

Deberes y derechos de los padres e hijos afines (Modelos de duplicación y sustitución de la función parental en la familia ensamblada)

Alesi, Martín B.

Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015 , 197 • LA LEY 2015-C

Sumario: 1. Introducción.— 2. Contenido de la relación paterno-filial afín.— 3. Atenuación de la regla de prioridad.— 4. Palabras finales

Cita Online: AR/DOC/1305/2015

Voces

1. Introducción

La posmodernidad familiar a la que asistimos desde hace un tiempo comprende un proceso caracterizado por la libertad de elección de los proyectos familiares; los cambios en los roles conyugales; la disociación entre sexualidad, procreación y matrimonio; la pérdida del control social sobre las formas de acceso a la maternidad/paternidad; la flexibilidad en los modos de convivencia, y la sustitución de la biología y la naturaleza como componentes legitimadores de las relaciones de parentesco por la voluntad y la elección de los individuos. (1)

En este contexto surge una importante valorización de la participación que tienen algunos adultos en el cuidado cotidiano de los niños pese a que no son sus progenitores, como sucede con allegados, familiares, y en particular, con el padre o madre afín, realidades afectivas silenciadas que reclamaban un reconocimiento legal para el apropiado ejercicio de la parentalidad en beneficio del niño.

Pero la temática de la familia ensamblada dista de erigirse en una novedad, o en una nueva forma familiar. Bien ha dicho el maestro Cornu que la expresión "familias recompuestas", empleada habitualmente por la doctrina francesa, es un nombre nuevo para una situación muy antigua. (2)

Recordemos que la doctrina nacional caracteriza a la familia ensamblada como "la estructura originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o de una relación previa". (3) Como vemos, dicha forma familiar se constituye mediante el matrimonio o la unión convivencial, pudiendo incluir hijos de relaciones anteriores, sea de uno o ambos de sus miembros, y también hijos comunes. En ese sentido, el Código Civil y Comercial denomina progenitor afín "al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente" (art. 672).

Las familias ensambladas existieron siempre, pero con una diferencia notable: ayer, resultaban de la viudez; en la actualidad, se originan principalmente por la separación de la pareja. Le Gall recalca que "a diferencia de la viudez en que el padrastro o la madrastra vienen a ocupar un lugar 'vacante', la desunión hace de este último un actor suplementario del reparto familiar. El papel de padrastro o madrastra por lo tanto no se puede desempeñar únicamente en el modo de la sustitución. La recomposición de la familia tras una separación con hijos de la unión anterior requiere que se vuelva a considerar la organización familiar según modelos de comportamiento inéditos, en particular, en lo que se refiere a los deberes y obligaciones de los actores, tanto en el hogar recompuesto como en la constelación familiar". (4)

Algunos años atrás, Grosman y Martínez Alcorta reflexionaban con buen tino que en las familias intactas, roles como el sustento, la educación o la autoridad parental eran comportamientos sociales conocidos. En cambio, en las familias ensambladas prácticamente no existían lineamientos institucionales ni normas que guíen la conducta de sus integrantes, situación que aparejó la ambigüedad en los roles, ocasionando que otros familiares y terceros duden cómo obrar. Estas incertidumbres originadas en la falta de explicitación de las reglas de funcionamiento provocaron el debilitamiento de la función normativa indispensable para el desarrollo de los niños. (5)

El imaginario colectivo del mundo occidental no alberga todavía una idea acabada del rol particular que cumple el padre o madre afín, por lo que la nueva normativa establecida en los arts. 672 a 676 del Código Civil y Comercial contribuirá, sin dudas, a completar el contenido de la relación (ahora jurídica) paterno-materno-filial afín, delimitando cabalmente el ámbito de ejercicio de la función parental a su cargo.

El Código rescata al progenitor afín del limbo familiar, social y jurídico en que se encontraba a raíz de esa ambigüedad, cumpliendo el Estado con su obligación de brindar una cobertura jurídica que garantice la concreción de una adecuada parentalidad en la familia ensamblada, en virtud de la cláusula contenida en el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

Ahora bien, liminarmente debe diferenciarse entre las nociones de parentesco y parentalidad. El parentesco alude a un status de padres reconocido y garantizado por la ley, mientras que la parentalidad se refiere al ejercicio de las tareas relacionadas con la crianza, los cuidados y la educación de los niños, que corresponden al estado de padres, pero que estos pueden dejar o compartir con otras personas, sin por ello perder esa calidad. (6)

Explicando una de las causas de las diferentes parentalidades como nuevos escenarios convivenciales, se subraya agudamente que la disociación entre pareja conyugal, pareja parental y pareja progenitora como consecuencia de separar lo que hasta ahora iba unido (sexualidad, procreación, alianza y filiación), cuestiona el modelo biparental padre/madre dominante en la visión cultural del parentesco occidental y sin llegar a desaparecer, lo coloca como uno más junto con los modelos de homoparentalidad (7), pluriparentalidad y monoparentalidad/monomarentalidad. (8)

En palabras de Tamayo Haya, en la actualidad debe buscarse una regulación global de los problemas planteados por la función de parentalidad en su conjunto. Existe una disociación de las dimensiones genealógicas y educativas más frecuente que en el pasado, y en una sociedad burocrática e impersonal donde cada uno debe justificar el poder en virtud del cual actúa, no parece posible dejar más la función de hecho que asumen ciertos adultos cerca de un niño sin un mínimo de traducción jurídica. (9)

En esa misma dirección, una de las antropólogas más importantes de España, Ana María Rivas, asegura certeramente que "si el rol de padre/madre es un rol socialmente asignado a aquellas personas que se responsabilizan de cumplir las tareas de parentalidad necesarias para el desarrollo pleno y el bienestar de los niños, no tenemos por qué dar por supuesto ni por evidente que los progenitores han de asumir estas funciones, ni tampoco tenemos por qué desechar la idea de que otras personas no vinculadas biológicamente con los niños puedan asumirlas, como es el caso de las nuevas parejas de los progenitores, el padrastro y la madrastra. Lo que nos lleva a preguntarnos: ¿de qué depende entonces ser reconocido como padre/madre?, ¿qué es un padrastro o una madrastra?, ¿pueden estos últimos ejercer las funciones parentales sólo en los

casos que los progenitores renuncien al ejercicio de la parentalidad o pueden compartirlas con los progenitores que no lo renuncian, dando lugar a situaciones de pluriparentalidad?". (10)

Conforme lo destaca la doctrina brasilera, la verdadera paternidad exige una concreta relación paterno-filial, padre e hijo que se traten como tal, de donde emerge la verdad socioafectiva. Para María Berenice Dias, "el parentesco ha dejado de mantener, necesariamente, correspondencia con el vínculo consanguíneo. Si aquel que genera no es quien desempeña las funciones paternas, surge la figura del padre distinta de la persona del genitor. En estas hipótesis es que cabe investigar la parentalidad más allá de la realidad natural. Delante de los nuevos referenciales, ya no se busca en la verdad jurídica o en la realidad biológica la identificación de los vínculos familiares. Para ser reconocida la filiación no es necesario que exista la partida de nacimiento con el nombre del genitor y tampoco es necesario cualquier acto formal de reconocimiento por aquel que asumió la condición de padre. La paternidad no es sólo un acto físico, sino, principalmente, un hecho de opción, sobrepasando los aspectos meramente biológicos, o presumidamente biológicos, para adentrar con fuerza y vehemencia en el área afectiva". (11)

La idea es condensada por la doctrina española de la siguiente manera: "el peso que hoy se le otorga a lo relacional, permite que el padre social sea una figura menos difusa, más clara, con más sentido. A la vez, el progenitor deja de definirse por atributos consanguíneos, de respeto debido, de amor naturalizado, y se habla más de una conquista de la paternidad". (12)

Aunque las fuentes del parentesco para el nuevo Código se reducen a la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad, es importante que para determinados efectos jurídicos no se dejen al margen al parentesco socioafectivo, que une a las personas en un mismo núcleo familiar por los vínculos afectivos que mantienen entre sí. (13) La inclusión que propongo no es trivial: solamente el "pariente" puede ser delegatario del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 643), convertirse en guardador del niño en supuestos de especial gravedad (art. 657), y hasta en guardador preadoptivo a pesar de la existencia de una entrega directa del niño por parte de sus progenitores (art. 611, párr. 2°).

Como después se analizará, el Código Civil y Comercial toma distancia del esquema tradicional de biparentalidad impuesto por el código anterior, es decir, del mito del padre y la madre como únicas figuras parentales que aglutinan el cúmulo de deberes y derechos sobre el hijo, propio del modelo familiar nuclear y heterosexual, permitiendo ahora la nueva regulación la participación en la crianza, cuidado y educación del niño de personas que, en puridad, no tienen atribuida la titularidad de la responsabilidad parental.

Claro que reglamentar el rol del progenitor afín no es una tarea sencilla, por la notable resistencia que ofrecen estas constelaciones familiares ensambladas a la hora de ser encapsuladas en una norma legal, ante la dinámica interna heterogénea que se evidencia en cada una de ellas. Al respecto, se advierte que la cantidad de supuestos de hecho que pueden presentarse en este tema hace difícil legislar de forma uniforme y encontrar soluciones únicas. (14) Es que bajo la denominación de "familias ensambladas", se encierran variadas realidades sociológicas, o sea, la relación madre/padre afín hijo afín contiene vivencias diferentes derivadas del real lugar y rol que ocupa la persona en la familia. (15)

Enfatizando este delicado aspecto, Dekeuwer-Defosse detalla que las situaciones son demasiado diversas: las necesidades de intervención del derecho divergen según que la recomposición familiar haya derivado de un fallecimiento, de una separación de hecho, de un divorcio, o de la ruptura de una pareja de hecho; que la pareja haya vivido largo tiempo o no con el niño; que existan o no medio o "casi" hermanos o hermanas, etc. (16)

Por otro lado, el derecho tiene que contribuir a la creación de posiciones y roles claros, aunque evitando crear un estereotipo legal que impida soluciones flexibles, adecuadas a cada núcleo familiar. (17)

Similar preocupación es compartida por Tamayo Haya, al sostener con un perspicaz concepto que la construcción de un conjunto de reglas para el padre afín corre con el riesgo de chocar con dos peligros: la diversidad de las familias recompuestas, que se conjuga mal con encerrar a aquél en un estatuto jurídico rígido y fuertemente limitado; y la disparidad de las voluntades de implicación de los padres afines, ya que una regulación no permitiría distinguir según la voluntad y el grado de intervención de los padrastros, cuando la realidad nos demuestra que las aspiraciones de éstos pueden variar. (18)

El Código Civil y Comercial aporta varias respuestas jurídicas útiles, pero no debe suponerse que son lo suficientemente dúctiles para abarcar a todo el catálogo de supuestos susceptibles de presentarse en materia de función parental en la familia ensamblada. Cuando imaginamos los diferentes grados de participación del padre o madre afín en el ejercicio de la parentalidad del hijo de su pareja, así como determinadas trayectorias que quizás aparezcan en el ciclo vital del grupo, surgen combinaciones familiares —incluso frecuentes— que no han sido aprehendidas (era imposible que lo sean) en la novel normativa en toda su dimensión, requiriéndose que los jueces

realicen ciertos ajustes por vía interpretativa para brindar una solución acorde a las circunstancias que se presenten con un determinado núcleo familiar ensamblado.

