

LA FIGURA DEL PROGENITOR AFÍN EN LA REFORMA PROYECTADA: ¿SUPERÓ LA FALTA DE LINEAMIENTOS INSTITUCIONALES QUE DETERMINAN SUS ACCIONES

Por María Soledad Briozzo

RESUMEN

Las “familias ensambladas”, como formas de organizar y estructurar los nuevos vínculos familiares, constituyen un verdadero cambio social desde la sanción de la ley de divorcio vincular en nuestro país. Las mismas poseen características propias y, a su vez, cuentan con una dinámica particular, diferente a la familia tradicional. Actualmente, carecen de una normativa específica vigente que regulen sus funciones, donde se establezcan sus derechos y roles. En este trabajo abordaremos los lineamientos institucionales que determinan las acciones del progenitor afín en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial, sus responsabilidades y los derechos que propone el nuevo ordenamiento. Desde un punto de vista jurídico y social, se pretende realizar un breve análisis de las normas que dan respuesta a los actuales vacíos legales.

PALABRAS CLAVES

Familias ensambladas – Progenitor afín – Responsabilidades y derechos

THE RELATED PARENT FIGURE IN THE REFORMATION PROJECTED: EXCEEDED THE LACK OF INSTITUTIONAL GUIDELINES THAT DETERMINE THEIR ACTIONS?

By María Soledad Briozzo

ABSTRACT

The "blended families" as ways of organizing and structuring new family ties constitute real social change since the passage of the divorce law in our country. They have their own characteristics and, in turn, have a particular dynamic, different from the traditional family. Currently, lack of specific legislation regulating its functions in effect, establishing their rights and roles. In this work we address the institutional guidelines that determine the actions of the parent related to the Reform Project Civil and Commercial Code, responsibilities and rights proposed by the new order. From a legal standpoint and social, is to make a brief analysis of the rules that respond to current loopholes.

KEY WORDS

Stepfamily – Related parent – Responsibilities and rights

LA FIGURA DEL PROGENITOR AFÍN EN LA REFORMA PROYECTADA: ¿SUPERÓ LA FALTA DE LINEAMIENTOS INSTITUCIONALES QUE DETERMINAN SUS ACCIONES

Por María Soledad Briozzo*

I. Introducción

En respuesta a una realidad social, y tratando de superar la desactualización existente en nuestras normas positivas, producto de las distintas reformas parciales introducidas, se habla de la necesidad de modificar, en forma integral y orgánica¹, el derecho de familia con el propósito de armonizar y resolver cuestiones que hoy día no encuentran una solución en el ordenamiento jurídico vigente. En este orden de ideas, principalmente, los cambios sociales en nuestra sociedad, la incorporación de los tratados internacionales en la reforma constitucional de 1994, la sanción de la ley 26618 de matrimonio entre personas de igual sexo y la vigencia de la ley de divorcio vincular 23515, que posibilitaron el nacimiento de las “familias ensambladas”, desde la celebración de los segundos matrimonios, son algunas de las razones que fundamentan la necesidad de cambio². En razón de lo expuesto, resulta necesario formular modificaciones a nuestras disposiciones legales.

En este contexto, es muy importante reconocer la realidad de las familias para acompañar y mejorar su funcionamiento³; es decir, uno de los roles del Estado es reconocer en su ordenamiento todas las formas de relaciones familiares existentes con la finalidad de garantizar el concepto de “democratización de las familias”⁴. En el Derecho de Familia, la evolución en las relaciones familiares y, la aparición de nuevos principios, tuvieron un gran impacto en nuestra materia de estudio. La denominada “constitucionalización del derecho civil”, la incorporación de los tratados internacionales de Derechos Humanos a nuestra Constitución Nacional y la “democratización de la familia”, los autores contemporáneos entienden que debemos hablar del “Derecho de las familias”, en armonía a la “protección integral de la familia”. En este mismo sentido, los diversos núcleos sociales que constituyen

* Abogada, egresada de la Facultad de Derecho (UBA). Maestranda en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia. UBA. Docente de Derecho de Familia y Sucesiones, Filiaciones y Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, UBA. Miembro integrante en Proyectos DeCyT 2012-2014

1 Medina, Graciela. (2012) *Las grandes reformas al Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires: véase en versión electrónica www.gracielamedina.com

2 Medina, Graciela. Op. Cit.

3 Grosman, Cecilia (2013) *Familia ensamblada curso 2013 proyecto*. Buenos Aires: material seminario de posgrado

también "familias" merecen su reconocimiento jurídico y tratamiento específico. En líneas generales, coincidimos de que no se trata de una novedad en la sociedad que el grupo familiar se constituya de uno o varios miembros descendientes junto con los otros descendientes provenientes de matrimonios o uniones de hecho anteriores⁵, pero también creemos que es real que en nuestra legislación aún no encuentra disposiciones normativas que otorguen respuestas, ni especial tratamiento, a los diversos aspectos que se presentan, emocionales y legales, que las "familias ensambladas" tienen como efecto en la vida de cada individuo, dejando las soluciones en el ámbito estrictamente privado del núcleo.

Intentaremos en el presente trabajo exponer la evolución constitucional de la familia, la doctrina jurídica nacional, el criterio de la jurisprudencia nacional y extranjera, y en particular, el tratamiento que se da a las "familias reconstruidas" en el Proyecto de Reforma.

II. La familia ensamblada desde sus aspectos psicosociales

De acuerdo al concepto enunciado en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, 1998, llamamos "familia ensamblada" al grupo familiar que tiene su origen en un matrimonio o convivencia y uno o ambos integrantes de la pareja tienen hijos de una unión anterior tengan o no tengan hijos en común. Esta manera contemporánea de organizar a la familia ha sido abordada por distintas disciplinas, como objeto de estudio o hecho social, y se ha logrado investigar y dar respuesta a las distintas situaciones que, este nuevo modelo o forma de familia, presentan. La biología, la psicología y la sociología han logrado elaborar, incluso, conceptos y terminología, a este fenómeno. A su vez, la antropología, la sociodemografía y el campo de la salud mental, desde la década del 70, estudian su dinámica, estructura y comportamiento; el aumento de divorcios, la cantidad de segundos matrimonios y las posteriores uniones, despertaron el interés por descubrir y explicar la estructura de esta forma dominante de organizar la familia⁶. En la actualidad, de las investigaciones empíricas, no sólo podemos observar el importante aumento en el número de rupturas de parejas y la formación de familias ensambladas; sino que también, reflejan que existe un número importante de familias ocultas en el Censo y Encuestas de hogares. Además, de los datos que se recogen, se puede afirmar que cada dos matrimonios se registra un divorcio; el 45% de las parejas que se forman están integradas por hijos de uniones anteriores; el rango de edad del 55% de los cónyuges o convivientes ronda entre los 30 a 49 años, etc.⁷ En otras palabras, las relaciones afines son formas de organización familiar recientes en nuestra historia como resultado, en cierta medida, de la aparición del divorcio vincular.

