación biológica, como en aquellas en que la voluntad y el afecto son los únicos elementos” (*Véase “DIAS, María Berenice, ‘DIVERSIDADE SEXUAL E DIREITO HOMOAFETIVO’, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011”*).

³ “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” (art. 5).

convive con su hijo. Esto significa, crear un espacio dentro del ámbito familiar que le permita expresar sentimientos, acordarle facultades para colaborar en el cuidado del hijo afín y darle el reconocimiento necesario no solo en el orden interno, sino también ante la sociedad, para que pueda cumplir con el compromiso que naturalmente nace de las relaciones afectivas generadas en el marco de la convivencia.

En concreto, el contenido de la colaboración del progenitor afín al que apunta el CCyC tiene que ver con la tarea de cooperar en la crianza y educación, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito del hogar y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. Todos estos deberes tienen un límite impuesto: la “no” exclusión de los que son propios de los progenitores como principales responsables de sus hijos⁴. En definitiva, la regulación de esta figura apunta al bienestar de los últimos, sumando afectos significativos en la vida de ellos y en pos de su adecuado desarrollo.

El lugar del progenitor afín no es el de sustituto -capaz de lesionar la función e identidad parental-, sino que es una figura de referencia distinta, en función de los lazos y afectos que surgen de la vida en común: una característica crucial de las familias ensambladas en las que convergen situaciones en las cuales se comparten actividades que integran la parentalidad y que suprimen el paradigma de la exclusividad del progenitor propiamente dicho.

En esta dinámica, se podían presentar desacuerdos, y respondiendo proactivamente a esta posibilidad el CCyC aporta una solución, haciendo referencia a que en caso de desacuerdo entre el padre/madre del niño/niña/adolescente y su cónyuge o conviviente, prevalece la postura del primero por ser el responsable primario del cuidado del hijo, sin afectarse a través de la colaboración los derechos de los titulares de la responsabilidad parental.

Otra de las novedades normativas del CCyC -enmarcada en las prácticas de nuestra sociedad y en el trasfondo de las familias ensambladas- en razón de imposibilidades temporales, tiene que ver con la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental al progenitor afín por parte del progenitor conviviente, cuando por circunstancias

⁴ Esta situación ya ha sido dilucidada aún antes de la entrada en vigencia del CCyC. Por ejemplo, se ha dicho que “...esta labor de cuidado y asistencia que hoy se traslada al Señor (...) no excluye la responsabilidad parental de los progenitores, sino que la complementa...” (Juzgado de Familia n° 9, Bariloche, 01/07/2015, cita: AR/JUR/27938/2015).

específicas -por ejemplo, viaje- no pueda hacerse cargo del cuidado de su hijo. Como lo prevé el artículo 674 el acuerdo requiere la homologación judicial, de la que se prescinde si el otro progenitor acuerda o presta conformidad expresa con la delegación.

A su vez, el CCyC otorga a los interesados la facultad de establecer acuerdos explícitos destinados a compartir o cooperar en el cuidado de los hijos propios de uno de ellos en los casos en que el progenitor biológico haya fallecido, esté ausente o no pueda ejercer la función, requiriéndose la homologación judicial que otorgaría un marco institucional a la dinámica de estos grupos familiares, tanto en el orden externo como el interno, cesando en caso de ruptura de la unión, a petición de los interesados, cuando resultare perjudicial para los hijos afines e incluso de acuerdo a la participación de ellos con suficiente grado de madurez.

Dos cuestiones centrales que históricamente han sido la cara de la misma moneda, tienen que ver con los alimentos y el régimen de comunicación. La regulación de la figura del progenitor afín, no ha escapado a estos tópicos.

En cuanto a los alimentos⁵, la jurisprudencia, haciéndose eco de importantes aportes doctrinarios, fue delineando un criterio fundado en principios básicos, tales como la solidaridad familiar, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y su derecho a un nivel de vida digno; reconociendo esta obligación a pesar de no existir vínculo jurídico ni fuente legal que expresamente la impusiera. Del texto legal actual es posible establecer las características específicas de esta obligación, con independencia de aquellas que le corresponden genéricamente a todas dado su carácter alimentario: a) subsidiaria (los obligados principales siguen siendo los progenitores del hijo, conforme lo dispone la regulación respecto a la responsabilidad parental); b) transitoria (limitada -en principio- al matrimonio o convivencia entre el progenitor y progenitor afín); c) ante supuestos específicos, adquiere carácter más restrictivo, de tipo asistencial (en caso de que se produjera la posibilidad de ocasionar un grave daño a la persona menor de edad).