2. Contenido de la relación paterno-filial afín

a) Rol complementario del progenitor afín

De acuerdo a lo previsto por el art. 673 del Cód. Civ. y Com., el progenitor afín "debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor. Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental".

En términos generales, el precepto legal tiene —en opinión de Grosman— carácter enunciativo por lo que puede realizar otras tareas que impliquen ayuda a la madre o al padre en el ejercicio de su responsabilidad parental atinentes a la crianza y formación del niño o adolescente, como asistir al colegio del hijo, llevarlo o traerlo del establecimiento educativo, acompañarlo al médico, colaborar con las tareas escolares, contratar una cobertura médica y realizar distintos actos en su beneficio. (19)

En lo atinente a la naturaleza jurídica del rol que desempeña el padre o madre afín, en un comentario a la legislación catalana (20) Rivero afirma que no ejerce una responsabilidad parental, no es titular de una función institucional, sino que participa de la guarda que compete al progenitor custodio en la toma de ciertas decisiones relativas al hijo. (21)

Agrega luego que "aunque es de difícil calificación jurídica esa posición del padrastro, se aproxima a la de ejercicio de una 'patria potestad limitada' — la Kleines Sorgerecht de la doctrina alemana —, con mayor peso del adjetivo que de la potestad, que no es en puridad. El padrastro sólo comparte parcialmente algunas competencias del progenitor guardador, que no todas, y aun esa 'participación' está condicionada tanto en su vigencia como en su ejercicio (en caso de discrepancia prevalece el criterio del progenitor)". (22)

Para otras voces de la doctrina foral española, no hay atribución de la responsabilidad parental al progenitor afín, ni tan siquiera ejercicio de la misma, es decir, guarda y custodia del niño, sino un simple derecho a participar en los asuntos de la vida ordinaria del hijo. (23) Se explica que el padre afín no ejerce una autoridad propia, sino que participa de la de su cónyuge, como si fuera una consecuencia de un gobierno dual en todo hogar, al que pueden estar sujetos los niños que allí viven. Se trata de un intento de expresar la idea de que el progenitor afín no adquiere ninguna autoridad familiar distinta y separada de la de su cónyuge, sino que entra a formar parte de la de éste, evitándose ingresar en el dilema de la existencia, alegada por los juristas más reacios a la figura, de "tres padres" en estos supuestos de hecho. (24)

Con algún matiz diferente, el Código de Derecho Foral de Aragón (25) alude a una "autoridad familiar", escindible de la noción de "responsabilidad parental", que es susceptible de ser ejercida por personas distintas de los progenitores, al indicar en su preámbulo que "la autoridad familiar — que no es, conceptualmente, el equivalente de la institución de la patria potestad— es una función atribuida a los padres como instrumento necesario para cumplir de forma adecuada su deber de crianza y educación. Habitualmente lleva consigo la gestión de los bienes del hijo, pero no como contenido de un poder paterno, sino como función aneja a la autoridad familiar que no es esencial a la misma, puesto que también puede corresponder a otras personas, incluido un tutor real, al tiempo que los padres ejercen la autoridad familiar. Esta distinción y relativa disociación entre autoridad familiar y gestión de los bienes facilita también la atribución del ejercicio de la autoridad familiar a personas distintas de los padres (padrastra o madrastra, abuelos, hermanos mayores), sin darles acceso por ello a la gestión de los bienes".

Se aprecia entonces que la responsabilidad sobre el niño ya no es exclusiva de sus progenitores, lo que ha llevado a una autora francesa a afirmar que en la actualidad no cabe hablar de una autoridad "parental", pues en realidad, la autoridad pertenece a una pluralidad de familiares del niño, con prescindencia de la existencia de un vínculo de filiación. (26)

Bajo ese prisma, el art. 64 del código aragonés estatuye que la autoridad familiar es una función inexcusable que se ejerce personalmente, "sin excluir la colaboración de otras personas", y siempre en interés del hijo.

La naturaleza jurídica de la función parental a cargo del progenitor afín no es un tema exento de discusiones. A tal punto es así, que durante un debate parlamentario un legislador aragonés afirmó —con bastante exageración— que explicar la expresión "participar en la autoridad familiar" es igual de difícil que resolver el misterio de la Santísima Trinidad. (27)

A mi modo de ver, el progenitor afín es un verdadero guardador del hijo de su cónyuge o conviviente, sin perjuicio de los deberes y derechos más reducidos que el art. 673 le atribuye en comparación con los del progenitor titular de la responsabilidad parental.

A diferencia de otras modalidades de la relación jurídica paterno-filial afín que veremos más adelante, el régimen básico o general contemplado por el art. 673 comienza ex lege a partir de la celebración del matrimonio o el inicio de la unión convivencial, sin que se requiera la previa demostración de un tiempo mínimo de convivencia entre padre e hijo afín, que ponga de relieve un trato afectivo recíproco.

¿Puede conformarse el vínculo de afinidad sin convivencia? El interrogante no es ocioso, ni de gabinete, frente a la alternativa de que una pareja prefiera organizar su cotidianeidad con la modalidad LAT (living apart together), manteniendo sus integrantes un proyecto de vida común sin compartir una misma residencia. La respuesta es aportada por el art. 672, al insertar en la caracterización legal del progenitor afín el presupuesto de la convivencia de los miembros de la pareja, y de éstos con el hijo, habida cuenta que se considera como tal al cónyuge o conviviente que "vive" con quien "tiene a su cargo" el cuidado personal del niño o adolescente.

En concordancia con lo dicho, repárese que cuando excepcionalmente es procedente fijar una cuota alimentaria asistencial a cargo del progenitor afín con posterioridad a la disolución del vínculo conyugal o cese de la unión convivencial, "el tiempo de la convivencia" es uno de los elementos gravitantes que el juez debe valorar para fijar la duración de la prestación (art. 676).

Ese lazo entre convivencia y parentalidad es recalcado por una socióloga francesa, quien reflexiona que no siendo amigo ni padre, el progenitor afín debe desempeñar su papel sin incurrir en una competencia simbólica con el progenitor no custodio. Esta ambigüedad se ve potenciada por su revocabilidad: el vínculo entre el padre e hijo afín es frágil al extinguirse cuando la pareja de adultos en la familia ensamblada se separa. La paternidad social, por definición carente de una dimensión biológica, aparece subordinada a la relación conyugal. (28)

En un interesante caso, el Tribunal Constitucional de Perú admitió una demanda de amparo promovida por un progenitor afín contra una asociación civil que denegó la extensión de un carnet de familiar a la hija de su cónyuge, argumentando que si bien la situación jurídica del hijastro no ha sido tratada por el ordenamiento jurídico de forma explícita, ni tampoco ha sido recogida por la

jurisprudencia peruana, en definitiva "el hijastro forma parte de la nueva estructura familiar, con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante la patria potestad de los padres biológicos. No reconocer ello traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar, lo que de hecho contraría lo dispuesto en la carta fundamental respecto de la protección que merece la familia como instituto jurídico constitucionalmente garantizado", agregando con respecto al requisito de la convivencia que "la relación entre los padres afines y el hijastro tendrá que guardar ciertas características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento. Es decir, tiene que reconocerse una identidad familiar autónoma, sobre todo si se trata de menores de edad que dependen económicamente del padre o madre afín"(29) (el destacado me pertenece).

Si el contenido del vínculo paterno-filial afín implica el establecimiento de deberes y derechos subjetivos correlativos que son sustancialmente análogos a los de la relación de guarda, va de suyo que la convivencia del niño o adolescente con el adulto es un requisito sustancial de la figura. No puede ser de otra manera, pues la convivencia es una de las propiedades relevantes de la guarda, y estriba en que los sujetos de ella residan o compartan teniendo un proyecto conjunto. (30)

Hay que preguntarse entonces que ocurre durante la separación de hecho de los cónyuges, ante la imposibilidad de que padre e hijo afín residan en un mismo lugar, por cuanto el Código parece admitir tácitamente la continuidad de la relación paterno-filial afín a pesar de esa circunstancia fáctica, en razón de que el art. 674 incluye a "la ruptura del matrimonio" como supuesto de finalización del ejercicio conjunto de la responsabilidad parental entre el progenitor afín y su cónyuge.

La cuestión radica en el alcance y sentido que se asigna a la expresión "ruptura del matrimonio", debiendo indagarse si es equivalente a disolución de la relación conyugal, en cuyo caso deberá aceptarse la subsistencia del vínculo paterno filial afín pese a la separación de hecho del progenitor y su cónyuge, o alude en realidad al quiebre de la convivencia como eventual estadio previo al divorcio o nulidad del matrimonio.

La primera hipótesis hermenéutica confronta con el recaudo de la convivencia que indica la caracterización legal del progenitor afín contenida en el art. 672, lo que conduce a desecharla en la medida que no es válido presumir la equivocación o el desacierto del legislador, ni interpretar los textos legales poniendo en pugna sus disposiciones. De acuerdo a la antigua doctrina de la Corte Suprema, la inconsecuencia o falta de previsión jamás se supone en el legislador y por esto se reconoce como un principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre

evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto. (31)

Descartada la interpretación anterior, el quiebre de la convivencia pone fin al vínculo entre progenitor e hijo afín, y en consecuencia, al ejercicio conjunto de la responsabilidad parental que se pactó con arreglo al art. 674.

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

A esta altura, divisamos que las nociones de "padrastro" y "progenitor afín" no son sinónimos o términos intercambiables, pues para que una persona sea considerada "padrastro" de un niño es suficiente que haya contraído matrimonio con su madre, mientras que será "progenitor afín" cuando conviva con ambos.

En referencia al derecho catalán, Rivero observa que no basta que haya un padrastro (situación y calificativo que se da por el mero matrimonio o pareja con el progenitor) para que se dé la relación jurídica, sino que es imprescindible que conviva con el hijo de su cónyuge o compañero(a). (32)

Como si fuese una operación aritmética, podemos resumir lo expresado de la siguiente forma:

progenitor afín = padrastro + guardador

Desde luego que, si el cuidado personal del hijo es compartido por los progenitores (art. 650, Cód. Civ. y Com.), el niño contará con dos progenitores afines si aquéllos reconstituyeron sus familias y tienen cónyuge o conviviente. La atribución del cuidado personal bajo esa modalidad simboliza que ambos titulares de la responsabilidad parental están a cargo del hijo, por lo que sus respectivas parejas deben asumir las funciones inherentes al rol de padre o madre afín, al encuadrar en la caracterización instaurada por el art. 672. Esa es la solución consagrada

implícitamente en el Código Civil de Cataluña en su art. 236-14, ap. 1º, cuando expresa que el progenitor afín es "el cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor que en cada momento tiene la guarda del hijo...".

Los redactores de la norma no han querido excluir la posibilidad de que el niño cuente simultáneamente con dos progenitores afines. De lo contrario, el precepto legal estaría escrito en forma similar al art. 1687, ap. 1º, del BGB alemán, que confiere facultades únicamente al cónyuge del progenitor "que ostenta la guarda exclusiva del hijo".

¿Puede renunciarse al ejercicio de este rol previsto por la ley? La regulación de la familia ensamblada persigue como finalidad asentar las pautas de ejercicio de la función parental en beneficio del niño o adolescente, predominando un fuerte interés social en esta materia que impide su renuncia (arts. 12 y 13, Cód. Civ. y Com.; art. 2º, ley 26.061).