A nuestro criterio, la carencia de términos que identifiquen a estos vínculos es el resultado de que jurídicamente no fueron actualizados ni tratados adecuadamente. Incluso, haciendo referencia a una observación sociológica, "ni siquiera hay un nombre que indique el grado de relación que tienen dos

4 *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (2012)*. Buenos Aires, página 72

5 Méndez Costa, María J. (1996) *Alimentos y familia ensamblada*. Buenos Aires: La Ley

6 Grosman, Cecilia; Mesterman, Silvia (1989). Op. Cit.

7 Información publicada en Clarín, 17/08/2011

chicos cuando son hijos de cada miembro de la pareja (...) Si no hay cómo nombrar a estos vínculos, a pesar de que son muy comunes, es porque la sociedad no termina de aceptarlos"⁸.

Por otro lado, las diversas calificaciones que se le otorgan describen su origen y características, se las ha conceptualizado como: "familias reconstituidas", "familias transformadas", "familias rearmadas", o "familias recompuestas"; pero se considera que "familias ensambladas" es la denominación adecuada porque la misma es un subsistema de varias familias⁹.

A través de estas investigaciones y de los diversos estudios, se observan: los vínculos afectivos, la ambigüedad de los roles, la estructura familiar compleja y la dinámica de este nuevo núcleo familiar. En este sentido, para Dora Davison¹⁰ las relaciones ensambladas se caracterizan por tener antecedentes de fuertes sentimientos de tristeza, pérdidas y desilusión. Desde su especialidad como psiquiatra y terapeuta familiar, ha elaborado un concepto de "familia ensamblada" incorporando un elemento bastante relevante desde esta disciplina. Describe a las familias ensambladas como una forma de organización que se conforman, normalmente, sobre el dolor y el sufrimiento, porque es la base común sobre la que tienen origen. Por ello, en el sentir de cada uno de sus integrantes puede generarse cierta confusión, estado de contradicción en las emociones y el plano afectivo. Explica que los vínculos se forman en manera poco espontánea porque se trata de una construcción que los mismos integrantes tienen que ir realizando. Frecuentemente, el sentimiento de culpa o lealtad hacia el progenitor biológico, tiene íntima relación con la idea de "reemplazo". Ello también se debe a que integrar un nuevo núcleo familiar, en este contexto, siempre tiene una connotación individual y distinta, porque cada uno tiene una historia personal y, probablemente, conflictos anteriores no resueltos. Sin embargo, dado que la familia no "es" sino que se "hace"¹¹, el derecho puede realizar importantes aportes a estas situaciones conflictivas bastante habituales¹².

Ciertamente, el derecho tiene que tener en cuenta que nos encontramos en presencia de una estructura que tiene un grado de complejidad, alejada de los modelos convencionalmente llamadas "normales", en los que se desarrollan los vínculos afectivos más importantes. En este plano de falta de claridad o momento de acomodación en relación a la autoridad, pertenencia, lealtad, identidad familiar, el espacio y los lazos, creemos que se presentan situaciones que merecen ser regladas jurídicamente. Al fin y al cabo, la ambigüedad en los roles del cónyuge o conviviente del progenitor, puede afectar en forma negativa la dinámica y la estructura del nuevo núcleo. En ocasiones, se utiliza como parámetro para describir la estructura y organización de la familia ensamblada, el sistema de autoridad; de esta forma, a

8 Faiman, Graciela. *Familias para armar*, La Nación. Buenos Aires, 7/02/ 2010

9 Grosman, Cecilia; Mesterman, Silvia (1989) *Organización y estructura de la familia ensamblada. Sus aspectos psicosociales y el ordenamiento legal*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, publicado 1989-2-29

10 Davinson, Dora (2002) *Los mitos de la madrastra bruja* y "el padrastro cruel. Madres y padres afines. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Nro. 25. Buenos Aires: Lexis Nexis, página 49

11 Grasoman, Cecilia. (2013) Exposición y material de estudio en seminario de posgrado: *La familia ensamblada en el Proyecto de Reforma*. Facultad de Derecho (UBA). Buenos Aires, página 20

12 Kleiman. (2013) Exposición y material de estudio en seminario de posgrado: *La familia ensamblada en el Proyecto de Reforma*. Facultad de Derecho (UBA). Buenos Aires, página 20

través de la diferenciación de roles y funciones, el adulto, que tiene la responsabilidad de brindar protección y formación al menor, utiliza la autoridad para lograr la integración y cuidados¹³.

Una de las dificultades más frecuentes que se debe superar y, normalmente, que se presentan en esta estructura de familia, es la percepción negativa que socialmente tienen los “nuevos padres”; en definitiva, a veces, los estereotipos ejercen efectos adversos o negativos en este sentido, porque en tiempos anteriores se consideró que vivir con un “padrastró”, “madrastra” y “falsos hermanos”, es una situación que social y culturalmente, se rechaza¹⁴.

La familia ensamblada, como venimos haciendo referencia, se trata de un fenómeno social que en la actualidad, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico vigente, carece de todo plexo normativo. Como hemos dicho, en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia que se llevó a cabo en 1998, se elaboró un concepto de la figura de la familia ensamblada, entendida como aquella que tiene su origen en el matrimonio o la convivencia y, en la que alguno de los dos integrantes, tiene ya hijos de uniones anteriores, tengan o no hijos en común. En este orden de ideas, durante las jornadas que se llevaron a cabo en el XVII Congreso Internacional de Derecho de Familia, se puso relevancia a la necesidad social de reconocer, proteger y regular, estos derechos en forma específica.

El principio de protección de la familia consagrado en el art. 14 de la Constitución Nacional, abarca distintos aspectos que el derecho debe respetar y garantizar; desde los cambios que se produjeron en el modelo de familia, lejos de responder a las características inherentes de la “familia tipo”, el derecho ante la *diversidad*, debe garantizar y otorgar protección jurídica a todas las situaciones de familia. Por ello, se deben erradicar los vacíos legales de nuestro ordenamiento.

Por ello, desde el punto de vista del derecho, sostenemos que se debe legislar y establecer normas que determinen eventuales derechos, especiales deberes y responsabilidades, en protección de los hijos afines y, evitar así, cualquier afectación a su identidad y acto discriminatorio. Es decir, el propósito de crear lineamientos legales tiene que ser para “adicionar” y no “reemplazar”.

III. Los fundamentos en el proyecto de reforma y la figura del progenitor afín

Los fundamentos fueron elaborados desde un aspecto valorativo. En líneas generales, se introducen las modificaciones por alguno de los motivos que desarrollaremos a continuación.

