

La solidaridad en el sistema del derecho de familias. Especiales consideraciones sobre el Código Civil y Comercial

POR FLORENCIA VAZZANO(*)

Sumario: I. Introducción.- II. La solidaridad y la perspectiva de género.- III. Solidaridad en la distribución de los roles de cuidado.- IV. Reflexiones finales.- V. Referencias bibliográficas.

Resumen: en este trabajo se aborda la solidaridad en el sistema del derecho de familias, en su carácter de principio rector de muchas de las instituciones familiares receptadas por el Código Civil y Comercial. Aparece como el motor para la materialización de derechos humanos de los integrantes de la familia, y en especial como exigencia para la realización de la igualdad. El propósito del trabajo no es analizar de modo exhaustivo cada uno de los institutos en los cuales está presente la solidaridad, sino mostrar su lugar en cada uno de los mismos, sus conexiones con la idea de vulnerabilidad e igualdad, y con la protección especial de ciertos sujetos dentro de la familia.

Palabras claves: solidaridad - familias - igualdad - vulnerabilidad - protección

Solidarity in the family law system. Special considerations on the Civil and Commercial Code

Abstract: *this work addresses solidarity in the Family Law system, as the guiding principle of many of the family institutions accepted by the Civil and Commercial Code. It appears as the engine for the realization of human rights of family members, and especially as a requirement for the realization of equality. The purpose of the work is not to exhaustively analyze each of the institutes in which solidarity is present, but to show its place in each of them, and the connections with the idea of vulnerability and equality, and with the special protection of certain subjects within the family.*

(*) Abogada. Magíster en Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario (UNR). Doctoranda en Derecho, Facultad de Derecho, UNR. Prof. Teoría General del Derecho y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN). Investigadora del Instituto de Estudios Jurídicos y Sociales, Facultad de Derecho (UNICEN).

Keywords: *solidarity - family - equality - vulnerability - protection*

I. Introducción

En el presente trabajo se aborda la *solidaridad* en el sistema del derecho de familias, en su carácter de principio rector que se proyecta en diversas interacciones familiares. Mucho se ha destacado el avance de la libertad en la regulación de institutos familiares, siendo ello fundamental para lograr la democratización de las relaciones al interior de la familia y la consagración de espacios de mayor autonomía personal. Ahora bien, la solidaridad también ocupa un lugar destacado, pues aparece como el motor para la materialización de derechos humanos en muchas de las vinculaciones e instituciones familiares. La solidaridad conserva su lugar tradicional en la responsabilidad alimentaria derivada del parentesco y del matrimonio, y en el derecho de comunicación entre parientes —anterior derecho de visitas—. Pues dichos institutos encuentran desde su regulación originaria su fundamento en la *solidaridad* entre parientes, a diferencia del deber alimentario y del derecho de comunicación que corresponde a los progenitores como titulares de la responsabilidad parental; tal distinción fue marcada originariamente por Vélez Sarsfield al establecer regímenes diversos y por la doctrina y la jurisprudencia (Véase por ejemplo Bossert, 1993; Famá y Herrera, 2008).

Asimismo, la solidaridad constituye hoy el fundamento de figuras receptadas en atención a la vulnerabilidad y a las necesidades de protección de ciertos sujetos dentro de la familia.

Partiendo de estas ideas iniciales, el objetivo de este trabajo es mostrar que la solidaridad interviene como un hilo conductor que transita por muchas de las instituciones familiares receptadas por el Código Civil y Comercial (CCiv. y Com.) en diálogo con los derechos humanos. A tal fin, el propósito no es analizar de modo exhaustivo cada uno de esos institutos, sino abordar el lugar de la solidaridad y sus conexiones con la idea de vulnerabilidad e igualdad, y con la protección especial de ciertos integrantes de la familia.

II. La solidaridad y la perspectiva de género

II.1. Consideraciones sobre la unión matrimonial

En el matrimonio, la solidaridad está presente tanto en el régimen personal como en el patrimonial. En su paso por los distintos efectos, derechos y deberes de los cónyuges busca la realización de la igualdad y la responsabilidad familiar desde la perspectiva de género.

En el ámbito personal, surge de la idea de *cooperación* y del deber de *asistencia mutua*, plasmados en el artículo 431 del CCiv. y Com. como componentes necesarios para el desarrollo del proyecto en común, así como también se desprende de la obligación alimentaria que rige durante la existencia del vínculo matrimonial y la separación de hecho, y en supuestos excepcionales luego del divorcio (artículos 432 a 434 del CCiv. y Com.).