Correctamente se ha dicho que la autoridad que se ejerce en interés de los hijos no se agota en una función, sino que conlleva un complejo de derechos subjetivos de los adultos en la medida que permite el ejercicio erga omnes del poder, oponiendo su titularidad a quienes pretendieran desconocer su ejercicio. Se trata de derechos-deberes que significan simultáneamente una facultad de actuar que, por estar referida a la satisfacción de un interés ajeno —el beneficio de los hijos—, es también un deber de procurar esa satisfacción. (33) En un precedente, la Corte Constitucional colombiana aseveró que esta clase de derechos son instrumentales, cuyo ejercicio sólo será legítimo en la medida en que sirva al logro del bienestar del niño, de forma tal que no quedan a la voluntad y disposición de sus titulares, en razón a que no son reconocidos en favor de los sujetos a quienes se les confieren, sino a favor de los intereses de los hijos. (34)

El art. 673 no deja lugar a dudas: en paralelo a los principios de solidaridad y responsabilidad que integran el nuevo orden público, concibe a las facultades atribuidas al progenitor afín como un deber jurídico familiar de contenido personalísimo, por cuanto el texto legal dice que "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.

Esa redacción es ampliamente superadora de las regulaciones del derecho foral español, que conciben la intervención del padre afín como un derecho de participación en la autoridad doméstica, salvo que exista un riesgo inminente para el niño, en cuyo caso esa facultad se

transforma para cierta doctrina en un deber legal (no sólo ético), una especie de derecho-deber típico de ciertas incumbencias familiares. (35)

La norma es lo suficientemente maleable para admitir diferentes modos de ejercicio del rol de colaboración, según el nivel de involucramiento que el progenitor afín tenga en la crianza y cuidado del hijo de su pareja, determinado por el entrecruce de las expectativas de los integrantes del grupo familiar, los acuerdos expresos y tácitos de la pareja parental (y del progenitor no custodio, si lo hubiere), y la calidad e intensidad del vínculo afectivo entre el niño y su padre afín.

En algunas estructuras familiares, el progenitor afín mantendrá un papel acotado, casi periférico, ocupándose únicamente de los asuntos de superintendencia del niño (llevarlo y traerlo de la escuela o de las actividades extracurriculares), sin desempeñar ninguna tarea de formación, que quedará a cargo de su pareja.

En otras, los lazos afectivos estables y estrechos con el niño y la consiguiente injerencia en su esfera personal, habilitarán la asunción de funciones más comprometidas con la crianza, involucrándose en sus actividades cotidianas y construyendo con su pareja un proyecto educativo común, con líneas de actuación bien definidas, que permita el desarrollo de las potencialidades del hijo.

Como sea, la presencia de hijos de uno de los integrantes requiere que la pareja converse todos los temas relacionados con la crianza: cuándo y cuánto el progenitor afín se involucrará en la disciplina, en qué condiciones su cónyuge o conviviente lo apoyará, qué normas de conducta y qué valores son importantes transmitirles a los niños. (36)

Ahora bien, conviene no perder de vista que la construcción de la paternidad y maternidad en la familia ensamblada se canaliza por medio de tres tipos de estrategias: sustitución, duplicación y evitación, de acuerdo a las prácticas desarrolladas por el padre o madre afín y su pareja con relación a los hijos en cuanto al desempeño o no de las funciones parentales (tareas relativas a los cuidados y atención cotidianos, apoyo escolar, transmisión de hábitos y modales, entretenimientos, salud, enfermedad, educación), y reconocimiento o denegación de las posiciones de parentesco. (37)

Para el Código Civil y Comercial, la mismísima esencia del rol complementario del padre o madre afín se apoya firmemente sobre la idea-fuerza de una pluripaternidad jerarquizada, ya que el diseño legal adhiere sin cortapisas a un modelo de duplicación de las funciones parentales, en el que éstas son compartidas entre los progenitores titulares de la responsabilidad parental y el padre o madre afín, aunque instaurándose una jerarquía en favor de los primeros. (38)

Al delimitar el rol esperable del progenitor afín en el cuidado y crianza del hijo de su pareja, la ley aspira a suprimir de la dinámica de estas constelaciones familiares ensambladas el despliegue de estrategias de evitación, a través de las que los progenitores titulares de la responsabilidad parental desempeñan sus funciones previniendo que lo haga el padre o madre afín; y también las estrategias de sustitución, en las que el progenitor afín asume el papel que le correspondería al padre no conviviente, quien deja de cumplirlo. (39)

Tenemos, pues, un esquema legal jerárquico de organización y participación de la parentalidad en la familia ensamblada, que se traduce en una regla de prioridad que se desprende con facilidad del articulado del nuevo Código.

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

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

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

Desde esta perspectiva, Grosman resume que el progenitor afín no ocupa el lugar del padre o la madre. No es una figura sustituta capaz de lesionar la autoridad e identidad parental, sino que es una figura de referencia distinta que contribuye en la función de cuidado y, al mismo tiempo, se respeta el vínculo afectivo que forma parte del derecho a la identidad en su faz dinámica del hijo afín. Añade la citada autora que se confiere "un lugar propio al cónyuge o compañero/a del progenitor que convive con el hijo, con la admisión de su papel diferente, de apoyo a la función de los padres, ahuyenta el fantasma de la competencia y evita los conflictos que nacen de un silencio legal". (40)

Lo determinante aquí es respetar el principio de coparentalidad ante la separación de los progenitores, para que el ingreso del padre o madre afín a la escena familiar, y más concretamente, a la cooperación en la función parental sobre el hijo de su pareja, no genere un conflicto de autoridad por suplantación del progenitor que no tiene atribuido el cuidado personal del infante.

Según Rivero, el padre o madre afín tiene la habilitación para actuar de forma individual y autónoma, con decisión propia y sin tener que consultar o pedir autorización previa a su cónyuge o conviviente, como colaborador de este último. Tampoco tiene que obrar de acuerdo con el progenitor, con quien puede disentir, sino que lo hace con criterio personal y bajo su responsabilidad, con la sola consecuencia de que prevalezca el del primero en caso de desacuerdo. (41)

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

En caso de que el progenitor afín haya otorgado el acto en contraposición al criterio del padre o madre del niño, la decisión surtirá todos sus efectos frente al tercero que haya obrado de buena fe, ello es, ignorando sin error excusable la circunstancia del desacuerdo de la pareja parental en la familia ensamblada. Por ejemplo, si el padre afín anota al hijo en un colegio privado en contra del parecer de la madre, el propietario del establecimiento podrá reclamar a ambos el pago del arancel por matrícula pactado en el contrato de prestación de servicios educativos, con arreglo a lo dispuesto por el art. 461, sin que la progenitora pueda alegar su falta de consentimiento para la inscripción del hijo, pues esa circunstancia interesa únicamente en el aspecto interno de la

relación parental, salvo que demuestre que el acreedor conoció, o debió conocer, el desacuerdo en cuestión.

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

Acerca de los deberes-derechos del padre o madre afín en condiciones excepcionales, la facultad de "adoptar decisiones en situaciones de urgencia" denota que las medidas a su cargo son mucho más amplias que las ligadas con la cooperación en la crianza y educación del hijo afín, o la realización de los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico, habilitándose su ejercicio cuando el interés concreto del niño exija una acción que, invariablemente, deba implementarse con premura, ante la ausencia temporal o imposibilidad de los progenitores. (42)

En estos supuestos, el niño corre un peligro actual, o lo hay de que se produzca si no se toma una decisión inmediata sobre la que no cabe consultar o recabar el consentimiento del progenitor que ejerce la responsabilidad parental; el acto o decisión que tomar no admite dilación sin grave perjuicio para el hijo (por ejemplo, en caso de accidente o urgencia en su salud). (43)

Aunque el progenitor afín no tiene intervención en la gestión y disposición de los bienes del hijo, no media ningún obstáculo para que adopte los actos conservatorios urgentes para evitar la pérdida o deterioro de un bien de éste, como la promoción de una demanda en representación del niño al único efecto de interrumpir el plazo de prescripción de una acción indemnizatoria, la venta de una cosecha perecedera ante la ausencia de los progenitores, etc.

Ello no quiere decir que esas acciones espontáneas en resguardo del patrimonio del hijo afín se encuadren en una gestión de negocios, en razón de que en esta figura el gestor interviene sin estar obligado (art. 1781, Cód. Civ. y Com.), y según hemos visto, el art. 673 es categórico en cuanto al carácter imperativo e irrenunciable de la función parental atribuida al progenitor afín.

b) Ejercicio delegado de la responsabilidad parental por el progenitor afín

Subrayé en el punto anterior que el Código parte del modelo de duplicación de funciones parentales para ubicar al progenitor afín en un rol de colaboración con los titulares de la responsabilidad parental. Pero no ocurre lo mismo cuando repasamos las dos otras modalidades admitidas en la nueva regulación, como la delegación del ejercicio contenida en el art. 674, y el ejercicio conjunto entre el progenitor y su pareja contemplado en el art. 675.

La delegación involucra, esencialmente, un ejercicio exclusivo del progenitor afín, cuando se verifica una delegación total, o un ejercicio repartido, si la transferencia de funciones es parcial; mientras que en el ejercicio conjunto, aquél reemplaza al padre o madre no conviviente con el niño, para actuar los deberes y derechos de la responsabilidad parental en concurrencia con el restante progenitor. El centro de gravedad de ambas figuras es el modelo de sustitución de las funciones parentales, desde que el progenitor afín, en lugar de desempeñar una limitada autoridad doméstica de cooperación, ingresa directamente al ejercicio de la responsabilidad parental que incumbe a uno o a ambos progenitores titulares.

Así, el art. 674 dispone que el padre o madre a cargo del hijo "puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio. Esta delegación requiere la homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente".

El precepto legal concuerda con el régimen general de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental previsto por el art. 643, que la autoriza siempre que el acto se justifique en el interés del hijo, que se convenga con un pariente, y no exceda del plazo máximo de un año, sin perjuicio de la posibilidad de renovarse por igual período por razones debidamente fundadas.

La delegación del ejercicio de la responsabilidad parental alude a aquellas situaciones en las que los titulares de la responsabilidad parental, o solo uno de ellos, acuerdan expresa o tácitamente transferir alguna o algunas de sus funciones a terceras personas, las cuales estarán a partir de este momento legitimadas para llevarlas a cabo. (44)

En rigor, reside en la transferencia de las funciones inherentes al contenido personal de la responsabilidad parental a personas ajenas a sus titulares, que se materializa mediante un

acuerdo expreso o tácito entre los titulares de la potestad y el tercero-delegado, o bien, en el caso de faltar uno de ambos titulares, por decisión unilateral del otro. (45)

La nueva normativa propone una lectura remozada de la intransmisibilidad como uno de los caracteres tradicionales de la responsabilidad parental, entendiéndose ahora que tal calidad apunta exclusivamente a la titularidad, pero no al ejercicio de los deberes y derechos, al permitirse cierto grado de disponibilidad en esta esfera de actuación práctica de la función, siempre que sea conveniente al interés del hijo.

