

(S-3468/10)

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,..

NORMAS PROTECTORAS DE LOS HIJOS EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS

ARTICULO 1º: Modifícase el artículo 198 del Código Civil el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 198. Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos.

La obligación de asistencia mutua comprende el deber de un cónyuge de apoyar al otro de manera apropiada en el ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos propios anteriores a esta unión, y representarlo cuando las circunstancias lo exijan.

ARTICULO 2: Modifícase el artículo 264 inciso 3 del Código Civil el que quedará redactado de la siguiente forma:

Inciso 3: En caso de muerte de uno de los padres, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la patria potestad o suspensión de su ejercicio, al otro. Si por el interés superior del niño resultare a criterio judicial conveniente, se podrá asignar su ejercicio al padre o madre afín. El hijo siempre será oído y se valorará su opinión de acuerdo a su grado de madurez.

El padre biológico conservará la titularidad de la patria potestad.

ARTÍCULO 3: Incorpórase el inciso 7 al artículo 264 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 264, inciso 7: En los casos de ausencia, muerte o inhabilidad del progenitor que no ejerce la patria potestad del hijo, el padre o madre afín podrá asumir conjuntamente con el progenitor a cargo del niño dicho ejercicio. Este acuerdo debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse en todos los casos al menor de edad. En caso de conflicto prima la opinión del progenitor. Este ejercicio se extinguirá con la ruptura del matrimonio.

ARTICULO 4: Modifícase el artículo 265 del Código Civil el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 265: Los hijos menores de edad están bajo el cuidado de sus padres. Tienen éstos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de los hijos, sino con los suyos propios.

La madre o padre afín cooperarán en el cuidado y educación de los hijos propios del otro, y podrán cumplir todos los actos usuales relativos a la crianza y formación del niño atinentes al ámbito doméstico, como así también adoptar decisiones en caso de urgencia. Esta colaboración no afectará los derechos de los titulares de la patria potestad.

ARTICULO 5: incorpórase el artículo 265 bis, que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 265 bis: El progenitor a cargo del hijo podrá delegar al padre o madre afín el ejercicio de la patria potestad cuando no estuviere en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que existiera imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuere conveniente a criterio judicial que este último asumiera su ejercicio. Esta delegación requerirá la homologación judicial salvo que el otro progenitor expresara su acuerdo de manera fehaciente. El hijo siempre será oído y se valorará su opinión de acuerdo a su grado de madurez.

ARTICULO 6: Modifícase el artículo 266 del Código Civil el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 266: Los padres e hijos se deben mutuo respeto, y en ese marco los hijos deben obedecerlos y prestar a sus progenitores la colaboración propia de su edad.

Esta norma regirá igualmente para padres e hijos afines.

ARTICULO 7: Modifícase el artículo 363 del Código Civil el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 363: La proximidad del parentesco por afinidad se cuenta por el número de grados en que cada uno de los cónyuges estuviese con sus parientes por consanguinidad. En la línea recta, sea descendente o ascendente, el yerno o nuera están recíprocamente con el suegro o suegra, en el mismo grado que el hijo o hija, respecto del padre o madre, y así en adelante. En la misma línea colateral, los cuñados o cuñadas entre sí están en el mismo grado que entre sí están los hermanos o hermanas. Si hubo un precedente matrimonio, el padre o madre afín en relación a los hijos afines, están recíprocamente en el mismo grado en que el suegro o suegra en relación al yerno o nuera.

ARTICULO 8: Modifícase el artículo 368 del Código Civil el que quedará redactado de la siguiente forma:

ARTÍCULO 368: Entre los parientes por afinidad únicamente se deben alimentos aquellos que están vinculados en primer grado. La obligación alimentaria del padre o madre afín respecto de los hijos afines, tendrá carácter subsidiario y no deberán prestarlos si existen parientes biológicos en condiciones de hacerlo. Igualmente, cesara la

obligación en los casos de disolución del vínculo que dio origen a la afinidad. Si el padre afín hubiera asumido durante la convivencia el sustento del hijo del cónyuge podrá fijarse una cuota asistencial a cargo del padre o madre afín con carácter transitorio, cuya duración definirá el juez, si el cambio de situación pudiera ocasionar un grave daño al niño o adolescente.