- Se trató de elaborar un Proyecto de Código Civil y Comercial que no sólo, proporcione solución a los vacíos legales de nuestro actual ordenamiento jurídico, sino que también incorpore identidad cultural latinoamericana. En este sentido, partieron desde la concepción que tiene por finalidad integrar el bloque cultural latinoamericano¹⁵.
- Por otro lado, conforme al reclamo por parte de la mayoría de la doctrina argentina, recepta la constitucionalización del derecho privado, la importancia establecer una

13 Grosman, Cecilia; Mesterman, Silvia (1989). Op. Cit.

14 Grosman, Cecilia; Mesterman, Silvia (1989). Op. Cit.

15 *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (2012)*. Op. Cit., página 4

coherencia con los derechos reconocidos en el bloque constitucional y los derechos humanos.

- A su vez, se intenta reemplazar la regulación de los derechos desde una igualdad abstracta por una igual real.
- Además, el sujeto titular de derechos siempre ha sido el hombre. Desde este punto de vista, se intenta utilizar términos igualitarios, basado en un paradigma no discriminatorio. Esto quiere decir entonces que, comienzan a tener recepción sistemática el niño, la mujer, entre otros.
- Por último, se elaboró un Código dirigido a una sociedad multicultural y se regularon muchas conductas sociales que no se habían contemplado.

Desde la reforma constitucional de 1994 se aceptan las diversas formas en que se organizan las familias. Inclusive, tanto la legislación y como la jurisprudencia, le ha otorgado efecto jurídico a diversas relaciones afectivas que se caracterizan por la estabilidad, permanencia, singularidad y publicidad¹⁶. Al fin y al cabo, el derecho a la vida familiar es reconocido como un derecho humano que debe ser armonizado con: el régimen matrimonial, las convivencias de parejas, la igualdad, la solidaridad familiar, la dignidad humana, el nuevo régimen filiatorio, la autonomía de la voluntad y el orden público. El anteproyecto adopta una postura en la que se prioriza la protección a todos los integrantes de un núcleo familiar; en especial, las relaciones derivadas de familias ensambladas con el propósito de proteger todos los intereses y deberes familiares que se vean comprometidos (vivienda, alimentos, comunicación, las palabras que tengan sentidos peyorativos o negativos, la crianza y la educación, los derechos de los niños a mantener el vínculo con sus padres biológicos y la introducción de los referentes afectivos, entre otros aspectos).

IV. La protección integral de la familia en la norma constitucional

La protección constitucional de la familia alcanza a todas las formas de organización familiar, en congruencia con el principio de no discriminación y derecho a la diversidad. Siguiendo esta línea de pensamiento plasmada en nuestra Constitución Nacional, todo acto de distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual, es discriminatorio¹⁷. Asimismo, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires tampoco admite discriminaciones en este sentido; por el contrario, reconoce y garantiza el derecho de ser diferente¹⁸. Además, conforme al espíritu de las normas que conforman nuestro bloque constitucional, surge el principio *pro homine* como parte integrante de los derechos humanos con la finalidad de otorgar garantizar la mayor protección a la persona. Más aún, el concepto constitucional de familia no puede ser interpretado en forma restrictiva. Por el contrario, crea el ámbito de protección en cabeza del Estado como actor responsable de otorgar mecanismos de garantías. Como conclusión a lo expuesto, el derecho a formar una familia es un derecho fundamental; en otros términos, se trata de una

16 *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (2012)*. Op. Cit., página 84

17 Gil Domínguez, Andrés (1999) *El concepto constitucional de familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, página 5

18 Art. 11 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires

garantía institucional¹⁹ de nuestra Constitución Nacional, y tiene fuerza normativa e imperativa en manera integral²⁰. En igual sentido, fueron incorporados a nuestro ordenamiento jurídico diversos tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional en el art. 75 inc.22 CN. La Declaración Universal sobre los Derechos del Hombre establece que los niños tienen derecho a igual protección social, hayan nacido dentro del matrimonio o fuera de él. A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone la igualdad entre los niños (art. 5º).

Más aún, la Convención sobre los Derechos del Niño enuncia la prohibición de distinguir en razón del nacimiento y, en este mismo contexto, se expresa la Declaración Universal de los Derechos del Niño.

V. El parentesco por afinidad en el código civil

Desde la sanción de la ley 23515, muchas de las costumbres implementadas como prácticas diarias en las nuevas familias, pasaron a ser una preocupación por la falta de tratamiento legal. En este sentido, es sabido que, anterior a la sanción de la mencionada norma, dado que el divorcio no otorgaba aptitud nupcial a los cónyuges, las uniones posteriores no tenían efectos civiles y sólo se les reconocía ciertos derechos en el ámbito laboral y de la seguridad social²¹. Lo cual trajo como consecuencias que las nuevas familias, provenientes de uniones no formalizadas, organicen y desarrollen sus actividades diarias en ausencia de normas que brinden protección, legitimen sus derechos y establezcan obligaciones.

En nuestro país, la tenencia de los hijos y el derecho de visitas eran puestos en riesgo por considerarse, a las segundas uniones, contrarias a la moral y a las buenas costumbres e, incluso, imposibilitaban a los progenitores de ejercer sus funciones aun cuando cumplieran con las condiciones para ello. Es más, los jueces, durante el período en que no existía la disolución del vínculo conyugal mas que por la muerte de uno de los contrayentes, sostuvieron dos posturas ante estas uniones o nuevos vínculos maritales consolidados; desde la perspectiva de una primer postura, alegaban que existía un peligro para los menores porque esas convivencias afectaban el normal desarrollo y desenvolvimiento de la personalidad²²; desde una segunda, se accedía a la petición materna que se oponían al trato paterno-filial en el hogar formado entre el padre y la nueva mujer, argumentando que "redundaría en perjuicio del respeto que le deben"²³. Sin embargo, en otros pronunciamientos, se ha sostenido el valor por estas nuevas familias, lo importante que es la integración de los hijos al nuevo grupo, la imagen paterna y la necesidad de no generar mayores confusiones a los niños²⁴; atenuando, a su vez, la marginalidad y el

19 Gil Domínguez, Andrés (1999) Op. Cit., página 6

20 Bidart Campos, Germán (1995) *El Derecho Constitucional y su fuerza normativa*. Buenos Aires, Ediar

21 Grosman, Cecilia; Mesterman, Silvia (1989). Op. Cit.

22 C. Nac. Civ., Sala E, 7/10/1974, LL 1975-A-132; C. Nac. Civ., Sala A, 23/2/1962, LL, t. 106, p. 488; C.

Nac. Civ., Sala A, ED, t. 57-690; C. Nac. Civ., Sala A, 12/2/1980, ED, t. 86, p. 796; C. Nac. Civ., Sala E, 4/2/1982, ED, publicado 25/8/1982

23 C. Nac. Civ., Sala A, 20/6/1955, LL, t. 80, página 169

24 C. Nac. Civ., Sala B, 29/8/1980, ED, t. 91, página 101; C. Nac. Civ., Sala B, 28/6/1977, ED, t. 75, página 471

concepto cultural de nuestra sociedad sobre la familia ensamblada, considerada en sí mismas como algo malo o anormal.