En la familia ensamblada, el progenitor puede delegar el ejercicio de la responsabilidad parental a su cónyuge o conviviente cuando no estuviere en condiciones de cumplir la función en forma plena por dos razones: a) viaje (por ejemplo, por motivos de cursar sus estudios o trabajar en otra localidad alejada del domicilio), o b) enfermedad o incapacidad transitoria, debiendo interpretarse que la afección ha de ser grave, suficientemente obstativa del ejercicio de la responsabilidad parental.

El artículo en estudio presupone que el progenitor delegante detenta en forma exclusiva el ejercicio de la responsabilidad parental y el cuidado personal del hijo, surgiendo entonces la siguiente pregunta: ¿Puede delegarse la guarda del niño al progenitor afín, y atribuirse el ejercicio exclusivo de la responsabilidad parental al progenitor no custodio que no lo tiene?

La inquietud se plantea cuando el padre o madre delegante se ausenta del lugar de residencia del hijo, a causa de un viaje o una internación, dejando al niño al cuidado de su pareja. Por la estrecha relación entre el ejercicio de la responsabilidad parental y el cuidado personal del niño, no cabe una disociación absoluta entre ambas figuras legales. A juicio de Mizrahi, es posible que un progenitor ejerza la responsabilidad parental compartida sin tener el cuidado personal (ya que aquélla no es derivación de éste), pero sería difícil entender que a un padre se le asigne solo a él aquel ejercicio (unilateralmente) y que no desempeñe de modo exclusivo el cuidado personal del hijo. Agrega el autor que tampoco es concebible estar a cargo del cuidado personal del hijo (en alguna de sus variantes) sin que se le atribuya, a la par, el ejercicio de la responsabilidad parental, ya que el cuidado personal en sí implica en los hechos tal ejercicio, aunque limitado a la vida cotidiana del hijo. (46)

Acorde a ello, el régimen general de la delegación receptado en el art. 643 se posiciona directamente en que el delegado toma el ejercicio de la responsabilidad parental, y también la

guarda del niño, habida cuenta que los progenitores delegantes solamente "mantienen el derecho a supervisar la crianza y la educación del hijo en función de sus posibilidades". (47)

Dentro del cuadro de pluripaternidad jerarquizada que implanta el Código, y por aplicación específica de la regla de preferencia de los progenitores titulares que se enunció anteriormente, la delegación está condicionada a que exista una imposibilidad del otro progenitor para asumir el ejercicio de la responsabilidad parental, o bien que ello sea inconveniente para el niño.

La imposibilidad del progenitor puede ser material, por hallarse privado de su libertad en un establecimiento carcelario o en un instituto asistencial para el tratamiento de un sufrimiento mental o adicciones, o porque se desconoce su actual paradero; o jurídica, cuando está suspendido en el ejercicio de la responsabilidad parental (art. 702).

En cambio, la inconveniencia trasciende en circunstancias subjetivas y objetivas relativas al hijo o a su progenitor, que obstan a que el juez disponga una convivencia provisoria entre ellos por el tiempo en que se extienda el viaje, la enfermedad o la incapacidad transitoria del progenitor que ejerce el cuidado personal del niño.

Como regla, el juez estimará la inconveniencia empleando por analogía las pautas establecidas por el art. 653 para la atribución excepcional del cuidado personal unilateral del hijo, valorando especialmente su edad (inc. b), opinión (inc. c), y el mantenimiento de la situación existente y el respeto a su centro de vida (inc. d).

Si el progenitor delegante no continúa residiendo temporalmente con su hijo, será inconveniente conceder el cuidado personal y el ejercicio de la responsabilidad parental al progenitor no custodio siempre que el niño cuente con una edad y grado de madurez suficiente, y exprese libremente su preferencia de permanecer con su padre o madre afín; cuando sea desaconsejable introducir cambios en su organización vital, porque la figura del progenitor afín es más positiva para su desarrollo integral y equilibrio psicológico en el marco de una situación consolidada de convivencia y afecto recíproco; para preservar el vínculo afectivo y las vivencias cotidianas con sus hermanos convivientes; o debido a que el progenitor no custodio reside en otra localidad, afectándose con un eventual traslado el entorno de referencia en el cual se siente plenamente integrado, con el consiguiente perjuicio para la continuidad de sus estudios en el colegio al que asiste, de las actividades extracurriculares que realiza, de la relación con sus amigos y parientes próximos a su domicilio, etc.

La inconveniencia también se configura cuando se certifique la presencia de criterios negativos para la concesión del cuidado personal y el ejercicio al progenitor no custodio, como la adicción a las drogas o alcohol, enfermedad mental que se traduzca en una concreta incompetencia parental, o cualquier otra situación que exponga al niño a un descuido o trato negligente (criterios negativos subjetivos) (48); así como también ante la verificación de su indisponibilidad personal para dispensar al hijo mayor atención (criterio negativo objetivo). Si la jornada laboral del padre impide que pueda atenderlo personalmente durante gran parte del día, es preferible que el hijo permanezca al cuidado de la pareja de la madre si ya viene participando en el ejercicio de la parentalidad, en lugar de que familiares de la rama paterna, o inclusive el personal doméstico, sustituyan al padre durante la jornada laboral.

Excepto que el otro progenitor exprese su conformidad de modo fehaciente, el Código exige que la delegación se homologue en sede judicial. Esto significa que el acuerdo entre el progenitor y su pareja tiene que presentarse mediante una petición procesal extracontenciosa, que dará lugar a un proceso de jurisdicción voluntaria, y que invariablemente contendrá la alegación de las circunstancias impositivas al ejercicio de la responsabilidad parental de ambos progenitores.

El progenitor no custodio será citado para que manifieste su consentimiento o rechazo al planteo de los peticionantes, siendo una buena práctica forense que la cédula de notificación contenga el apercibimiento de estimarse su silencio como conformidad a la delegación.

Podrá fundar su oposición a la solicitud de homologación en la inexistencia de las causales legales que habilitan la delegación de la guarda, negando que el delegante tenga que viajar o enfrente una enfermedad o incapacidad transitoria que impida el ejercicio pleno de su función, y/o que exista de su parte la imposibilidad de asumir el ejercicio, o que ello sea inconveniente para el hijo.

Con ajuste al art. 710, la carga de la prueba recae en quienes estén en mejores condiciones de acreditar los hechos controvertidos, de modo que el delegante y su pareja comprobarán los extremos vinculados con el viaje o la enfermedad o incapacidad transitoria del primero, al tratarse habitualmente de hechos personales en los que la contraparte no ha intervenido. Cuando la alegación de los peticionantes resida en que el restante progenitor es inidóneo para ocuparse del cuidado personal del niño y actuar el ejercicio de la responsabilidad parental, el juez acudirá a la imprescindible colaboración del gabinete interdisciplinario y a cualquier otro medio probatorio conducente para indagar sobre esa situación, apreciando los elementos de prueba en conjunto y

de acuerdo a las reglas de la sana crítica, para pronunciarse en definitiva sobre la alternativa que mejor respete el interés del hijo.

Desde luego, la homologación de la delegación fundada en la inidoneidad del progenitor no ejerciente se basará en conductas concretas que puedan lesionar el bienestar del hijo, no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición (art. 656).

Aunque la norma no lo menciona expresamente, el juez cuenta con la potestad de distribuir el ejercicio de la responsabilidad parental entre el progenitor afín y el progenitor que se opuso a la delegación. Por ejemplo, si el hijo adolescente es propietario de algunos bienes inmuebles y prefiere quedar al cuidado de la pareja de su madre, el juez homologará parcialmente el acuerdo, delegando al progenitor afín las funciones propias del cuidado personal, sin perjuicio de conceder al padre la administración de sus bienes, siempre que esa solución sea en su mejor interés (arg. arts. 642 y 688).

Más aún, la delegación convenida entre el progenitor y su cónyuge o conviviente puede ser parcial, siempre que se consigne en el acuerdo las funciones específicas que son confiadas al delegatario. (49) A falta de precisión, la delegación comprende la totalidad de los deberes y derechos que integran el ejercicio.

Es probable que la delegación total se pacte ante el obstáculo que representa para el adecuado ejercicio de la responsabilidad parental el hecho de que el progenitor no tenga consigo al hijo, por haberse trasladado temporariamente a otra localidad, encontrarse internado en un hospital para el tratamiento de una enfermedad, o privado de su libertad en un establecimiento carcelario (sin condena firme mayor a tres años, pues en caso contrario, estará suspendido en el ejercicio de la responsabilidad parental, según el art. 702, inc "b"). A su turno, la delegación parcial es la medida más razonable cuando a pesar de la enfermedad o incapacidad transitoria del progenitor, el hijo permanece con él, transfiriendo a su cónyuge o conviviente el segmento de las funciones de que la dolencia o incapacidad le impide cumplir en plenitud.

Como vemos, la delegación parcial trasciende en un ejercicio parcial o repartido de la responsabilidad parental, en donde las esferas de actuación del delegante y delegatario no se superponen en absoluto, más allá de que el padre o madre afín siga interviniendo en el rol de colaboración previsto por el art. 673 en lo que atañe a las funciones no delegadas por su pareja.

Al realizar el control de mérito del acuerdo presentado para su homologación (siempre que el progenitor no ejerciente rehusare prestar su conformidad), el juez rechazará la delegación total del ejercicio y aprobará únicamente una delegación parcial, si advierte que el padre o madre delegante convive con el niño y se verifica, aún mínimamente, el cumplimiento de algunos de los deberes y derechos parentales.

En ese supuesto, la resolución designará las facultades que conserva el progenitor delegante, confiriendo el resto al cónyuge o conviviente. A la inversa, determinadas funciones podrán transferirse al progenitor afín, en tanto que las no enumeradas en la sentencia quedarán en cabeza del padre o madre delegante.

Supongamos ahora que ambos progenitores detentan el ejercicio de la responsabilidad parental, y que uno de ellos, quien no tiene atribuido el cuidado personal del niño, debe viajar o atraviesa una enfermedad o incapacidad transitoria. A falta de acuerdo o decisión judicial, el ejercicio se concentrará, al menos en la práctica, en el progenitor custodio; sin embargo, es posible como alternativa que los tres involucrados en la crianza y cuidado del niño acuerden provisoriamente que las facultades del padre o madre no conviviente con el hijo se transmitan directamente a la pareja del otro progenitor. Se daría, en verdad, un supuesto atípico de ejercicio conjunto, no previsto por el art. 674, originado por la delegación de las funciones del progenitor no custodio al cónyuge o conviviente del restante progenitor del niño, y que armoniza con uno de los pilares de la regulación de la responsabilidad parental que veremos en el punto siguiente: la prohibición de ejercicio conjunto por más de dos personas.

La delegación se extingue por las siguientes causales: a) vencimiento del plazo resolutorio; b) renuncia o muerte del delegatario; c) acuerdo entre delegante y delegatario, y d) resolución judicial.

Es factible que las partes subordinen la vigencia del pacto a un plazo resolutorio o extintivo (art. 350), limitando hasta su término final la producción de los efectos normales de la delegación del ejercicio. El plazo será cierto cuando es previsible la fecha de superación del impedimento del padre o madre delegante (por finalización del viaje o recuperación de su libertad), e incierto si se desconoce el momento de su acaecimiento.