ARTICULO 9: Modificase el artículo 390 del Código Civil el que quedará redactado de la siguiente forma:

ARTÍCULO 390: La tutela legal corresponde a los abuelos, tíos, hermanos o medio hermanos del menor de edad, sin distinción de sexos, y al padre o madre afín que hubiere convivido con el niño y se hubiera hecho cargo de su sustento y educación.

ARTICULO 10: Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Daniel F. Filmus.-

FUNDAMENTOS

Sr. Presidente:

Familia Ensamblada es la estructura familiar originada en el matrimonio, en la cual uno o ambos integrantes de la pareja tienen hijos propios, nacidos con anterioridad a esta unión. Dentro de esta categoría entran las segundas nupcias de viudos/as y divorciados/as, y aquellas otras en las cuales uno de los cónyuges es soltero y el otro viudo o divorciado.

Cuando comenzaron las investigaciones sobre el tema, después de la segunda guerra mundial, la mayor parte de estos casos la conformaban los viudos/as de guerra. En la actualidad el grueso de las familias ensambladas en el mundo occidental lo constituyen los divorciados/as con hijos, que vuelven a formar pareja. Esto implica que hay dos familias ensambladas por cada chico cuyos padres se han vuelto a casar, ya que se considera dentro de esta categoría no solo aquella con la que los hijos conviven en forma habitual, sino también el hogar conformado por el padre no guardador que mantiene una comunicación y trato con el hijo, cuya amplitud varía según los casos.

Este grupo humano aumenta día a día, por la gran cantidad de divorcios, cuyo número se ha incrementado en los últimos tiempos. Constituye sin embargo un caso concreto de cambio social no reconocido en lo institucional en nuestro país: no hay leyes que lo reconozcan y amparen. Las instituciones se modifican mas lentamente que los individuos que las integran y las familias ensambladas ni siquiera tenían un nombre hasta hace relativamente poco tiempo.

Aunque sí existían términos para denominar los nuevos vínculos, estos se empleaban frecuentemente en forma peyorativa. Padrastro y madrastra están definidos por el Diccionario de la Real Academia Española como: PADRASTRO (Del lat. vulg. patraster, -tri; despect. de pater, padre). 1. m. Marido de la madre, respecto de los hijos habidos antes por ella. 2. m. Mal padre. 3. m. Obstáculo, impedimento o inconveniente que estorba o hace daño en una materia. 4. m. Pedazo pequeño de pellejo que se levanta de la carne inmediata a las uñas de las manos, y causa dolor y estorbo. 5. m. dominación (lugar alto que domina una plaza); MADRASTRA (Del despect. de madre). 1. f. Mujer del padre respecto de los hijos llevados por este al matrimonio. 2. f. p. us. Cosa que incomoda o daña.

Las mismas definiciones las reitera el Diccionario comúnmente utilizado por los estudiantes en las escuelas, que llama a padrastrros y madrastras, "mal padre/madre" o más directamente como "persona mala o cruel" ("Pequeño Larousse Ilustrado ", Ed. Larousse, Buenos Aires 1970).

"El carácter despectivo del nombre y la presuposición de crueldad se refleja en la persistencia en la literatura infantil de cuentos de malas madrastras y padrastrros...Adultos y niños que crecieron escuchando que ser madrastra o padrastro era ser una persona mala, competitiva, vengativa y cruel se niegan a incluirse a sí mismos dentro de esta categoría o a denominar de ese modo al vínculo." (La Gaceta de la Gestalt On-Line E mail: forodelamujer@interserver.com.ar, Mujeres en Familias Ensambladas, María Silvia Dameno).

Actualmente no es aceptada pacíficamente la denominación y aún es frecuente que las personas consideren que solo son padrastrros/madrastras cuando el progenitor del mismo sexo ha muerto.