Posteriormente, se introducen varias reformas desde su sanción; producto del parentesco por afinidad establecido en el mencionado art. 363 CC. Es decir, entre un cónyuge y los hijos del otro, matrimoniales o extramatrimoniales, se genera el parentesco por afinidad en primer grado (relación de parentesco por afinidad entre padrastro/madrastra – hijastros/ hijos afines), el cual no desaparece ni se extingue por la muerte o el divorcio vincular²⁵; en cambio, no hay parentesco entre los hijos de los cónyuges que provienen de uniones anteriores y los consanguíneos o afines de su marido o mujer (hermanastros/hermanastras y parientes consanguíneos/ afines sea cual fuere el orden de grado, en línea recta/colateral)²⁶.

De ello, resulta que podemos observar los siguientes efectos civiles de la relación padrastro/madrastra-hijo:

- No pueden celebrar matrimonio el padrastro/madrastra con su hijastra/ hijastro, ni con los descendientes de sus entenados²⁷;
- Se deben alimentos entre sí (padrastro/madrastra – hijastros/ hijastras), en forma subsidiaria, sin que se requiera que convivan, sean hijos matrimoniales o extramatrimoniales del cónyuge²⁸;
- Están a cargo de la sociedad conyugal la manutención de los hijos comunes, los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos del cónyuge²⁹;
- Como consecuencia de la responsabilidad alimentaria que establece el art. 368, C.Civ, el padrastro/ madrastra- hijastro, tienen derecho a pensión;
- Así mismo, la justicia³⁰ decidió que, si el hijastro convive con su padrastro/ madrastra, cualquiera de ellos, tiene derecho a pedir indemnización por la muerte del otro;
- Además, el hijastro tiene derecho a las asignaciones familiares³¹;
- Y se lo debe tener en consideración al momento de determinar las cargas de la familia³²;
- A su vez, en caso de abandono o fallecimiento del locatario, el padrastro/ madrastra- hijastro en forma indistinta, pueden permanecer en la vivienda locada³³;
- La tenencia judicial del hijastro puede ser pedida por el padrastro/ madrastra si,

25 Grosman, Cecilia- Mesterman, Silvia (1989). Op. Cit., página 6

26 Grosman, Cecilia- Mesterman, Silvia (1989). Op. Cit., página 6

27 Art. 166, inc. 4°, Cód. Civil

28 Art. 368, Cód. Civil

29 Bossert-Zannoni, Méndez Costa, M. J., "Las deudas de los cónyuges", Astrea, Buenos Aires, 1979, página 203

30 Corte Sup., 11/9/1986, ED, 30/6/1986

31 Decreto 3082/1969 Ver Texto reglamentario de la ley 18017

32 Corte Sup., 25/9/1975. Rev. "Derecho del Trabajo", t. 64, página. 275

33 Art. 9, ley 23091

en caso de muerte, ausencia, abandono o falta de idoneidad³⁴;

- En este sentido, se encuentran obligados, el padrastro/ madrastra, a poner en conocimiento de los magistrados cualquier situación de orfandad o tutela vacante del hijastro³⁵;
- El padrastro/ madrastra pueden reclamar el derecho de trato y comunicación con los hijos menores o mayores incapaces de su cónyuge³⁶; es decir, los parientes que se deben recíprocamente alimentos, tienen derecho de visitas en caso de disolución conyugal por muerte o divorcio vincular³⁷.

En suma: el tratamiento que se le brinda a las relaciones jurídicas de los integrantes de una "familia ensamblada", en nuestro actual ordenamiento, de acuerdo a la doctrina mayoritaria³⁸, son en forma individual y, en este sentido, no se consideran mecanismos de integración.

VI. El progenitor afín en el proyecto de reforma

Por el contrario, en el anteproyecto, se le otorga especial tratamiento a la "familia reconstituida", porque se determinan responsabilidades y derechos específicos que se protegen. Bajo la órbita del parentesco por afinidad se establecen las normas jurídicas que regulan las relaciones dentro del núcleo familiar de una "familia ensamblada", en forma global.

Por un lado, determina que el parentesco por afinidad es entre el segundo cónyuge y los hijos del primer matrimonio. Cabe señalar, en sí, que no crea vínculo jurídico alguno entre los parientes de uno de los cónyuges y los parientes del otro y, en principio, la convivencia entre parejas no genera parentesco, pero se establecen los mismos efectos que a los cónyuges y, los deberes que se disponen, cesan una vez que finaliza la unión con el progenitor³⁹.

Como hemos explicado, de la interpretación que surge del art. 363 del CCiv., se establece la afinidad entre el segundo cónyuge y los hijos del primer matrimonio del consorte⁴⁰. Es decir, si bien entre el padrastro o la madrastra, en relación al hijo del cónyuge, sean matrimoniales o extramatrimoniales, hay parentesco por afinidad, es importante saber que en la actualidad se excluye la afinidad entre el divorciado y los hijos de su ex-cónyuge concebidos después de la disolución del matrimonio y entre el cónyuge y los hijos de su consorte concebidos durante el matrimonio⁴¹.

34 Grosman, Cecilia- Mesterman, Silvia (1989). Op. Cit., página 7

35 Art. 378, Cód. Civil

36 C. Nac. Civ., Sala B, 22/11/1966, LL, t. 80, página 169

37 Art. 376 bis, Cód. Civil

38 Grosman, C, Herrera, M. y otros.

39 Medina, Graciela. (2012). Op. Cit., página 14

40 Mazzinghi, Jorge Adolfo, "Derecho de Familia", t. III, N° 670, la. ed., Buenos Aires, 1981. En sentido contrario: "El parentesco por afinidad deriva exclusivamente del matrimonio, pero se extiende a todos los parientes del cónyuge, sean legítimos, naturales o adoptivos (en las legislaciones que aceptan esta institución)"; Busso, Eduardo B., "Código Civil anotado", t. II, 2a. parte, com. al art. 363, N° 4, Buenos Aires, 1958

41 IV Jornadas de Morón cit., sobre ponencia de Grosman, C. y Martínez Alcorta

A. El rol y sus funciones

Una de las características principales y destacables, del rol del progenitor afín, es el cambio que se produce en la función que cumple. Anteriormente, sólo cumplía un rol sustituto y de reemplazo ante la muerte de alguno de los padres biológicos. En esta etapa histórica se plantea una cooperación natural que deriva de la convivencia⁴².