En las causas relacionadas con el delegatario, si el progenitor delegante continúa con el impedimento para retomar el ejercicio, deberá atribuir el cuidado personal del niño y el ejercicio de la responsabilidad parental al otro progenitor, siempre que éste, a su vez, no esté imposibilitado de asumirlo, o que ello sea inconveniente para el niño. En su defecto, el juez autorizará una transferencia del ejercicio de la responsabilidad parental a un pariente, en los términos del art. 643 del Cód. Civ. y Com., y a falta de parientes hábiles, corresponderá la adopción de una medida excepcional de protección de derechos, conforme a lo dispuesto en los arts. 39 a 41 de la ley 26.061.

También culminará por la rescisión entre delegante y delegatario, convenida una vez que se haya producido la superación de las circunstancias que sirvieron de fundamento al pacto de delegación.

Ante la negativa del delegatario a acordar la restitución del ejercicio, cae de su peso que el padre o madre delegante no tendrá más remedio que instar una pretensión de cese de la delegación, de la que se correrá traslado al progenitor afín, sin perjuicio de que el juez integre la relación jurídica procesal citando además al progenitor no custodio.

Quien pretenda reasumir el ejercicio primigeniamente delegado a su pareja tendrá que alegar y probar la modificación de las circunstancias que oportunamente motivaron la delegación, o sea, deberá aportar los hechos y los medios probatorios de la finalización de su estadía en otra ciudad, o en su caso, la recuperación de la enfermedad o incapacidad transitoria que lo afectaba.

La separación de hecho de los cónyuges o el cese de la unión convivencial no se erigen, por sí mismos, en hechos idóneos que motiven el dictado de la resolución de cese de la delegación, cuando no se compruebe en la causa judicial la desaparición de los impedimentos que afectan a los progenitores. Es que aquellos supuestos extinguen la relación entre padre e hijo afín en la comprensión de que ha cesado la convivencia entre ambos, precisamente lo que no sucede en la hipótesis analizada.

Asimismo, el progenitor no custodio también está legitimado para promover en todo momento el cese de la delegación, invocando la superación de las circunstancias propias o las del delegante que dieron lugar a la transferencia del ejercicio de la responsabilidad parental.

Tal como se plantea en la generalidad de los procedimientos de revisión de acuerdos o resoluciones atinentes a niños y adolescentes, las circunstancias sobrevenidas han de tener cierta permanencia en el tiempo, y no consistir un simple cambio coyuntural, que obedezca a una situación transitoria.

c) Ejercicio conjunto de la responsabilidad parental del progenitor afín y su pareja

El art. 674 determina que "en caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente. Este acuerdo entre el progenitor en ejercicio de la responsabilidad parental y su cónyuge o conviviente debe ser homologado judicialmente. En caso de conflicto prima la opinión del progenitor. Este ejercicio se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial. También se extingue con la recuperación de la capacidad plena del progenitor que no estaba en ejercicio de la responsabilidad parental".

El artículo transcrito es uno de los más importantes del Código en materia de responsabilidad parental, pero no por referirse solamente al reconocimiento legal del ejercicio conjunto de la responsabilidad parental entre el progenitor y su cónyuge o conviviente. Su verdadera significación radica en que es uno de los ejes que cierran cualquier posibilidad a una pluripaternidad plena en nuestro ordenamiento jurídico, ello es, la concurrencia de más de dos personas en la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental de un niño, con similares deberes y derechos, y actuando con un sistema de ejercicio indistinto de la función.

Cabe recordar que en lo atinente a la titularidad de la responsabilidad parental, el art. 558, párrafo tercero, deniega implícitamente que sea asumida por más de dos personas, al establecer que "ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación", asignándose ministerio legis la titularidad de la responsabilidad parental a cada progenitor desde que queda determinada la filiación del hijo. Concordando con ello, el art. 674 consiente el ejercicio de la responsabilidad parental por parte del progenitor y su pareja, solamente cuando el otro padre o madre falleció, está ausente o es incapaz, operando en definitiva la sustitución de uno de los progenitores titulares por el afín.

Una de las integrantes de la comisión redactora, Aída Kemelmajer de Carlucci, explica las razones de este criterio refractario del Código a la pluripaternidad plena, sosteniendo que se receptaron algunos cambios que ya se verifican en la sociedad, pero que aún no tienen consenso,

prefiriéndose la política de lo que los italianos llaman *piccoli passi* (pequeños pasos), conscientes de que quizás, en poco tiempo, el Código necesitará otra reforma. En particular, esclarece que el art. 558 sigue la regla tradicional del doble vínculo filial, pero no se ignoró el debate generado por el proyecto de ley 1476 para el Estado de California, Estados Unidos, que autoriza a los jueces a reconocer más de dos progenitores a un niño, con fundamento en la necesidad de admitir familias diferentes de aquellas tradicionales. (50)

Todavía no puede demandarse a la ley cierta plasticidad para el reconocimiento de las situaciones de pluripaternidad, sea a nivel de emplazamiento filial, o en lo que aquí nos interesa, de ejercicio de la responsabilidad parental como hipótesis de mínima, pues su marcada abstracción y generalidad conspira contra estas configuraciones familiares no tradicionales. Pero sí cabe esperar que los jueces interpreten adecuadamente el conjunto de normas, principios y valores que dimanen del bloque de constitucionalidad federal, alejados de mitos y prejuicios, para brindar la cobertura jurídica que imponen las circunstancias de estos casos.

La pluriparentalidad se descubre como una solución jurisprudencial razonable cuando el niño ocupa el lugar estable de hijo para más de dos personas, trasladándose al plano jurídico lo que ya existe en su realidad cotidiana. ¿Por qué el derecho tiene que elegir a un progenitor y descartar al otro, afectándose el derecho a la vida familiar de todos los integrantes del grupo, y el desarrollo integral de un niño que es criado en el marco de un proyecto parental integrado por más de dos personas?.

En un resonante fallo del año 2007, un tribunal de la provincia de Ontario, Canadá, emplazó a un niño de cinco años como hijo de tres personas, a raíz de que una pareja de dos mujeres (quienes luego contrajeron matrimonio) acudió a un amigo, que prestó su semen a una de ellas para ser inseminada y luego reconoció al hijo cuando nació y colaboró activamente en su crianza. La resolución judicial permitió que entre la cónyuge de la madre y el niño se constituya un vínculo de filiación, adicional a los dos existentes, argumentando que era contrario a los intereses de éste privarle del reconocimiento legal de filiación de una de sus madres.

Y más recientemente, en un caso análogo, un juez de la localidad de Santa María, Brasil, admitió una acción de rectificación del acta de nacimiento de una niña tendiente a inscribir en el registro la paternidad y una doble maternidad, promovida por ambos progenitores biológicos y por la pareja de la gestante, quienes expusieron que el embarazo por concepción natural fue acordado por los tres. Con una contundente y sencilla motivación, el magistrado recordó que, en su experiencia como funcionario, "el afecto abundante no es el problema; el problema es la falta de afecto

(infinita, abismal), de cuidado, de amor, de cariño", y que los peticionantes deseaban "asegurar a su hija una red de afectos". (51)

Desde la teoría de los juegos, área de la matemática aplicada empleada con sumo provecho en otras disciplinas como economía, biología, política y psicología, y cuyo objetivo es el estudio de los comportamientos estratégicos de las personas cuando buscan desarrollar sus proyectos, actúan o intentan solucionar conflictos, y en donde los resultados o el acuerdo dependen de la conjunción de otras decisiones generadas por otros jugadores (52), la construcción legal de la biparentalidad ubica a los sujetos de la pluriparentalidad en un juego de suma cero, que describe una situación en la que la ganancia o pérdida de un participante se equilibra con exactitud con las pérdidas o ganancias de los otros participantes (un progenitor obtiene el reconocimiento jurídico que el otro pierde).

¿Acaso no sería conveniente que el progenitor afín conserve el ejercicio de la responsabilidad parental, aún cuando el progenitor supere el impedimento que motivó su sustitución y reasuma el ejercicio? ¿No podría darse, siquiera en forma excepcional, un espacio de actuación tripartita, en el que ambos titulares de la responsabilidad parental compartan el ejercicio con el progenitor afín, cuando éste tuvo un rol encomiable con el niño y se ha consolidado entre ambos una paternidad socioafectiva?

Lamentablemente, una parte de la magistratura argentina continua propiciando un juego de suma cero, un "todo o nada" en materia de determinación judicial de la filiación, titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental, dejando afuera del escenario jurídico a personas que cotidianamente cumplen funciones parentales sobre un niño.

Por ejemplo, la Suprema Corte bonaerense rechazó una acción de impugnación del reconocimiento de la paternidad extramatrimonial promovida por la madre de una niña, toda vez que pese a que la prueba biológica excluyó al accionado como padre, de la restante prueba surgió que cultivaba un estrecho vínculo afectivo con la niña, con una periodicidad de trato e intensidad ostensiblemente mayores y más profundas al que profesaba con su padre biológico, lo cual permitió concluir que su mejor interés se materializaba a través del mantenimiento de la paz familiar alcanzada de esa forma. (53)

Si la niña mantenía trato habitual con los dos padres, el biológico y el socioafectivo ¿por qué razón no permitir que ambos tengan vínculo de filiación con la niña, conjuntamente con la madre, o

cuanto menos, compartan en alguna medida el ejercicio de la responsabilidad parental, desarrollando así un juego de coordinación, llevando adelante un proceso de toma de decisiones consensuada?

Salvedades al margen, un menage a trois parental, en que los tres integrantes participen en paridad de condiciones del ejercicio de la responsabilidad parental, carece de lugar en la ley. De este modo, el cónyuge o conviviente del progenitor ejerciente asume la esfera de actuación del conjunto de deberes y derechos que corresponde al otro progenitor, a quien reemplaza, sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral.

Dependiendo de la dinámica interna de la familia ensamblada, la actuación del progenitor afín ejerciente involucrará un acrecentamiento de las prerrogativas funcionales previstas por el art. 673, por lo que en lugar de cumplir un rol complementario, tomará a su cargo los deberes y derechos contemplados en los arts. 646 y 671, sin perjuicio de que prevalecerá el criterio del progenitor del niño en caso de desacuerdo, por aplicación de la regla de prioridad.

La ley habilita el convenio de ejercicio conjunto entre el progenitor y su pareja en los casos de muerte, ausencia o incapacidad del restante progenitor, siendo también posible pactarlo en las hipótesis de privación de la responsabilidad parental y en otro caso de suspensión de su ejercicio.

Según el art. 641, inc. "c", del Código, el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde "en caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad o suspensión del ejercicio de un progenitor, al otro". El fallecimiento y dos causales de suspensión del ejercicio, la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento (art. 702, inc. "a"), y la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental (art. 702, inc. "c"), ya están previstos en el art. 674, por lo que es razonable extender por vía de interpretación analógica la procedencia del convenio a los supuestos de privación de la responsabilidad parental (art. 700) y de suspensión del ejercicio por condena a reclusión o prisión por más de tres años (art. 702, inc. "b").

Con respecto a la causal de abandono del hijo, quizás se diga que lo más conveniente sea instar, directamente, el proceso de privación de la responsabilidad parental (art. 700, inc. "b"), pero no cabe soslayar que, por lo general, el trámite de este expediente insumirá más tiempo, afectándose la pronta resolución de la cuestión. En cambio, la incomparecencia del progenitor desvinculado del niño al proceso de homologación del acuerdo de ejercicio conjunto, dará lugar a considerarlo

sumariamente en una situación de desprotección, habilitándose su reemplazo en el ejercicio por el padre o madre afín del hijo.