En la responsabilidad alimentaria prevista durante la vida en común y la separación de hecho, cabe destacar la incorporación que hace el Código de distintas pautas para la cuantificación judicial de los alimentos, a saber: a) el trabajo dentro del hogar, la dedicación a la crianza y educación de los hijos y sus edades; b) la edad y el estado de salud de ambos cónyuges; c) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de quien solicita alimentos; d) la colaboración de un cónyuge en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; e) la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar; f) el carácter ganancial, propio, o de un tercero del inmueble sede de la vivienda —si es arrendada, si el alquiler es abonado por uno de los cónyuges u otra persona—; g) si los cónyuges conviven, el tiempo de la unión matrimonial; h) si los cónyuges están separados de hecho, el tiempo de la unión matrimonial y de la separación; i) la situación patrimonial de ambos cónyuges durante la convivencia y durante la separación de hecho (artículo 433 del CCiv. y Com.).

Dichas pautas posibilitan al juzgador colocar en la balanza diferentes situaciones de cada uno de los cónyuges a los fines de poder identificar la existencia de vulnerabilidades de uno respecto del otro. En otras palabras, poder obtener una fotografía de la organización familiar durante la vida en común o la separación de hecho, en particular, conocer la distribución de los roles y actividades de cada uno, sus situaciones patrimoniales, sus posibilidades de conseguir un empleo o de capacitarse en atención a su edad y/o estado de salud, o al tiempo que le insume el cumplimiento de los deberes dentro de la familia. Todos son criterios para la interpretación de las particularidades del caso concreto, todos exhiben como rasgo común la presencia del principio de solidaridad.

Al decir de Herrera (2015), se piensan desde la idea del abandono de toda noción de culpa, en especial en los supuestos de separación de hecho. Todos deben ser analizados desde la perspectiva de género, observando las desigualdades entre varones y mujeres, y las relaciones de poder de los primeros por sobre las segundas. Pues, conforme tiene dicho Medina (2016), es cierto que el texto de la norma no distingue entre hombres y mujeres para la concesión de los alimentos, pero las más de las veces serán las mujeres las que nunca han trabajado fuera del hogar y que han resignado el desarrollo personal en aras del progreso conjunto.

Por su parte, las prestaciones alimentarias después del divorcio (artículo 434) también se proyectan sobre la base de requerimientos de solidaridad familiar ante dos supuestos puntuales: a) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse; b) a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos.

El primer supuesto reconoce el derecho a la alimentación del cónyuge que se encuentra ante un estado de vulnerabilidad que presenta varias dimensiones interrelacionadas: la que tiene su causa en una enfermedad grave anterior al divorcio, y la que se manifiesta por la imposibilidad de obtener una fuente de ingresos en virtud del estado de salud. En estos casos, la exigencia de solidaridad se mantiene después de fallecido el alimentante, pues la obligación se transmite a sus herederos. En la ponderación entre los intereses del cónyuge enfermo y de los herederos del alimentante, el legislador ha inclinado la balanza a favor del primero en resguardo del derecho humano a la salud y a la calidad de vida por sobre el derecho a la propiedad de los segundos.

Ahora bien, este supuesto despierta el interrogante acerca del lugar que corresponde asignar a los parientes del cónyuge que reclama los alimentos, es decir, si en realidad debieran ser ellos quienes de manera prioritaria asuman la responsabilidad alimentaria prevista en el artículo 537 y ss. del CCiv. y Com. ante la pregunta mencionada, consideramos que, en el caso de existir ascendientes, descendientes y/o hermanos con posibilidades económicas para cumplir con tal deber, son ellos quienes deben colaborar con su pariente ante la enfermedad, y eventualmente los herederos del cónyuge fallecido. Pues, si existen parientes del cónyuge enfermo con aptitudes económicas para asumir tal responsabilidad, no resulta valioso para el caso concreto que sean los herederos del excónyuge quienes deban adoptar la conducta prevista en la norma. El vínculo de sangre que une a los parientes enunciados en el artículo 537 debe primar por sobre aquel proyecto de vida común que unió a los integrantes de la pareja conyugal pero que a causa del divorcio ya no existe.