⁵ Cabe ampliar al respecto, diciendo que, el artículo 676 del CCyC regula este deber alimentario y es necesario que sea interpretado en forma coordinada con el “deber de contribución” específicamente regulado como disposición común a todos los regímenes patrimoniales del matrimonio (art. 455), que incluye el sostenimiento de los hijos comunes y también de los hijos de las anteriores uniones de los cónyuges y que también configura una obligación derivada de las uniones convivenciales, ante la remisión expresa que el artículo 520 del CCyC, aplicable como régimen primario a toda unión -hubieran celebrado o no pacto- hace al mencionado artículo 455 del CCyC.

Bajo estos preceptos, la jurisprudencia se encargará de delinear el alcance de esta obligación alimentaria en función de la casuística. Un fallo dictado a los pocos días de la entrada en vigencia del CCyC ha referido lo siguiente: *“si bien la contribución al sostenimiento del hijo del conviviente constituye en la actualidad una carga de familia, ello nunca podría ser en desmedro de la propia prole, ya que si tanto acento se ha puesto en la subsidiariedad de dicha obligación en relación a los titulares de la responsabilidad parental, con mayor razón deberá ceder ante la obligación que de manera principal y directa nace del vínculo parento filial propio”*⁶.

Por fuera de las regulaciones enmarcadas en los “Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines” y gracias al contenido del artículo 556 del CCyC se materializa la legitimación para reclamar el derecho de comunicación hacia los hijos afines, siempre que se justifique un “interés afectivo”. En este orden de ideas, se ha dicho que *el afecto no siempre sigue los postulados del parentesco y, por lo tanto, la ley debe admitir que, en ciertos supuestos fácticos en el que el afecto está muy presente, se esté legitimado para reclamar el respeto de este vínculo fáctico que pretende tener su lugar en el campo jurídico*⁷.

Bajo esta línea de pensamiento -aún antes de la entrada en vigencia del CCyC- se ha decidido que es posible la fijación de un régimen de comunicación para un progenitor afín en los casos que se verifique que la relación ha tenido la profundidad y duración adecuada y que además que esta solución sea lo que más lo beneficia⁸.

Finalizando con este breve análisis y a modo de cierre, resta por decir que la realidad social se complejiza día tras día y el derecho de las familias no puede permanecer ajeno a esta circunstancia. En ese sentido, nuestro CCyC con una visión centrada en los derechos humanos dio muestras certeras de esta responsabilidad por parte de quienes deben dar respuestas a una ciudadanía, bajo los paradigmas de la igualdad, la no discriminación y la multiculturalidad.

⁶ Juzgado de Familia 6ª Nominación, Córdoba, 31/08/2015.

⁷ “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” (Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso -Directores-), 1ra. Ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, Tomo II, pág. 271.

⁸ “T. M. F. C/ C. B. - MEDIDAS URGENTES (AR 21 INC. 4 LEY 7676)”, Juzgado de Familia, 2º Nominación, Córdoba, 09/02/2015.

Uno de los sostenes de esta postura realista, sin dudas tuvo que ver con el hecho de romper con esquemas tradicionales y un claro ejemplo, ha sido la novedosa regulación de la figura comentada y que la ha posicionado dentro de las singularidades más destacables de la reforma.

Es hora de obviar debates poco constructivos. Si centramos nuestra visión en los niños, niñas y adolescentes, quedan atrás las controversias -que de hecho se vienen dando- en determinar, por ejemplo, si la regulación del progenitor afín se enmarca en la filiación o en la responsabilidad parental. Sin dudas, la visión humanística de los derechos requiere respuestas concretas... El CCyC ha venido a cimentar el piso mínimo de estas discusiones y esto en definitiva, visibiliza la importante evolución de nuestro derecho privado constitucionalizado-convencionalizado.