Por ello, siguiendo a la más calificada doctrina nacional sobre el tema, tanto en el ámbito jurídico como psicológico, hemos optado por la denominación de padre y madre afín para designar a los nuevos cónyuges de los progenitores. De esta manera se recurre a una institución ya existente en nuestro Código Civil, el parentesco por afinidad, que establece lazos de parentesco derivados del matrimonio y con los parientes consanguíneos del cónyuge.

También el nuevo grupo familiar carecía de denominación y no tener nombre colaboró durante mucho tiempo a su invisibilidad estadística, jurídica y social. Para suplir esta falencia y comenzar a combatir su "innombrabilidad" la doctrina y la práctica psicoanalítica comenzaron a llamar "familias ensambladas" a las que en el derecho sajón se llama "stepfamilies". La Dra María Silvia Dameno se atribuye haber tomado la denominación del lenguaje musical. Los ensambles son obras musicales escritas para un grupo de solistas y la palabra no solo se refiere al conjunto musical sino que también describe el grado de

coherencia en la ejecución musical, “el resultado del esfuerzo de todos se resume a la postre en algo armónico y gratificante tanto para los músicos como para el auditorio circundante” (MUJERES EN FAMILIAS ENSAMBLADAS, María Silvia Dameno). Esta metáfora era, a su criterio, la que mejor definía por analogía a estas familias y el término se popularizó y extendió de manera tal que actualmente es aceptado por toda la doctrina. El X Congreso Internacional de Derecho de Familia realizado en Mendoza, Argentina, en 1998, recomendó el uso de la denominación “familia ensamblada” como una “categoría sociológica que tiene como finalidad encuadrar el objeto de estudio y promover su visibilidad en el ámbito institucional y científico” (la cita ha sido tomada de la obra: FAMILIAS ENSAMBLADAS, Cecilia P. Grosman e Irene Martínez Alcorta, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000).

En consonancia con los criterios expuestos, se propone en primer término la reforma del artículo 198 del Código Civil. Como fundamentación de tal reforma se reproduce la opinión de la Dra. Cecilia Grosman: “El antecedente de esta norma es el art. 299 del Código Civil Suizo, cuyo texto dice " apoyar al cónyuge de manera apropiada en el ejercicio de la autoridad parental sobre los hijos nacidos de otra unión y representarlo cuando las circunstancias lo exijan " .En igual sentido un proyecto francés de modificación del art. 213 Código Civil. Se trata de una asistencia consultiva, ya que la decisión final pertenece sólo al titular de la autoridad parental. Por otra parte, el padre, a cargo de los hijos de una unión anterior, es representado por su nuevo cónyuge cuando "las circunstancias lo exijan", o sea, si aquel se halla impedido de actuar y fuere necesario hacerlo, ya sea cuando se trata de actos usuales concernientes al niño (por ejemplo, firma de boletines, consulta médica) o cuando se deba actuar sin demora (una intervención quirúrgica).”

La reforma propuesta para el artículo 264 inciso 3) toma en consideración circunstancias como la especial relevancia del medio familiar en el que desarrolló su vida el niño o adolescente y los nuevos lazos que, eventualmente, se hubieran creado con otros hermanos. Ante los supuestos contemplados en el artículo en cuestión, podría ser conveniente que el niño continuara viviendo con el padre o madre afín (con quien ya venía haciéndolo) y no que se mude de vivienda, cambie de habitat y demás, para irse vivir con el otro progenitor –el que mantiene la titularidad de la patria potestad pero no estaba ejerciendo la misma-. La Ley debe regular esos casos, facultando al padre o madre afín a ejercer él la patria potestad.

En este artículo, como en otros que se propone modificar (inc.7 del art. 264 y art. 265) se establece la obligatoriedad de que los niños (hijos propios de uno o ambos miembros de la pareja conyugal) sean oídos por la autoridad judicial, No se fija edad alguna, de conformidad con el

artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los artículos 3, 24 y 27 de la Ley 26061 y sabias decisiones jurisprudenciales dictadas en los últimos años en consonancias con estas regulaciones. Por citar uno de los últimos precedentes, justamente en un conflicto relativo al ejercicio de la patria potestad, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en fecha 05-12-07 resaltó: “Sobre esta temática se ha expedido ya esta Corte, afirmando que no escuchar al niño afecta la validez de las decisiones que se dicten con ese vicio. En oportunidad de sentenciar, en un caso donde se debatía la custodia y el régimen de comunicación de los infantes, sostuvo: No pudo prescindirse de recabar la opinión que tenía el niño respecto de cómo podría distribuirse su tiempo disponible para mantener un contacto provechoso con ambos padres (...) Por cierto que escuchar al menor no implica que eventualmente no puedan desatenderse sus preferencias expresadas, si de los elementos obrantes en poder del Juez, en particular los provenientes de una objetiva valoración de su medio, para lo cual cabe contar con el aporte inestimable de asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, surge que satisfacerlas no es conducente al logro de su superior interés, en cuyo caso se torna necesario equilibrar esa posible frustración mediante adecuados auxilios terapéuticos y fundamentalmente orientándolos a la comprensión de la decisión y sus motivos. De todos modos es menester que en tales supuestos de colisión con el deseo del menor el Juez exprese los motivos de su apartamiento de la opinión recogida.” (SCBA, 05-12-2007, B.,G.S.c.M.G., R.A.,LLBA 2008 –febrero-, 50).

Por lo tanto, en consonancia con el plexo normativo y jurisprudencial sintetizado, no se fija edad alguna, en esta reforma propuesta, para que los niños sean escuchados en los estrados judiciales y se valorizan los dichos de estos de conformidad con el grado de madurez que presenten.

En cuanto al inciso 7 del mismo artículo 264, proponemos que sea la decisión judicial la que tome en cuenta las características del caso y el mejor interés del niño o adolescente para aceptar y homologar los acuerdos de ejercicio de la patria potestad entre un progenitor biológico y su nuevo cónyuge. Se trata de situaciones en que el progenitor que no ejerce la patria potestad ha fallecido o se encuentra ausente o inhabilitado.

En cuanto a la reforma propuesta para el artículo 265 del Código Civil, siguiendo a la misma prestigiosa especialista en Derecho de Familia Dra. Cecilia Grosman, hemos encontrado que los autores propician el reconocimiento de un mínimo de facultades y deberes entre padres e hijos afines que facilite los actos inherentes a la vida diaria y el funcionamiento armónico de la familia ensamblada. Pero excluyendo aquellos actos trascendentes para la vida del niño o adolescente, que continúan requiriendo el consentimiento de ambos progenitores.

Respecto del artículo 265 bis de este proyecto, nuevamente citamos a la Dra. Cecilia Grosman: "...esta propuesta se enmarca en las prácticas sociales habituales en nuestra sociedad, donde los padres requieren muchas veces cooperación familiar para el cuidado de los niños, por razones de imposibilidad temporal. Estas demandas, y los acuerdos implícitos que las sustentan funcionan con naturalidad en nuestro ámbito social y no son vivenciados como contrarios a las responsabilidades parentales." Por lo tanto, se entiende que la figura de la delegación o la facultad de que un padre delegue en el padre o madre afín el ejercicio de la patria potestad, es el remedio legal más adecuado para dar respuesta a los supuestos donde por razones de diversa índole, sea necesario que el progenitor que ejerce la patria potestad deba transferirla a otro de manera provisoria. Esta permisión normativa, no solo beneficia al niño o adolescente -con quien convive y ha tejido una relación afectiva con el padre o madre afín- sino también al progenitor que ejerce hasta ese momento la patria potestad, quien no podrá hacerlo de manera comprometida y responsable por cierto tiempo en atención a diversas razones (viaje, enfermedad, etc.). Asimismo, cabe destacar que esta propuesta está en total consonancia con el concepto de familia ampliada o referente afectivo al cual alude el artículo 7 del Decreto 415/2006 que reglamenta la Ley 26061, el que expresa: "Se entenderá por "familia o núcleo familiar", "grupo familiar", "grupo familiar de origen", "medio familiar comunitario" y "familia ampliada", además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña o niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección. Acaso el padre o madre afín no es un miembro de la familia ampliada o, como mínimo, un referente afectivo del hijo de su cónyuge?"