Se le atribuyen en forma obligatoria al padre afín, sea cónyuge o conviviente de un progenitor:

- La obligación de cuidado y de alimentos, y la posibilidad de delegarle, parcial o totalmente, la responsabilidad parental del hijo propio;
- Además, debe cooperar en la crianza y educación, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico, y adoptar las decisiones que sean necesarias ante situaciones de urgencia, siempre prevalece el criterio del progenitor ante cualquier situación de desacuerdo;
- El rol del padre afín cumple una función de carácter complementario⁴³ y los padres conservan un rol principal; de esta manera, no se trata de una figura que reemplaza ni sustituye sino que brinda colaboración y apoyo con conductas positivas dentro de la organización de la familia, resguardando su estabilidad a través de las reglas de convivencia y acuerdos o conformidades otorgadas por el progenitor que no convive con los hijos⁴⁴.

En este orden de ideas, consideramos que en el anteproyecto, se le brinda mayor legitimidad a las funciones que realiza el progenitor afín en todas las actividades cotidianas, porque forma parte del ámbito de las prácticas sociales del niño o adolescente⁴⁵ y, además, se encuentran enmarcados como figuras familiares⁴⁶.

42 Grosman, C. (2013). Op. Cit., páginas 51 y 52. En este contexto, se plantea un rol complementario porque, aunque se encuentren presentes el padre/ o la madre, el cónyuge o conviviente, colabora en las actividades y transmite: valores, modelos de conducta, participa en la organización del hogar, cumplen con las reglas de convivencia, son sostén emocional-manutención de los hijos afines. En efecto, cuando es la propia madre que desautoriza o contradice el rol del padre afín, para el niño, se convierte en una persona no creíble por no darle apoyo simbólico (Doltó)

43 Marisa Herrera describe esta función complementaria con sencillez, "la vida en común puede gestar lazos y afectos profundos que forman parte del derecho a la identidad de un niño o adolescente en su faz dinámica y exige su preservación" y, a su vez, describe la dinámica real de la vida cotidiana de una "familia ensamblada".

44 Art. 673. En este caso, la norma tiene como antecedente al art. 299 del Cód. Civil Suizo, dice: "apoyar al cónyuge de manera apropiada en el ejercicio de la responsabilidad parental sobre los hijos nacidos de otra unión y representarlo cuando las circunstancias lo exijan".

45 Grosman, C. (2013), Op. Cit., página 54. Menciona algunos ejemplos: "firmar boletines, anotar al niño a torneos recreativos, llevarlos o traerlos del colegio, acompañarlos al médico, colaborar con las tareas escolares, etc."

46 Grosman, C. (2013), Op. Cit., página 57.

B. La delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en el progenitor afín. Supuestos y alcances de su procedencia

Es un hecho de la realidad cotidiana, revelados de distintas investigaciones realizadas en nuestro país, principalmente, la existencia de una demanda social por crear y acordar, los derechos y deberes entre el padre/ madre afín y los hijos del cónyuge o conviviente. En otras palabras, se trata de la necesidad de establecer los referentes legales para ordenar la dinámica familiar en un contexto jurídico.

La respuesta en el proyecto de reforma se concentra en tres ejes: por una parte, prevé una norma general, considerando el interés del niño y, por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgada a un pariente o tercero idóneo. Una vez que la persona acepta la delegación, el acuerdo debe ser presentado para su homologación judicial, debiendo oírse necesariamente al hijo. El mismo, tiene un plazo máximo de un (1) año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas⁴⁷; por la otra, se prevé una norma específica que determina las funciones y el alcance, para el progenitor afín. De esta forma, el progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir con la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que existiera imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuere conveniente que este último asuma su ejercicio⁴⁸. Finalmente, en caso de muerte, ausencia, incapacidad o capacidad restringida del progenitor que no ejerce la responsabilidad parental, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente, colocando al progenitor afín en una posición de mayor participación en la vida del niño⁴⁹. El ejercicio conjunta de la responsabilidad parental se extingue con la ruptura del matrimonio o unión convivencial.

47 Grosman, C. (2013), Op. Cit., páginas 65-66. Art. 643, los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Si bien, no se aplica la necesidad de homologación judicial si hay acuerdo con el otro progenitor, el niño o adolescente, deben ser escuchados.

48 Grosman, C. (2013), Op. Cit., página 64. La enumeración del art. 674 es enunciativa porque, incluso, puede resultar necesaria también cuando se trate por razones de trabajo, reuniones científicas o para cuidar a un pariente muy cercano. Por otro lado, la homologación judicial no es necesaria si el otro progenitor acuerda o presta su conformidad en manera expresa a la delegación. Siempre se tendrá en cuenta el interés superior del niño, las atribuciones del progenitor delegante y, sumado a ello, se establece que estos acuerdos podrán quedar sin efecto por voluntad de las partes o por hechos que puedan lesionar los derechos del hijo.

49 Grosman, C. (2013), Op. Cit., páginas 67-69. Art. 675, es decir, el progenitor afín deja de cumplir un rol con funciones complementarias o de mero "cooperador" en la crianza. Se trata de un acuerdo que debe ser homologado judicialmente, frente a cualquier conflicto entre el progenitor y su cónyuge o conviviente, prima la opinión de aquél. En *Inglaterra*, el padrastro/ madrastra pueden obtener la responsabilidad parental mediante un acuerdo formal o una orden judicial. Si se trata de un caso de responsabilidad parental compartida, ambos progenitores deberán firmar el acuerdo. Si el padre no guardián no presta su conformidad, estará a criterio de la apreciación del juez si otorgar estas órdenes favorece el interés del niño. La "*Residence Order*" les permite tomar decisiones relativas al cuidado del niño, sin que se vulneren los derechos de comunicación con el niño o sus derechos sobre éste. En cambio, en *Dinamarca* y los *Países Bajos*, el progenitor afín puede participar en el ejercicio de la autoridad parental únicamente cuando es ejercida en forma exclusiva por el padre conviviente.

C. Los derechos que surgen de la guarda del cónyuge o conviviente del progenitor

En la actualidad, se considera al padre/ madre afín un guardador de hecho en relación a los hijos de su cónyuge o conviviente, siempre y cuando, se encuentren en situación de convivencia. Es decir, la persona que de hecho tiene el gobierno y cuidado material y moral del menor, cualquiera fuese la circunstancia que haya dado lugar a esta situación, tiene el carácter de guardador de hecho⁵⁰ y, como exigencia, se debe cumplir con el art. 707 del Cód. Civil., porque el niño o adolescente deben ser escuchados.