Asimismo, el ejercicio conjunto entre el progenitor y su pareja puede decretarse a título de anticipo jurisdiccional en el juicio de privación de la responsabilidad parental, siempre que se demuestre en grado de verosimilitud que el demandado cometió alguna de las conductas referidas por el art. 700, incisos "a", "b" y "c".

En cualquier caso, el acuerdo debe instrumentarse por escrito y ser presentado ante el juez para su homologación, debiendo citarse al progenitor no ejerciente, y eventualmente a su curador, cuando se encuentre suspendido del ejercicio de la responsabilidad parental por la causal de reclusión o prisión mayor de tres años, o por la de limitación de su capacidad por enfermedad mental.

La citación es para que manifieste su consentimiento o rechazo al planteo de los peticionantes, siendo ventajoso que la cédula de notificación contenga el apercibimiento de estimarse su silencio como conformidad a la delegación. La oposición a la solicitud de homologación podrá fundarse en la inconveniencia para el hijo de que el progenitor afín asuma el ejercicio de la responsabilidad parental en su reemplazo.

Este ejercicio conjunto se extingue por causales atinentes a la pareja en la familia ensamblada, o al progenitor que fue sustituido en el ejercicio.

Las causales ubicadas en el primer grupo son: a) ruptura del matrimonio (entendida como separación de hecho, conforme se analizó precedentemente) o de la unión convivencial, expresamente mencionadas en el art. 674; b) renuncia del progenitor afín; c) revocación del progenitor.

Las concernientes al otro progenitor son la rehabilitación de la responsabilidad parental, la reaparición en caso de ausencia, y la recuperación de la libertad y de su capacidad, que cuanto menos permiten que actúe, nuevamente, las facultades residuales no atraídas por la atribución exclusiva al restante padre o madre del cuidado personal del niño y el ejercicio de la responsabilidad parental, como la exigencia de su conformidad para ciertos actos (art. 645) y la prerrogativa de oponerse en sede judicial a las decisiones del progenitor ejerciente (art. 642), que

se traducen en un escenario incompatible con la continuidad de la intervención del progenitor afín en los términos del art. 674.

d) Prestación alimentaria a cargo del progenitor afín

De acuerdo a los arts. 455 y 520, el deber de contribución a las cargas del hogar incluye las necesidades de los hijos menores de edad, o con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges o convivientes que residen con ellos. Tal deber jurídico tiene fundamento en que, por lo general, el hijo ya participa de la contribución aportada en dinero o en especie por el padre o madre afín, de acuerdo a sus posibilidades económicas.

En ese marco, el art. 676, primera parte, dispone que "la obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario...".

De acuerdo al carácter subsidiario de la obligación alimentaria del progenitor afín, recién deberá suministrar alimentos cuando los progenitores carezcan de un caudal económico suficiente para afrontarla.

Pero no se trata de una regla absoluta. La subsidiariedad no debe ser entendida con el alcance de que el primer obligado está comprometido a todo y el último a nada, sino que la finalidad legal radica en que haya una suerte de obligado principal, y que sólo en caso de que éste no pueda satisfacer total o parcialmente las necesidades del alimentado, deba concurrir el obligado subsidiario en ayuda de ello. (54)

Así, nuestra jurisprudencia considera que no basta con que el primero de la lista de obligados pase una pequeña cantidad como para evitar que se pueda acudir a los demás. Es que si los alimentos comprenden no sólo lo imperioso para la subsistencia física, sino también las necesidades derivadas del vestuario, educación, esparcimiento, salud, etc., resultaría una falacia calificar de tal modo a una suma que por lo pequeña no alcanzara a cubrir siquiera una mínima parte de cualquiera de esos rubros. (55)

Sobre el reclamante pesa la carga de probar que los progenitores no cuentan con los recursos o medios suficientes para cumplir con la obligación, aunque no cabe exigirle que agote una serie de

pasos formales si las circunstancias demuestran que serían inútiles. Sólo corresponde que logre formar la convicción de que no existe otro remedio que condenar al obligado subsidiario. (56)

Al mismo tiempo, la subsidiariedad legal derivada de ese orden de prelación no supone una sucesividad procesal, en el sentido de exigirse el inicio de distintas acciones, una después de la otra. La demanda puede entablarse contra el progenitor afín, con tal de que en el mismo trámite procesal se compruebe que los progenitores no están en condiciones de satisfacer los alimentos. (57)

Sin perjuicio de que en la relación asistencial entre acreedor y deudor lo pagado en concepto de prestación alimentaria queda definitivamente adquirido por aquél y no es susceptible de repetición (art. 538), el Código deja abierta la posibilidad en sus arts. 549 y 669 para que el padre o madre afín exija el reembolso al progenitor del niño, en la proporción que le corresponde.

No obstante, durante la convivencia existe una subsidiariedad atenuada, dado que si el progenitor afín cuenta con un nivel de vida confortable, lo normal será que abone en especie una prestación alimentaria integral, compartiendo con el hijo de su pareja las ventajas de su situación económica, más allá del deber alimentario que atañe a los progenitores titulares de la responsabilidad parental.

Aunque el deber alimentario cesa en caso de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia, el art. 676 prescribe en su parte final que "...si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia".

Al respecto, se ha interpretado que si el padre afín hubiera asumido durante la convivencia el sustento del niño y el cambio de situación le ocasionara un grave perjuicio, deberá cubrir su manutención en las mismas condiciones que durante la vida en común, hasta tanto se pueda obtener el aporte del obligado alimentario llamado en primer término, contemplándose de ese modo las expectativas que la vida en común creó. (58)

Precisamente, esas expectativas de mantener por cierto tiempo la prestación alimentaria con posterioridad al quiebre de la familia ensamblada, encuentran su fundamento directo en el principio de confianza legítima, de aplicación en el derecho público y privado.

Con la noción de confianza legítima se alude a la situación de un sujeto dotado de una expectativa justificada de obtener de otro, una prestación, una abstención o una declaración favorable a sus intereses, derivada de la conducta de este último, en el sentido de fomentar tal expectativa. (59)

Para comprender el ámbito de aplicación de este principio, debe tenerse en cuenta que en la actualidad hay situaciones en las cuales una persona no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable. Sin embargo, si tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de una determinada prestación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función del principio de buena fe, se debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. (60)

Por ende, cuando el padre o madre afín asumió el aspecto material de la crianza del niño, aportando lo necesario para garantizar la cobertura integral de sus requerimientos ante la imposibilidad de los progenitores, no puede interrumpir esa prestación alimentaria en forma abrupta por el cese de la convivencia, pues se alteraría notablemente la trayectoria vital del niño que se programó sobre aquel piso de estabilidad proporcionado por el alimentante.

Como el hecho generador de la confianza radica en la asunción del sustento del hijo del ex cónyuge o conviviente durante la vida en común, no se podrá reclamar alimentos cuando no afrontó ninguna prestación alimentaria, ni pretender una cantidad mayor a la que aportó en su momento.

Es que el monto de la cuota alimentaria se circunscribe a la medida de la expectativa generada en el niño o adolescente, a partir del valor de la prestación abonada por el progenitor afín durante la convivencia. No se trata de crear una nueva situación, sino de respetar en términos económicos el nivel de vida preestablecido, manteniéndose provisoriamente el compromiso del alimentante en proporcionar lo necesario para la manutención del hijo de su ex cónyuge o conviviente.

Por eso se afirma en términos generales que la pretensión del sujeto activo que alega la existencia de confianza legítima en su favor en general pretende el mantenimiento de una situación jurídica en la que el peticionario se hallaba emplazado. (61)

De tal modo, cualquier planteo que sobrepase esos límites deberá ser rechazado, en tanto que ya no estaríamos en el terreno de la confianza legítima, sino en el del exceso de confianza. Bien se ha dicho que el requisito del hecho generador de la confianza "implica la exigencia de una conducta generadora de confianza legítima en la contraparte. Pero debe tratarse de un hecho con potencialidad de creación de confianza, al no ser predicable la generación de una confianza basada en la nada misma o en meras conjeturas o verdaderas cabriolas argumentales sobre un hecho que no tiene normalmente asignada la significación que pretendió darle la persona confiada, que luego pretende transmutarse en actora en un juicio en base a esa confianza excesiva suya". (62)

En la jurisprudencia local, se ha resuelto que "el marido de la adoptante simple, que había sido designado guardador en forma conjunta con ella pero abandonó el hogar conyugal, debe suministrar alimentos al adoptado hasta su mayoría de edad, pues queda encuadrado en el concepto de "padre solidario", con justificativo en la solidaridad familiar y la posesión de estado filial, siendo su asistencia un mecanismo efectivo para evitar consecuencias irremediables para el desarrollo del niño en una familia de limitados recursos". (63)

Y en igual sentido, un fallo cordobés consideró que debe reconocerse el derecho de un niño a recibir alimentos de quien, sin ser su padre biológico, ha reconocido comportarse como tal a lo largo de siete años de convivencia junto a la madre de aquél, y aún después de cesada la misma, ya que quien asume una conducta jurídicamente relevante no puede pretender luego que se tutele una actuación posterior incompatible con aquella, afirmando que no tiene obligación alimentaria alguna. (64)

Para fijar su duración, el juez tendrá en cuenta "las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia".

3. Atenuación de la regla de prioridad

Quedó en claro en el punto anterior que el Código estructura el rol complementario del progenitor afín sobre un esquema jerárquico de organización y participación de la responsabilidad parental

en la familia ensamblada (pluripaternidad jerarquizada), destacándose la existencia de una regla de prioridad que, entre otros aspectos sustanciales, desactiva la intervención judicial en caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente, para dejar que sea aquél quien tenga la última palabra sobre la medida que considere más beneficiosa para el hijo.

Pero ¿qué sucede si el padre o madre afín, en lugar de haber desarrollado un rol complementario en el cuidado del niño, cumplió establemente un rol principal? ¿Puede mantenerse a ultranza la regla de prioridad, pensada en el Código para un progenitor afín que asumió exclusivamente una función de cooperación en la crianza del hijo de su pareja?

Como si fueran términos de una relación inversamente proporcional, soy de la idea de que a mayor intensidad del vínculo socioafectivo y mayor grado de involucramiento del progenitor afín en la función parental del hijo de su cónyuge o conviviente, menor será el radio de giro de la regla de prioridad de los progenitores titulares de la responsabilidad parental.

Al repasar las diferentes modalidades de parentalidad que receta el Código, se advierte que existe una suerte de eslabón perdido, ubicado entre el rol complementario del progenitor afín, y el ejercicio de la responsabilidad parental atribuida al padre o madre del niño. Cuando los vínculos afectivos entre ambos se han consolidado y son intensos, es probable que el progenitor afín se convierta en una pieza fundamental para el sostén psíquico, emocional y biológico del hijo de su cónyuge o conviviente, al proporcionar acciones como ternura, significación, amparo, contención, estimulación psíquica, etc., superando ampliamente la sustancia del rol complementario que ha previsto el Código en su art. 673.