El segundo supuesto contemplado por el artículo 434 del CCiv. y Com., tutela al cónyuge que luego del divorcio no cuenta con ingresos propios suficientes para asegurar su subsistencia, sumado a la imposibilidad de procurárselos por diversas razones: por la edad, discapacidad o enfermedad, entre otros factores que podrían acontecer incluso después del divorcio. En estos casos, la solidaridad encuentra ciertos límites marcados por la propia disposición legal: la obligación alimentaria no puede tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio y, asimismo, no procede a favor de quien recibe la compensación económica prevista en el artículo 441 del CCiv. y Com. Así, el legislador recorta las posibilidades de solidaridad familiar en el tiempo y la excluye en caso de que el cónyuge haya ejercido el derecho a la compensación económica. Ambos supuestos deben ser

analizados desde la perspectiva de género, en especial desde una mirada sensible a la debilidad de las mujeres frente a los hombres cuando las actividades de la dinámica familiar le restaron tiempo y oportunidades para el crecimiento propio.

En el ámbito patrimonial del matrimonio, la solidaridad integra el núcleo duro de deberes y derechos que resulta inderogable por la convención de las partes —excepto disposición expresa en contrario—. Hoy los cónyuges poseen la facultad de optar entre el régimen de comunidad de bienes o el de separación (artículo 446 del CCiv. y Com.), o de modificarlo después de la celebración del matrimonio en los términos del artículo 449 del CCiv. y Com. aquel núcleo duro establece un piso mínimo aplicable a ambos regímenes de bienes, donde la autonomía de la voluntad deja paso a otros fines que se ponderaron como superiores: la igualdad entre los cónyuges, la protección de los derechos de los hijos, en especial de los niños, niñas y adolescentes, o de personas con discapacidad, o con capacidad restringida o problemáticas de salud. Concretamente, la solidaridad subyace del deber de contribución al sostenimiento propio, del hogar, de los hijos comunes o hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad de alguno de los cónyuges que conviven con ellos.

En el marco de esta protección, la normativa establece que el trabajo desarrollado en el hogar se computa como contribución a las cargas, y que el incumplimiento de uno de los cónyuges habilita al otro a reclamar judicialmente su realización (artículo 455 del CCiv. y Com.).

Asimismo, la solidaridad se proyecta en los actos que requieren del asentimiento de ambos cónyuges (disposición de los derechos sobre la vivienda familiar, los muebles indispensables de esta, o su transporte). Su incumplimiento da lugar a la facultad de petitionar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro de un plazo de caducidad de seis meses desde su conocimiento, pero no más allá de los seis meses de la extinción del régimen matrimonial (artículo 456 del CCiv. y Com.).

Finalmente, la solidaridad surge de la responsabilidad por deudas, esto es, por obligaciones contraídas por uno de los cónyuges para solventar necesidades ordinarias del hogar o para el sostenimiento y educación de los hijos. En esos supuestos, responden solidariamente en los términos del artículo 461 del CCiv. y Com.

Así, en todos los casos la solidaridad que se requiere es a los fines de asegurar un desenvolvimiento familiar que resulte equitativo entre los cónyuges, de modo que los roles de cuidado y de sostenimiento del hogar no se concentre en solo uno de ellos como sucede frecuentemente con la mujer.

II.2. Consideraciones sobre la unión convivencial

Las uniones convivenciales tienen hoy su lugar dentro del derecho de familias. Su recepción en el CCiv. y Com. no hace más que visibilizar una realidad frecuente que durante largo tiempo estuvo silenciada o ignorada. Su regulación se caracteriza por una fuerte presencia de la autonomía de la voluntad, en particular a partir de la facultad de los convivientes de celebrar un pacto de convivencia por el cual pueden acordar: a) la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común; b) la atribución del hogar común, en caso de ruptura; c) la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia, entre otras cuestiones. Sin embargo, esa autonomía de la voluntad encuentra límites que vienen dados por la necesidad de preservar la igualdad entre los convivientes y en general el respeto por los derechos humanos. Es así que el artículo 515 dispone que los pactos de convivencia no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial.

Siguiendo a Pellegrini (2015), la legislación establece un piso mínimo obligatorio e inderogable por las partes que rige para toda unión convivencial que cumpla los requisitos exigidos, se encuentren o no registradas, y exista o no pacto de convivencia (1).