En este contexto, el proyecto plantea la posibilidad, en supuestos de especial gravedad, que el juez puede otorgar la guarda a un tercero, pariente o no, por un plazo de un (1) año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Una vez que vence el plazo, el juez deberá resolver la situación del niño o adolescente mediante otra figura que regula el Código. De esta manera, el guardador responde por el cuidado personal del niño o adolescente y se encuentra facultado para tomar decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la queda en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio, la responsabilidad parental⁵¹. Y la misma, cesaría en caso de ruptura de la unión, o a petición de una de la parte interesada, o cuando resultare perjudicial para el niño o adolescente.

D. Ruptura de las uniones en las convivencias de parejas, ¿qué consecuencias jurídicas tienen?

A continuación, expondremos algunas de las consecuencias jurídicas que se modifican cuando se produce la ruptura en una pareja que convive. En este sentido, describiremos las cuestiones que mayor relevancia tienen y que están incorporadas en el Proyecto de Código Civil y, a su vez, algunos elementos que fueron utilizados para dar respuesta y solución a un caso que se inicia con el reclamo de un hijo que exigió a su progenitor matrimonial la satisfacción de la pensión alimentaria ya que tenía sentencia judicial⁵², en nuestro orden jurídico actual.

En principio, el Proyecto, establece que ante la ruptura cesa el deber alimentario del cónyuge o conviviente respecto de sus hijos afines, salvo, que este cambio le ocasione un daño grave al niño. Pero el juez sólo fija una cuota alimentaria transitoria teniendo en cuenta las condiciones del obligado, las necesidades del alimentado y la duración de la convivencia⁵³.

50 Grosman, C. (2013), Op. Cit., página 73

51 Grosman, C. (2013), Op. Cit., página 74-76. Art. 657, se trata de una vía idónea para que el progenitor afín pueda tener acceso a ciertos beneficios: "obra social, vivienda, plan trabajar, asignaciones familiares, entre otros." En suma, presenta características propias, se trata de una guarda que se ejerce junto al progenitor que tiene a su cargo el cuidado del hijo y, además, ejerce la responsabilidad parental.

52 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C (CNCiv)(SalaC) ~ 1995/12/21 ~ D. la A., M. C. c. R., U.

53 Art. 676, Proyecto de Cód. Civil: "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

Además, establece que los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad de obrar restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de éstos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado...”, resguardando el derecho de comunicación del progenitor afín y los hermanos afines. Asimismo, extiende este derecho a favor de quienes justifiquen *un interés afectivo legítimo*. Por otro lado, el juez también puede disponer medidas para asegurar el cumplimiento de la norma; es decir, puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado medidas razonables para asegurar su eficacia.

En relación a los alimentos, según el fallo de referencia, el hijo afín intentó embargar bienes de la nueva esposa de su progenitor afín, argumentando que se tratan de bienes incorporados al patrimonio luego de haber celebrado el matrimonio, por lo tanto, se presume su carácter de ganancialidad⁵⁴. En otras palabras, la acción del hijo afín no fue entablada por alimentos, sino que pretendió cobrarse sobre los bienes de la segunda esposa el crédito correspondiente, contra el padre afín, por cuotas alimentarias vencidas.

En suma, la sentencia es conforme a derecho, se resolvió por aplicación de la regla de la separación de deudas de los cónyuges frente a una deuda personal del marido⁵⁵; la deuda por alimentos está sometida al régimen de las deudas personales aplicándose el art. 5° de la ley 11.357.

VII. Los derechos del niño y su protección

Al inicio de nuestro trabajo, intentamos reflejar algunos datos recogidos de la realidad en la que los niños están creciendo. En líneas generales, como cada vez es mayor la cantidad de niños que convive con uno de sus padres y su pareja⁵⁶, en razón del aumento de los hogares ensamblados, analizaremos sus derechos a la luz de la Convención de los Derechos del Niño.

Al respecto, la Convención de los Derechos del Niño, en el art. 5 reza: “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.”

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.”

54 Méndez Costa, María J. (1996), Op. Cit., página 1. Explica que el art. 363 del Cód. Civil, sólo existe parentesco por afinidad entre el segundo cónyuge y los hijos del primer matrimonio de su consorte.

55 Méndez Costa, María J. (1996), Op. Cit., página 3

56 Grosman, Cecilia (2013). Op. Cit.

A. El deber alimentario del conviviente establecido en los arts. 5 y 27.2 de la Convención

En el texto legal se establece la responsabilidad alimentaria del conviviente como guardador de hecho del niño, de carácter subsidiario, por tratarse de "otras personas encargadas del niño".

En principio, el derecho a la identidad tiene dos aspectos que se deben siempre observar: por un lado, el derecho a la identidad tiene una faceta "estática", que se refiere al origen biológico de la persona o del niño, y una faceta "dinámica", que se conforma de los elementos ideológicos culturales y vitales de la personalidad de un individuo⁵⁷.

Aclarado ello, se recogen de este pronunciamiento, varios aspectos que son tutelados por la misma Convención. En síntesis, la sentencia a la que hacemos referencia es conforme a derecho.

VIII. El orden sucesorio: ¿Incorporación o modificación?

Desde el punto de vista social, una parte considera legítimo que el hijo afín herede al padre afín, porque si hubo una convivencia de muchos años, habiendo logrado la integración familiar y un vínculo afectivo, correspondería; de lo contrario, como la sucesión ab intestato se determina por el parentesco consanguíneo, el padre afín, podría ejercer su voluntad por vía del testamento hasta el límite de la porción disponible.

A continuación, expondremos algunas propuestas por parte de la doctrina para superar esta realidad en la familia ensamblada:

- 1) X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, se llegó a la conclusión de la necesidad de crear un nuevo orden sucesorio (setiembre de 1998, tomo III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 306);
- 2) María Josefa Méndez Costa está de acuerdo y apoya la necesidad de estudiar el derecho sucesorio del hijo afín y progenitor afín (La familia en el nuevo derecho, t.1, p.514);
- 3) Modificar el orden sucesorio e incorporar al hijo afín, sin calidad de forzosos y con el requisito de haber convivido entre ellos durante cinco años (Cuartas Jornadas Interdisciplinarias de Derecho de Familia, Minoridad y Sucesiones de Morón, 1995, ponencia: Dolores Loyarte y Silvana Ballarin);
- 4) Aumentar la porción disponible para mejorar la situación de los hijos afines o, bien, crear una cuota disponible especial para los hijos;
- 5) Además, se ha sugerido un sistema donde los bienes propios de un cónyuge que provienen de la unión anterior sean heredados por los hijos nacidos del vínculo precedente. En cambio, sobre los bienes gananciales de la segunda o ulterior unión heredarían los hijos propios y afines.

57 Grosman, Cecilia (2013). Ob. Cit. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo, San Francisco, Córdoba, sentencia 13/12/2012

En otras palabras, se abre el debate ya que entran en juego el lazo afectivo, las emociones personales de cada uno de los integrantes y los sentimientos que generan estas situaciones. Habría que analizar qué propuesta resulta la más idónea y eficaz para dar respuesta, si la incorporación o modificación en el derecho sucesorio, y bajo qué términos y condiciones.