En una obra clásica de la interdisciplina familiar que introdujo en la década del 70 el concepto de paternidad psicológica, sus tres autores sostuvieron que desde la perspectiva del niño el vínculo emocional consolidado con ciertas personas no es menos importante que los lazos que tiene con sus progenitores, y las funciones que aquéllas cumplen para él son tan valiosas como las que éstos proporcionan. En todo caso, la diferencia legal que existe simplemente no interesa desde el punto de vista del niño; lo que importa es la fortaleza del vínculo, la calidad y la cantidad de cuidado y atención que recibe, debiendo reconocerse en el plano jurídico más allá de formalidades y derechos constitucionales de los padres. (65)

En línea similar, la jurisprudencia norteamericana ha elaborado la doctrina denominada loco parentis, expresión latina que significa "en el lugar del padre", para atribuir al progenitor afín

deberes y derechos sobre el hijo de su cónyuge o conviviente, incluyendo la legitimación sustancial (standing) para determinadas materias, subyaciendo en esa construcción la noción de brindar un reconocimiento jurídico al estado psicológico del niño con respecto a aquél. (66)

En particular, los fallos destacan que para la aplicación de esta doctrina, debe evaluarse el involucramiento del progenitor afín en el cuidado cotidiano del niño, no siendo suficiente con que conviva con él. Para este criterio, una persona que está genuinamente comprometida en la atención diaria del hijo afín es probable que desarrolle una relación afectiva. (67)

El tiempo del vínculo socioafectivo es importante, pero aisladamente no es un elemento decisivo a la hora de estimar la existencia de una parentalidad consolidada, que en ciertos casos bien puede desplegarse en un período corto, mientras que en otros no se confirmará jamás, aún luego del transcurso de varios años. (68)

En estos supuestos, no cabe predicar que la regla de prioridad regirá en toda su extensión, dado que el Código la estatuye en la medida de que el progenitor afín cumpla con un rol de colaboración. La verificación de una paternidad socioafectiva arraigada, ejercida en el contenido máximo posible, impone la admisión de la legitimación del progenitor afín para solicitar la resolución de un determinado desacuerdo suscitado con el padre o madre del niño, permitiendo que el juez indague sobre la medida que sea más beneficiosa para el interés de éste.

Esa prerrogativa del progenitor afín se inscribe en el contexto de ensanchamiento de la legitimación procesal que se presenta en toda la temática de la promoción y protección integral de derechos de la infancia, conforme se desprende de la representación del Ministerio Público (art. 103, Cód. Civ. y Com.); el reconocimiento de la capacidad procesal del niño y adolescente (art. 26, Cód. Civ. y Com.; art. 27, ley 26.061); la acción popular ante la inactividad de los órganos gubernamentales del Estado (art. 1º, ley 26.061); las acciones que tienen por objeto bienes colectivos que involucran a la niñez (acciones colectivas), o que protegen derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto la defensa de sus intereses individuales homogéneos (acciones de clase) (69); y el ius postulandi del niño y de terceros en situaciones de maltrato infantil (art. 2º, ley 24.417; arts. 18 y 24, inc. e, ley 26.485; art. 9º, párr. 3º, ley 26.061).

Estas implicancias del entrecruzamiento entre legitimación del progenitor afín y paternidad socioafectiva son correctamente advertidas por un segmento de la jurisprudencia estadounidense, que observa con agudeza que la dinámica cambiante de la familia ha propiciado un número

creciente de oportunidades para padrastros e hijastros de desarrollar una relación emocional importante y duradera entre ambos, por lo que la denegación de legitimación a los primeros se erige, esencialmente, en un desconocimiento de la realidad de esa premisa. (70)

En definitiva, la regla de prioridad de los titulares de la responsabilidad parental no es absoluta, pero tampoco hay que descartarla por completo a pesar de que se compruebe la paternidad socioafectiva. Es que la apertura de la legitimación del progenitor afín no debe autorizársela indiscriminadamente, sino cuando el juez observe en la exposición de los hechos contenida en la demanda que se ha alegado una situación de amenaza o vulneración a un derecho del niño o adolescente, quedando fuera de la intervención judicial aquellos planteos que exteriorizan criterios meramente opinables de la forma en que se lleva adelante la crianza del hijo.

Por ejemplo, si el desacuerdo de la pareja parental en la familia ensamblada consiste en la elección del colegio al que asistirá el niño, el juez deberá rechazar in limine la pretensión del progenitor afín (art. 337, CPCCN), pues sea que el hijo asista a un establecimiento escolar público, o a uno privado con doble escolaridad, no se vislumbra una amenaza o violación a su derecho a la educación.

En cambio, cuando el diferendo radique en la negativa del padre o madre a que el hijo inicie y sostenga un determinado tratamiento médico o psicológico, es indudable que la materia concreta del proceso versa sobre una posible afectación del derecho a la salud del niño, por lo que deberá sustanciarse la demanda para que el juez dirima finalmente la cuestión sometida a su conocimiento.

De igual modo, ante la separación de la pareja, es posible que se presenten casos en los que sea aconsejable otorgar el cuidado personal del niño a su progenitor afín para preservar su estabilidad emocional, como ocurre cuando éste se ha ocupado de su atención diaria con mayor dedicación de tiempo en comparación con el padre o madre, desarrollándose un fuerte vínculo parental.

El mismo criterio será utilizado ante el fallecimiento del progenitor, al ser improcedente la atribución ipso iure del cuidado personal del hijo al padre o madre sobreviviente. Según Grosman y Martínez Alcorta, cuando el niño ha permanecido durante largos años con el cónyuge o conviviente del progenitor, quien se ha hecho cargo cotidianamente de su cuidado, y si por añadidura, han nacido nuevos hermanos de la unión, cambiar la guarda significaría separar al niño

del grupo familiar al que puede sentir como su único hogar, máxime si el contacto con el restante progenitor ha sido deficiente. (71)

4. Palabras finales

A modo de conclusión, el régimen jurídico entre padres e hijos afines puede sintetizarse en las siguientes reglas y principios:

a). El Código Civil y Comercial aporta varias respuestas jurídicas útiles a las cuestiones que se plantean en el ejercicio de la parentalidad en la familia ensamblada, pero no abarca a todo el catálogo de supuestos que pueden presentarse en la práctica, requiriéndose que los jueces realicen ciertos ajustes por vía interpretativa para brindar una solución acorde a las circunstancias que se presenten con un determinado núcleo familiar ensamblado.

b). El rol complementario del padre o madre afín se apoya en la idea-fuerza de una pluripaternidad jerarquizada, que adhiere a un modelo de duplicación de las funciones parentales, en el que estas son compartidas entre los progenitores titulares de la responsabilidad parental y el padre o madre afín, aunque instaurándose una regla de prioridad en favor de los primeros, dado que el art. 673 prescribe que "en caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor", y que la colaboración del progenitor afín "no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental".

c). La delegación del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 674), y el ejercicio conjunto entre el progenitor y su pareja (art. 675), responden a un modelo de sustitución de las funciones parentales, desde que el progenitor afín, en lugar de desempeñar una limitada autoridad doméstica de cooperación, ingresa directamente al ejercicio de la responsabilidad parental que incumbe a uno o a ambos progenitores titulares.

d). El Código no admite la concurrencia de más de dos personas en el ejercicio de la responsabilidad parental de un niño, con similares deberes y derechos, y actuando con un sistema de ejercicio indistinto de la función.

e). Basado en el principio de confianza legítima, cuando el padre o madre afín asumió el aspecto material de la crianza del niño, aportando lo necesario para garantizar la cobertura integral de sus requerimientos ante la imposibilidad de los progenitores, no puede interrumpir esa prestación alimentaria en forma abrupta por el cese de la convivencia, pues se alteraría notablemente la trayectoria vital del niño que se programó sobre aquel piso de estabilidad proporcionado por el alimentante.

f). Ante situaciones de paternidad socioafectiva consolidada, se opera un acrecentamiento funcional del ejercicio de la parentalidad del progenitor afín que desplaza la vigencia absoluta de la regla de prioridad, debiendo reconocerse su legitimación para plantear la revisión judicial de la decisión adoptada por el padre o madre del niño, e inclusive la atribución del cuidado personal del hijo afín en los casos de separación de la pareja o fallecimiento del progenitor del niño.

(1) (1) RIVAS, Ana María, "El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas", *Portularia*, vol. XII, n. 2, p. 29.

(2) (2) CORNU, Gerard, *Droit Civil. La famille*, 7ª ed., Montchrestien, París, 2001, p. 61, citado por ROCA TRÍAS, Encarnación, *Libertad y familia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 139.

(3) (3) GROSMAN, Cecilia — MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, *Familias ensambladas*, Universidad, Buenos Aires, 2000, p. 35.

(4) (4) LE GALL, Didier, "La evolución de la familia en Francia. De la aparición del pluralismo familiar a la cuestión de la pluriparentalidad", en http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-00062008000400005&lng=es&nrm=i (consulta del 14/02/2015).

(5) (5) GROSMAN, Cecilia — MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, *Familias ensambladas*, cit., p. 65.

(6) (6) Conf. RIVAS, Ana María, "El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas", cit.

(7) (7) Con respecto a la expresión "homoparentalidad", comparto con Fulchiron que el concepto mismo de homoparentalidad carece de sentido: la homosexualidad de un padre no concierne al niño y menos todavía a los vínculos jurídicos entre ellos, pese a lo cual se trata de un término bastante extendido (FULCHIRON, Hugues, "Parenté, parentalité, homoparentalité", Recueil Dalloz, 2006, p. 876; y en Dalloz.fr).

(8) (8) RIVAS, Ana María, "Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las familias reconstituidas", Cuadernos de relaciones laborales, 2008, n. 1, p. 179.

(9) (9) TAMAYO HAYA, Silvia, El estatuto jurídico de los padrastros, cit., p. 24.

(10) (10) RIVAS, Ana María, "El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas", cit.

(11) (11) DIAS, María Berenice, "Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales", en LLOVERAS, Nora — HERRERA, Marisa (dir.), El derecho de familia en Latinoamérica. Los derechos humanos en las relaciones familiares, vol. 1, Nuevo Enfoque, Córdoba, 2010, p. 543.

(12) (12) TAMAYO HAYA, Silvia, El estatuto jurídico de los padrastros, cit., p. 140.

(13) (13) Sobre el parentesco socioafectivo como clase de parentesco, ver VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, "El derecho de familia", en DÍEZ-PICASSO GIMÉNEZ, Gema (coord.), Derecho de Familia, Thomson-Reuters, Cizur-Menor, 2012, p. 127 y ss.

(14) (14) ROCA TRÍAS, Encarnación, Libertad y familia, cit., p. 145.

(15) (15) GROSMAN, Cecilia — MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, Familias ensambladas, cit., ps. 56/57.

(16) (16) DEKEUWER-DEFOSSEZ, Françoise, Rénover le droit de la famille: propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, citado por TAMAYO HAYA, Silvia, El estatuto jurídico de los padrastros, cit., p. 113, nota 109.

(17) (17) GROSMAN, Cecilia — MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, Familias ensambladas, cit., p. 136.

(18) (18) TAMAYO HAYA, Silvia, El estatuto jurídico de los padrastros, cit., p. 114.