Así, ese núcleo o piso mínimo contiene: el deber de asistencia entre los convivientes (artículo 519); el deber de contribuir al sostenimiento propio, del hogar, de los hijos comunes y de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad de uno de los convivientes que conviven con ellos (artículo 520, que remite al artículo 455 sobre deber de contribución en el matrimonio). El CCiv. y Com. reconoce correlativamente la facultad para demandar por incumplimiento de dichos deberes y establece que el trabajo en el hogar se computa como contribución a las cargas. Aquí, al igual que en el matrimonio, está presente la perspectiva de género con pretensión de realizar la igualdad real entre hombres y mujeres (Molina de Juan, 2019, p. 212). Asimismo, aquel piso mínimo integra la responsabilidad solidaria por las deudas frente a terceros, asumida para solventar las necesidades ordinarias del hogar o para el sostenimiento o educación de los hijos (artículo 521). Además, la protección de la vivienda familiar (artículo 522), pues, en los supuestos de uniones convivenciales inscriptas, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar ni de los muebles indispensables de esta, ni transportarlos fuera de la vivienda.

(1) A excepción de la protección a la vivienda, que funciona solo ante las uniones convivenciales registradas.

Todas las consecuencias jurídicas señaladas son compartidas con la institución matrimonial, pues tratándose de la colaboración familiar y la igualdad que debe primar durante la relación de pareja no parece que deban hacerse distinciones entre un instituto y el otro. La libertad personal deja paso a la protección de intereses individuales y grupales involucrados en las distintas cuestiones señaladas precedentemente. En general, las personas que optan por este tipo de vinculación no desean someterse a los efectos propios de la institución matrimonial, por lo que la autonomía y la libertad dentro de la unión convivencial resultan fundamentales para garantizar derechos implicados en la temática: el derecho a no contraer matrimonio; a optar por un plan de vida familiar que se ajusta a las pretensiones y necesidades personales, lo que incluye el derecho a mantener una corta convivencia y el derecho a formar una familia en un marco de diversas opciones o modalidades. Ahora bien, la libertad que caracteriza a la unión de convivencia no es absoluta, sino que está limitada por la propia ley para garantizar el respeto de los derechos humanos de los convivientes y de terceros.

“El respeto por la libertad en la forma de organización familiar no legitima conductas abusivas, ni autoriza actitudes egoístas que ignoren las responsabilidades nacidas de la convivencia y la necesaria cooperación y solidaridad que es el sustento de toda relación afectiva, sea convivencial, sea matrimonial” (Molina de Juan, 2019, p. 211). Siguiendo a Lloveras (2015), el ejercicio de la libertad en sus diversos despliegues se debe compatibilizar con las exigencias que devienen de los estándares internacionales sobre derechos humanos, de manera que la regulación del instituto procura el equilibrio entre la libertad, en aquellos ámbitos o cuestiones que pueden quedar al arbitrio de las partes, y la solidaridad en otros espacios en que se requiere de la intervención estatal para evitar la desigualdad, la discriminación y/o la violencia en la familia. Molina de Juan (2014a) ha indicado que la solidaridad está presente así en el otro extremo del sistema axiológico de la familia convivencial, requiriendo la contribución que se necesita durante la vida en pareja, y otorgando seguridad jurídica a las personas que optan por este modelo familiar.

II.3. La solidaridad ante la ruptura de la pareja

Sobre la base de la interacción entre solidaridad e igualdad, el CCiv. y Com. incorpora la figura de la *compensación económica* y de la *atribución del uso de la vivienda familiar*, tanto en el matrimonio y como en la unión convivencial. La diversidad de casos que se presenta en el derecho de familias exhibe que cuando se produce la ruptura de la pareja son generalmente las mujeres quienes quedan en situaciones de mayor vulnerabilidad socioeconómica. Si bien las disposiciones legales que receptan estos institutos no refieren expresamente a las mujeres como sujetos de la protección, ambas figuras están pensadas desde una plataforma

fáctica frecuente que refleja la desigualdad económica entre hombres y mujeres frente a la ruptura del proyecto común, incluso sobre realidades que muestran que dentro del universo de mujeres no todas se encuentran ante las mismas situaciones o contextos socioeconómicos. Hay mujeres que tienen menos posibilidades de alcanzar autonomía económica y de ejercer sus derechos de ciudadanía (Herrera y Famá, 2007, p. 54). La recepción de ambas figuras revela la mirada humanista de los redactores del Código, en aras de la protección de los derechos humanos de quienes aparecen como los sujetos más vulnerables dentro de la familia y desde la obligada perspectiva de género.