IX. La adopción por integración como mecanismo para otorgar entidad jurídica a los vínculo familiares

Ante el silencio en nuestro ordenamiento jurídico de normas específicas, se acude a la adopción de integración con el propósito de consolidar la relación entre el progenitor afín y su hijastro/hijastra, para que se le otorgue entidad jurídica al vínculo entre un cónyuge y los hijos del otro⁵⁸.

En este sentido, nuestro Código contempla preceptos que le dan tratamiento particular a la adopción del hijo del cónyuge, establece que toda persona que cumpla con las condiciones previstas por la ley puede solicitar la adopción del hijo del cónyuge o conviviente, sea que se trate de una filiación matrimonial, extramatrimonial o que derive de la adopción (art. 315, Cód. Civil)⁵⁹. Si bien, en nuestro país, no existen datos sobre el número de adopciones con fines de integración, se trata del mecanismo utilizado para que los hijos de la mujer sean adoptados por su nuevo marido. El régimen establecido por la ley 24779 sólo elimina el requisito de la diferencia de edad cuando se trata del cónyuge supérstite que quiere adoptar al hijo adoptivo del cónyuge premuerto⁶⁰.

En líneas generales, la ley admite la adopción del hijo del concubino/a, hijos mayores o menores emancipados del cónyuge o concubino, siendo necesario, en este último supuesto, el consentimiento del adoptado, pero no así por parte de los padres biológicos ya que no ejercen sobre ellos la responsabilidad parental⁶¹. Sin embargo, se trata de un requisito esencial citar a los progenitores del menor con el

58 Grosman, C.; Martínez Alcorta, I. (1998) *La adopción de integración y la familia "ensamblada"*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, página 1. "En este sentido, aún cuando los caminos difieran en las soluciones, compartimos la inquietud de Elsa Arias de Ronchietto de dar entidad propia al vínculo entre un cónyuge y los hijos del otro, que la autora denomina "filiación por afinidad" ("La adopción", ed. Abeledo-Perrot, 1997). En las I Jornadas Interdisciplinarias de Derecho de Familia, Minoridad y Sucesiones, 9 a 11/11/95, se propició el estudio de una regulación jurídica específica que contemple los derechos y deberes entre padre/madre afín e hijo afín."

59 Grosman, C.; Martínez Alcorta, I. (1998), Op. Cit., página 2. En el derecho comparado (Francia, Suiza, Luxemburgo, Alemania, Bélgica, Portugal y San Salvador) se atenúan las exigencias, tanto las que se refieren a los requisitos de edad, como las que tratan la diferencia de edad que debe existir entre el adoptante y el adoptado; por el contrario, en nuestra jurisprudencia el "interés superior del niño" es el principio que ha fundamentado flexibilizar las normas cuando se trata de una adopción por integración.

60 Artículo 312: "Nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges. Sin embargo, en caso de muerte del adoptante o de ambos cónyuges adoptantes, se podrá otorgar una nueva adopción sobre el mismo menor. El adoptante debe ser por lo menos dieciocho años mayor que el adoptado salvo cuando el cónyuge supérstite adopta al hijo adoptado del premuerto." Juzg. Nac. Civ. Cap. Fed., n. 23, exp. 13249/90, cit. por Moreno G., art. cit. D'Antonio considera, en cuanto a la diferencia de edad, que la situación debiera resolverse por los jueces en cada caso concreto y que especialmente deberá contemplarse este aspecto en las adopciones de integración que autoriza a soslayar diversas disposiciones por sus características específicas (Hugo D' Antonio, "Régimen legal de la adopción", Rubinzal-Culzoni Edit., Buenos Aires, 1997, p. 49).

61 Artículo 311, ley 24779: "La adopción de menores no emancipados se otorgará por sentencia judicial a instancia del adoptante. La adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado puede otorgarse, previo

propósito de que presten su consentimiento y sea otorgada la guarda con fines de adopción⁶²; a excepción del supuesto en que se adopta al hijo del cónyuge⁶³. Asimismo, la adopción simple extingue el ejercicio de la patria potestad de los padres biológicos a excepción de la adopción del hijo del cónyuge⁶⁴.

Asimismo, el criterio en nuestro orden jurídico, es admisión de la adopción simple cuando se adopta al hijo del cónyuge, permitiéndole al niño conservar sus vínculos con su familia de origen, preservando los efectos que derivan de ello⁶⁵. Uno de los efectos jurídicos más relevantes, en las relaciones de familia, es que el adoptado llevará el apellido del adoptante, generando así unidad y sentimiento de pertenencia dentro de la familia ensamblada.

En razón de lo expuesto, entendemos que se trata de un mecanismo de integración y unidad familiar, pero que no necesariamente resulta ventajosa en algunos supuestos y, coincidimos (Grosman, C.; Martínez Alcorta, I., 1998), que debe considerarse el interés superior del niño como así también se debe analizar el punto de vista del padre biológico no conviviente y su familia. De todos modos, se podría legislar en forma específica, sobre derechos y deberes entre un cónyuge y los hijos del otro, otorgando pertenencia e identidad al niño dentro del núcleo de la familia ensamblada.

X. Un caso de familia ensamblada en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Analizaremos en esta oportunidad un reciente pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un caso que se relaciona con el objeto de nuestro trabajo: "Atala Riffo y Niñas vs. Chile", sentencia del 24 de febrero de 2012⁶⁶.

consentimiento de éstos cuando: 1. Se trate del hijo del cónyuge del adoptante. 2. Exista estado de hijo del adoptado, debidamente comprobado por la autoridad judicial."

62 Artículo 317, ley 24779: "Son requisitos para otorgar la guarda: a) Citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción. El juez determinará, dentro de los sesenta días posteriores al nacimiento, la oportunidad de dicha citación. No será necesario el consentimiento cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad Judicial. Tampoco será necesario cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad, o cuando hubiesen manifestado Judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción. b) Tomar conocimiento personal del adoptando; c) Tomar conocimiento de las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los adoptantes teniendo en consideración las necesidades y los intereses del menor con la efectiva participación del Ministerio Público, y la opinión de los equipos técnicos consultados a tal fin.

d) Iguales condiciones a las dispuestas en el inciso anterior se podrán observar respecto de la familia biológica. El juez deberá observar las reglas de los incisos a), b) y c) bajo pena de nulidad"; salvo, que se encuentre privado del ejercicio de la patria potestad de acuerdo a los supuestos que dispone el art. 307 del Cód. Civil

63 Art. 316, Cód. Civil

64 Art. 331, Cód. Civil

65 Grosman, C.; Martínez Alcorta, I. (1998), Op. Cit., página 6. Se refiere a la historia personal, su derecho a la identidad, los derechos alimentarios y sucesorios.