Para el artículo 266 del Código Civil se establece una nueva redacción, más acorde con las prescripciones de la Ley 26061 y la Convención sobre Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes que forma parte de nuestro ordenamiento constitucional.

En el caso del artículo 363 del Código Civil, hemos reemplazado las designaciones de padrastro y madrastra y entenados o entenadas, por padre o madre afín e hijos afines. Ello encuentra su fundamentación en los motivos expuestos más arriba acerca de los términos que tienen una utilización peyorativa en el lenguaje común, y su reemplazo por términos acordes a la reforma propuesta.

En este proyecto hemos establecido para el artículo 368 la obligación alimentaria del padre o madre afín respecto de sus hijos afines, con carácter subsidiario. El deber alimentario debe ser satisfecho en primer

término por quienes se hallan vinculados consanguíneamente con el niño o niña, y solo puede ser objeto de reclamo el padre o madre afín a falta de parientes consanguíneos o cuando estos no tuvieran recursos o fueren insuficientes. En la realidad, cuando el padre o madre afín habita el mismo hogar con los hijos de su cónyuge, comúnmente contribuye a su mantenimiento aportando para sufragar los gastos comunes de la familia ensamblada; ambos esposos comparten los desembolsos hogareños y el sostén de los hijos que allí conviven, de acuerdo a las posibilidades de cada uno. Por ello consideramos que si bien la obligación alimentaria debe cesar con la disolución del matrimonio, es posible establecer una asistencia transitoria al hijo afín por parte del padre o madre afín si el cese abrupto de la manutención puede afectar su interés.

Respecto del artículo 390 del Código Civil, se ha entendido conveniente prever la posibilidad de otorgar la tutela a los padres y madres afines. Cuando ambos progenitores del niño o niña han fallecido, si ha existido una convivencia de más o menos larga data y el niño/a se halla integrado en la familia ensamblada, antes que nombrar como tutor a un tío u otro pariente consanguíneo pero más lejano aún y que ha tenido escaso contacto con él, resulta a todas luces conveniente designar tutor al padre o madre afín que ha participado en su crianza hasta ese momento.

El concepto desarrollado en este proyecto no comprende a las familias formadas en uniones de hecho por cuanto hasta el momento no existe reconocimiento jurídico integral de tales uniones, aunque si algunas aisladas disposiciones de derecho previsional o laboral. Consideramos que en oportunidad de legislarse al respecto deberán extenderse estas disposiciones a las familias ensambladas formadas como consecuencia de uniones de hecho.

En este proyecto de reforma del Código Civil, se sigue la terminología que el mismo utiliza que es la denominación de "patria potestad", la cual estaría en franca revisión a la luz de los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño, y la Ley 26061 (en especial el artículo 7) y los avances operados en el derecho comparado donde la mayoría de los países no se refieren más al término "patria potestad" (como la potestad del padre, como "dueño" de los hijos y de la mujer) sino que utilizan "autoridad parental". Pero este último también está en revisión al verse modificado por un concepto más acorde con una idea democrática de familia como lo es el de "responsabilidad parental". Al respecto, y a modo de ejemplo, cabe destacar el Reglamento del Consejo Europeo N° 2201/03 del 27-3-2003 conocido como "Bruselas II" que se refiere a la "Competencia, el Reconocimiento y a la Ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental"; agregándose que varios países como Austria, Bulgaria, República Checa y Noruega adoptan

en sus legislaciones el concepto de responsabilidad parental para referirse a los derechos y deberes entre padres e hijos. Por lo tanto en estos Fundamentos se deja constancia que en una deseada y pronta modificación de todo el título de la Patria Potestad del Código Civil, tal reforma deberá comenzar por modificar la denominación.

Este proyecto de ley fue presentado con anterioridad bajo numero de Expediente S.1299/08, habiendo tenido aprobación en general en la última sesión del año 2009. Luego se produjo la renovación de la cámara del Senado, por esta razón no se produjo el tratamiento en particular . Por ello se presenta nuevamente a los efectos de la consideración de esta Honorable Cámara

En el convencimiento que los integrantes de este Cuerpo compartirán lo expuesto, solicito la aprobación del presente.

Daniel F. Filmus.-