Tanto en la compensación económica como en la atribución del uso de la vivienda familiar, la solidaridad y responsabilidad familiar se despliegan a partir de la finalización del proyecto en común que unía a los miembros de la relación matrimonial o convivencial. En otras palabras, se exige a partir del ejercicio del derecho a reclamar por parte del cónyuge o conviviente que ha quedado ante una posición desfavorable respecto del otro.

La compensación económica se reconoce a favor de uno de los cónyuges cuando se anula o extingue el matrimonio por divorcio, o a un miembro de la unión convivencial en caso de cese de la convivencia por cualquier causa, siempre que se acrediten los siguientes recaudos: a) que se produzca un desequilibrio manifiesto; b) que tal desequilibrio implique un empeoramiento en su situación y c) que esa situación tenga por causa adecuada el matrimonio o la convivencia y su ruptura (Molina de Juan, 2014b).

El legislador presupone que durante la vida en matrimonio o en unión convivencial y su posterior ruptura se produjo un desequilibrio entre los cónyuges o convivientes en cuanto a la distribución de los roles, a sus posibilidades de independencia económica y, en definitiva, en relación con sus esferas de decisión y actuación. Se trata de una desigualdad manifiesta que conduce a situaciones de vulnerabilidad social, económica y cultural del integrante que durante la vigencia del proyecto en común renunció o relegó su autonomía económica, y que al producirse el divorcio o el cese de la unión queda ante una posición desventajosa. La jurisprudencia tiene dicho que no se trata de buscar una nivelación o igualación patrimonial, sino de recomponer una situación de empobrecimiento causada generalmente por la frustración o postergación del crecimiento propio, por pérdida de chances y de oportunidades, por las renunciaciones con miras a brindar asistencia o solidaridad en la familia (2).

(2) CCiv., Junín, 25/10/2016, "G., M. A. c/ D. E., J. M. s/alimentos". Microiuris. Cita: MJ-JU-M 101662-AR.

En cuanto al matrimonio, en los fundamentos del anteproyecto del Cod. Civ. y Com. se señala que con *fundamento en el principio de solidaridad familiar y en que el matrimonio no sea causa fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge a costa del otro, se prevé la posibilidad de que los cónyuges acuerden o el juez establezca pensiones compensatorias*(3).

La compensación económica puede consistir en una prestación única o periódica. En este último caso, una renta por tiempo determinado (en las uniones convivenciales no puede ser superior a la duración de la convivencia). En el matrimonio puede ser, excepcionalmente, por tiempo indeterminado. En ambos institutos puede cumplirse mediante la entrega de dinero o el usufructo de ciertos bienes, o de cualquier otro modo que acuerden las partes o que decida el juez.

Ahora bien, más allá de los rasgos particulares del matrimonio y de la unión convivencial, lo interesante de la temática es que el Código prevé una enunciación de distintas pautas o reglas para la determinación judicial de la procedencia y monto de la compensación. Dichas pautas a considerar por el juez son: a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges o convivientes al inicio y a la finalización de la vida en común; b) la dedicación que cada cónyuge o conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante el matrimonio o la convivencia, y la que debe prestar con posterioridad al divorcio o cese de la unión; c) la edad y el estado de salud de los cónyuges o convivientes y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge o conviviente que solicita la compensación económica; e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge o conviviente; y f) la atribución de la vivienda familiar. En este último caso, tratándose del matrimonio, se ha de fijar si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado (en este supuesto determinando quién abona el canon locativo). De este modo, la legislación confiere a los operadores judiciales criterios que orientan la decisión, que permiten evaluar la debilidad de uno de los integrantes de la pareja frente al otro, y en función de ello fijar la prestación.

Todas las pautas tienen un común denominador: están pensadas desde aquellas realidades familiares muy frecuentes en las cuales son las mujeres quienes abandonaron el ámbito laboral —o que directamente nunca se insertaron en el mismo— para llevar adelante la crianza de los hijos y las tareas domésticas. Incluso, teniendo en cuenta que la situación es aún más compleja cuando luego de la ruptura de la pareja, la mujer no cuenta con posibilidades para incorporarse

(3) Los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial se encuentran disponibles en <https://www.alveroni.com/wp-content/uploads/2018/12/9.-Fundamentos-del-Anteproyecto-de-C%C3%B3digo-Civil-y-Comercial-de-la-Naci%C3%B3n.pdf>. Consultado el 13/9/2021.

al mundo del trabajo porque su edad, estado de salud y/o discapacidad operan como límites para alcanzar dicho cometido.