66 Resumen oficial emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, versión electrónica en

I. Los hechos

En relación con un proceso de custodia interpuesto ante los tribunales chilenos por el padre biológico de las niñas M., V. y R., hijas en común con la señora Karen Atala Riffo, consideró que su orientación sexual y particular convivencia con su pareja del mismo sexo, causaban un daño a las niñas.

II. La cuestión controvertida

Una vez separados de hecho, los padres biológicos, de común acuerdo celebraron un convenio por el cual la madre de las niñas tendría a su cargo la tenencia. Posteriormente, el padre alega que se encuentra en peligro el desarrollo emocional de sus hijas ya que la situación fáctica en la que había sido otorgada la tenencia a favor del otro progenitor a través del convenio, había cambiado. En efecto, la Sra. Atala y las niñas estaban conviviendo con su compañera. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de Chile otorga la tuición definitiva al padre.

III. La decisión del Juzgado de Menores de Villarrica

Las dos principales decisiones que fueron adoptadas en el Juzgado de Menores de Villarrica, son: en primer lugar, el 2 de mayo de 2003 le concedió la custodia provisional al padre de las niñas sin haber elementos que permitieran presumir alguna inhabilidad legal de la madre. Argumentó así diciendo: “que [...] la demandada haciendo explícita su opción sexual, convive en el mismo hogar que alberga a sus hijas, con su pareja, [...] alterando con ella la normalidad de la rutina familiar, privilegiando sus intereses y bienestar personal, por sobre el bienestar emocional y adecuado proceso de socialización de sus hijas”, y ii) “que la demandada ha privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones, que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores de autos, y de lo cual no cabe sino concluir, que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobra[n] gran importancia”. Luego, el 29 de octubre de 2003 rechazó la demanda instada por el padre considerando que, en base a la prueba existente, la orientación sexual de la madre de las niñas no representaba un impedimento para desarrollar, en forma responsable, su maternidad.

IV. La decisión de la Corte de Apelaciones de Tamuco

El 30 de marzo de 2004 la Corte de Apelaciones confirmó la Sentencia. No obstante, el 31 de mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja presentado por el padre de las niñas, y le concedió la tuición definitiva, indicando: “en todas las medidas que le conciernan [a los niños y niñas], es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de sus padres”. Y que la madre de las niñas “ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que llevaba a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas”.

V. La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana declaró a Chile responsable internacionalmente por vulnerar normas de carácter general de la Convención Americana, en perjuicio de la señora Karen Atala Riffo, y no cumplir con la obligación de respeto y garantía.

Cabe señalar que la Corte advierte que el derecho de igualdad y la no discriminación generan una obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el libre ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana y, en este sentido, estableció que la orientación sexual y la identidad de género se encuentran protegidos en la categoría de "otra condición social". En este contexto, una norma o decisión estatal que restrinja o disminuyan los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, constituye un acto o práctica discriminatoria.

Por otra parte, la determinación del interés superior del niño y las presunciones de riesgo, no pueden ser elaboradas sobre la base de especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características generalizadas de los padres o por su orientación sexual. De este modo, la condición social no puede ser un elemento para decidir sobre una tuición o custodia.

Ciertamente, la Corte sostuvo que el derecho a la vida privada y vida familiar se caracterizan por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Además, señaló que la Corte Suprema de Justicia violó el derecho de las niñas a ser oídas. En especial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció distintas medidas de reparación y, en este sentido, obligó al Estado a brindar atención médica y psicológica en forma gratuita, inmediata y efectiva a las víctimas; publicar el resumen oficial de la Sentencia; a reconocer en un acto público su responsabilidad internacional; implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación, dirigidos a funcionario públicos y judiciales; y a pagar determinadas cantidades en concepto de indemnización por daño material e inmaterial y reintegro por costas y gastos. Asimismo, la Corte supervisará al Estado chileno por el cumplimiento íntegro de la Sentencia⁶⁷.

XI. Conclusiones finales

La existencia de las familias ensambladas, como nuevas formas de organización y estructura del núcleo de la vida familiar, distinta a la forma tradicional, justifica que se realicen nuevas propuestas que puedan ser incorporadas a nuestro actual ordenamiento, tanto para fortalecer como para contribuir a una protección jurídica integral y, cubrir así, los vacíos legales. En este sentido, aun cuando se formulan distintos caminos para brindar soluciones, es de gran importancia legislar y darle verdadera identidad al vínculo entre el progenitor afín y los hijos del cónyuge o conviviente.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- BIDART CAMPOS, Germán (1995) *El Derecho Constitucional y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar.
- BELLUSCIO, Augusto C. (2006) *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Astrea, t. 1.
- BORDA, Guillermo (1993) *Tratado de Derecho Civil. Familia*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- BOSSERT, Gustavo (1999) *Régimen jurídico de los alimentos*. Buenos Aires, Astrea.
- FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo G. (2011) *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMÁ, María Victoria y Herrera, Marisa (2006) *Derecho constitucional de familia*, Buenos Aires, Ediar, t. 1.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (1999) *El concepto constitucional de familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- GROSMAN, Cecilia P. (1998) *¿Debe regularse a las convivencias de pareja?* Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- GROSMAN, Cecilia P. y HERRERA, Marisa (2007) *Un fallo que actualiza el debate sobre la diada alimentos a los hijos y derechos humanos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- GROSMAN, Cecilia P., MARTÍNEZ ALCORTA, Irene (1995) *Vínculo entre un cónyuge y los hijos del otro en la familia ensamblada. Roles, responsabilidad del padre o madre afín (padrastra/madrastra) y los derechos del niño*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- GROSMAN, Cecilia P. y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene (1998) *La adopción de integración y la familia "ensamblada"*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- GROSMAN, Cecilia P. y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene (1998) *El derecho a la vivienda de los hijos menores en la familia ensamblada (nuevas uniones después del divorcio o viudez)*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- GROSMAN, Cecilia P.; MESTERMAN, Silvia (1989) *Organización y estructura de la familia ensamblada. Sus aspectos psicosociales y el ordenamiento legal*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- MAZZINGHI, Jorge (1972) *Tratado de Derecho de Familia*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1972

67 Resumen oficial emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Op. Cit.

- MAZZINGHI, Jorge A. (1996) *Derecho de Familia, tomos. 1 y 2*. Buenos Aires, Ad. Abaco.
- MEDINA, Graciela (2012) *Las grandes reformas al Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires, véase en versión electrónica www.gracielamedina.com
- ZANNONI, Eduardo A. (1998) *Derecho de Familia, tomo 1*. Buenos Aires, Astrea.