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

(20) (20) Art. 236-14, Código Civil de Cataluña (reformado por ley 25/2010): "Facultades del cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor. 1. El cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor que en cada momento tiene la guarda del hijo tiene derecho a participar en la toma de decisiones sobre los asuntos relativos a su vida diaria. 2. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente en pareja estable prevalece el criterio del progenitor. 3. En caso de riesgo inminente para el menor, el cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor que tiene la guarda del hijo puede adoptar las medidas necesarias para el bienestar del hijo, de todo lo cual debe informar sin demora a su cónyuge o conviviente. Este debe informar de ello al otro progenitor".

(21) (21) RIVERO, Francisco, "De la relación fáctica a la categoría jurídica: la figura del padrastro y la madrastra", Revista del magíster y doctorado en derecho, n. 4, 2011, p. 165.

(22) (22) RIVERO, Francisco, "De la relación fáctica a la categoría jurídica: la figura del padrastro y la madrastra", cit.

(23) (23) DUPLÁ MARÍN, María Teresa, "Potestad parental catalana y autoridad familiar aragonesa: breve análisis comparativo de las facultades otorgadas a los padrastros respecto de los hijos menores del cónyuge o conviviente", en BARRADA ORELLANA, Reyes — GARRIDO MELERO, Martín — NASARRE AZNAR, Sergio (dir.), El nuevo derecho de la persona y de la familia (libro segundo del Código Civil de Cataluña), Bosch, Barcelona, 2011, p. 735; y en Vlex España.

(24) (24) DUPLÁ MARÍN, María Teresa, "La autoridad familiar del padrastro o madrastra en la legislación aragonesa: del apéndice foral de 1925 al artículo 72 de la ley 13/2006 de Derecho de la Persona", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n. 717, p. 61; y en Vlex España.

(25) (25) Art. 85: "Autoridad familiar del padrastro o la madrastra. 1. El cónyuge del único titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ambos comparte el ejercicio de dicha autoridad. 2. Fallecido el único titular de la autoridad familiar, su cónyuge podrá continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquel y encargarse de su crianza y educación, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar".

(26) (26) LEROYER, Anne-Marie, "L'enfant confié à un tiers: de l'autorité parentale à l'autorité familiale", RTD Civ. 1998, p. 587; y en Dalloz.fr.

(27) (27) DUPLÁ MARÍN, María Teresa, "La autoridad familiar del padrastro o madrastra en la legislación aragonesa: del apéndice foral de 1925 al artículo 72 de la ley 13/2006 de Derecho de la Persona", cit., nota 55.

(28) (28) VERÓN, Bérange, "Héritages symboliques et rapports aux lignées dans les familles recomposées", Recherches familiales, n. 4. La filiation recomposée: origines biologiques, parenté et parentalité: dossier thématique, p. 25; y en http://intradoc.unaf.fr/exl-php/vue-recherche/unaf_recherches_familiales (consulta del 14/12/2014).

(29) (29) Trib. Const. Perú, sala 1ª, 30/11/2007, 09332-2006-AA.

(30) (30) Conf. ARIZA, Graciela del Valle, La guarda, Alveroni, Córdoba, 2007, p. 41/42.

(31) (31) CSJN, 19/09/1864, in re "Calvete, Benjamín", Fallos 1:300.

(32) (32) RIVERO, Francisco, "De la relación fáctica a la categoría jurídica: la figura del padrastro y la madrastra", cit.

(33) (33) ZANNONI, Eduardo, Derecho Civil. Derecho de Familia, t. II, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 683

(34) (34) Corte Const. Colombia, 03/03/2010, sentencia C-145/10.

(35) (35) RIVERO, Francisco, "De la relación fáctica a la categoría jurídica: la figura del padrastro y la madrastra", cit.

(36) (36) DAVISON, Dora, "Los mitos de 'la madrastra bruja' y 'el padrastro cruel'. Madres y padres afines", RDF 2003-25-49.

(37) (37) RIVAS, Ana María, "El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas", cit.

(38) (38) Ver JOCILES RUBIO, María Isabel — VILLAAMIL PÉREZ, Fernando, "Estrategias para evitar obstaculizar la paternidad de los padrastros en las familias reconstituidas", Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, vol. L, n. 204, p. 103.

(39) (39) Conf. JOCILES RUBIO, María Isabel — VILLAAMIL PÉREZ, Fernando, "Estrategias para evitar u obstaculizar la paternidad de los padrastros en las familias reconstituidas", cit.

(40) (40) GROSMAN, Cecilia, "Sumar realidades familiares: la familia ensamblada en la reforma del Código Civil", cit.

(41) (41) RIVERO, Francisco, "De la relación fáctica a la categoría jurídica: la figura del padrastro y la madrastra", cit.

(42) (42) El art. 1687, ap. 2º, del BGB alemán establece que en caso de peligro inminente, el padrastro podrá realizar todos los actos jurídicos necesarios para el bienestar del niño, debiendo informar inmediatamente al progenitor.

(43) (43) Conf. RIVERO, Francisco, "De la relación fáctica a la categoría jurídica: la figura del padrastro y la madrastra", cit.

(44) (44) NUÑEZ ZORRILLA, María del Carmen, "La delegación de las funciones paternas. Aproximación a su configuración en los supuestos no contemplados en el ordenamiento", Revista La Notaria, n. 9/1996, p. 65; y en Vlex España.

(45) (45) NUÑEZ ZORRILLA, María del Carmen, "La delegación de las funciones paternas. Aproximación a su configuración en los supuestos no contemplados en el ordenamiento", cit.

(46) (46) MIZRAHI, Mauricio, "El cuidado personal del hijo en el Proyecto de Código", LL 2013-C, 925.

(47) (47) Sin embargo, en la doctrina francesa Gouttenoire y Fulchiron opinan que el juez puede atribuir el ejercicio de la responsabilidad parental al progenitor que no la tenía, delegando la guarda del niño a un tercero (GOUTTENOIRE, Adeline — FULCHIRON, Hugues, "Autorité parentale", Répertoire de droit civil. Dalloz Online, párr. 292; y en Dalloz.fr).

(48) (48) El maltrato infanto-juvenil es cualquier acción, omisión o trato negligente, no accidental, que prive al niño, niña o adolescente de sus derechos y su bienestar, que amenace y/o interfiera en su ordenado desarrollo físico, psíquico y/o social, incluyendo las situaciones de riesgo o aquellas en donde no están siendo atendidos según sus necesidades (LAMBERTI, Silvio - VIAR, Juan Pablo, Violencia familiar. Sistemas jurídicos, Universidad, Buenos Aires, 2008, p. 57). Algunas formas de maltrato infantil mencionadas por el Comité de los Derechos del Niño son: el descuido físico del niño, que ocurre cuando no se lo protege del daño, entre otras cosas por falta de vigilancia, o por desatender a sus necesidades básicas, como alimentación, vivienda y vestimenta adecuada, y atención médica básica; el descuido psicológico, como la falta de apoyo emocional y de amor; y la desatención crónica, consistente en la indisponibilidad psicológica de los cuidadores que no tienen en cuenta las pistas y señales emitidas por los niños de corta edad (Observación General N° 13: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, párr. 20).

(49) (49) En el derecho francés, el art. 377, párrafo 2º, del Code expresa que "la delegación, total o parcial, de la patria potestad resultará de la sentencia dictada por el juez de asuntos familiares por demanda conjunta del delegante y del delegatario".

(50) (50) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Capítulo introductorio", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída — HERRERA, Marisa — LLOVERAS, Nora, Tratado de Derecho de Familia, t. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, p. 13.

(51) (51) 2ª Juzgado de Familia y Sucesiones, Santa María (Río Grande do Sul), 11/09/2014, en http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1395__26ba8e9ff65623f3ae95db074104f704.pdf (consulta del 14/12/2014).

(52) (52) Conf. SIERRALTA-RÍOS, Aníbal, "Breves liminares sobre derecho y teoría de los juegos", Revista maestría de derecho económico, vol. 6, n. 6, Bogotá, 2010, p. 359.

(53) (53) Sup. Corte Bs. As., 05/04/2013, LL Online, AR/JUR/21757/2013.

(54) (54) CNCiv., sala B, 17/02/1986, ED 118-43.

(55) (55) CNCiv., sala G, 27/09/1982, ED 101-635.

(56) (56) CNCiv., sala G, 27/09/1982, cit.

(57) (57) Conf. FANZOLATO, Eduardo, Derecho de Familia, t. I, Advocatus, Córdoba, 2007, p. 280/281.

(58) (58) GROSMAN, Cecilia — MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, Familias ensambladas, cit., p. 264.

(59) (59) RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, "El principio de confianza legítima o expectativa plausible en el derecho venezolano", en *El derecho venezolano a finales del Siglo XX: ponencias venezolanas al XV Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Caracas, 1998, p. 311; y en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artconfianza-legitima> (consulta del 20/12/2014).

(60) (60) Corte Const. Colombia, 02/04/2002, sentencia T-046/02.

(61) (61) LÓPEZ MESA, Marcelo, "Declaración unilateral de voluntad y confianza legítima", cit.

(62) (62) LÓPEZ MESA, Marcelo, "Declaración unilateral de voluntad y confianza legítima", cit.

(63) (63) Trib. Coleg. Familia n. 5 Rosario, 10/05/2012, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año V, n° 2, p. 66.

(64) (64) C. Civ. Com. Fam. y Cont. Adm. San Francisco, 13/12/2012, LLC, febrero 2013, p. 61.

(65) (65) GOLDSTEIN, Joseph — FREUD, Anna — SOLNIT, Albert Solnit, *Beyond the Best Interests of the Child*, 2ª ed., New York: Free Press, 1979, citado por LAUFER-UKELES, Pamela — BLECHER-PRIGAT, Ayelet, "Between function and form: towards a differentiated model of functional parenthood", *George Mason Law Review*, vol. 20, p. 419; y en http://demotesturl.com/george-mason/wp-content/uploads/2014/03/Laufer-Ukeles_Website.pdf (consulta del 26/12/2014).

(66) (66) Conf. BOSKEY, James, "The swamps of home: a reconstruction of parent-child relationship", 28 *U. Tol. L. R.*, 805, citado por LEVINE, Bryce, "Divorce and the modern family: Providing in loco parentis stepparents standing to sue for custody of their stepchildren in a dissolution proceeding", *Hofstra Law Review*, vol. 25, p. 316; y en <http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1954&context=hlr> (consulta del 26/12/2014).

(67) (67) LEVINE, Bryce, "Divorce and the modern family: Providing in loco parentis stepparents standing to sue for custody of their stepchildren in a dissolution proceeding", cit.

(68) (68) Conf. LEVINE, Bryce, "Divorce and the modern family: Providing in loco parentis stepparents standing to sue for custody of their stepchildren in a dissolution proceeding", cit.

(69) (69) Sobre la recepción jurisprudencial de las acciones de clase, compulsar CSJN, 24/02/2009, "Halabi, Ernesto c. P.E.N.", Fallos 332:111.

(70) (70) Ver fallos citados por LEVINE, Bryce, "Divorce and the modern family: Providing in loco parentis stepparents standing to sue for custody of their stepchildren in a dissolution proceeding", cit.

(71) (71) GROSMAN, Cecilia — MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, Familias ensambladas, cit., p. 196. Conf. RIVERO, Francisco, "De la relación fáctica a la categoría jurídica: la figura del padrastro y la madrastra", cit.