Todas las pautas están diseñadas desde la conexión entre *solidaridad e igualdad*, dos valores jurídicos que han de dialogar con miras a la realización de la justicia del caso, y en última instancia, siguiendo a Ciuro Caldani (2019), a hacer efectivo el valor humanidad.

La *atribución del uso de la vivienda familiar*, por su parte, busca la protección del cónyuge o conviviente más vulnerable ante el divorcio o la finalización de la unión convivencial frente a una situación económica desventajosa que le impide proveerse de una vivienda (4). Sus alcances son diferentes según se trate del matrimonio o de la relación convivencial, pues en este último supuesto su ámbito de aplicación es más acotado.

En primer lugar, siguiendo a Herrera y Pellegrini (2015), son los cónyuges o convivientes quienes pueden pactar la atribución del uso de la vivienda familiar en ejercicio de su autonomía de la voluntad (artículo 438 y 439 en el divorcio, y artículo 514 en las uniones), o en su defecto, el juez conforme las pautas previstas en la normativa.

En el supuesto del matrimonio, puede tratarse del uso de un inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. El tribunal es quien determina su procedencia, el plazo de duración y los efectos, teniendo en cuenta lo siguiente: a) la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos; b) la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios; c) el estado de salud y edad de los cónyuges; d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar (artículo 443 del CCiv. y Com.).

Este último criterio mencionado abre la consideración hacia los derechos de otras personas que residen en la vivienda familiar, por ejemplo, hijos o padres de alguno de los cónyuges.

El legislador le proporciona al magistrado distintos criterios generales de orientación construidos sobre la base de determinados componentes sociológicos: los obstáculos socio-económicos para acceder a una vivienda, y la imposibilidad o dificultad para obtener un empleo por la dedicación en tiempo y trabajo que implica quedar a cargo del cuidado de los hijos, o por la edad o el estado de salud. Se trata de pautas diversas, pero al fin conectadas a partir de una plataforma fáctica

(4) En las uniones convivenciales el Código prevé, además, la atribución de la vivienda familiar en caso de *muerte* de uno de los convivientes, mediante la recepción del derecho real de habitación (artículo 527).

de circunstancias adversas del progenitor que solicita el uso de la vivienda y de los hijos y/o personas que integran ese grupo familiar. Por tanto, al igual que en la compensación económica, no se trata de una institución jurídica diseñada desde la culpa o inocencia de los cónyuges, sino desde la noción de solidaridad y de vulnerabilidad que subyace en todo el derecho de familias.

En el caso de la unión convivencial, se atribuye el inmueble que fue sede de la convivencia, si quien lo solicita: a) tiene a su cargo el cuidado de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad; b) si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata. De esta manera, se observa que el universo de casos comprendido dentro del ámbito de aplicación del instituto es más restringido que en el matrimonio, considerando que la normativa requiere una extrema necesidad, la imposibilidad de obtener una vivienda en lo inmediato, y quedar a cargo de las personas enunciadas.

El magistrado determina el tiempo de duración de la atribución del uso, el cual no puede exceder de dos años desde el momento en que se produjo el cese de la convivencia. A diferencia del vínculo matrimonial, se establece un límite en el plazo de vigencia del uso del hogar familiar. Sin embargo, corresponde plantear el interrogante acerca de la justicia o injusticia de dicho recorte temporal, es decir, si se justifica y resulta valioso establecer tal distinción con el matrimonio. Desde la jurisprudencia se ha señalado con acierto que aún cumplido el plazo previsto en la normativa se ha de extender el uso de la vivienda cuando habitan hijos menores de edad: en un precedente judicial del Juzgado Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Bell Ville, de febrero de 2020, se decidió extender el uso de la vivienda familiar más allá del plazo legal, estableciendo su duración hasta que los niños alcancen la mayoría de edad. Dentro de los fundamentos más relevantes se pueden destacar los siguientes: “en la actual situación debe privilegiarse el interés superior de los menores que habitan con su madre. Es en estos casos en los que se debe priorizar y privilegiar el crecimiento y desarrollo de los niños, y no perdiendo de vista que la vivienda integra la obligación alimentaria a cargo de los progenitores” (5).

Así, en la ponderación se otorga la primacía a la satisfacción de las necesidades e intereses de quienes están en la niñez o la adolescencia, cuyos derechos priman por sobre aquellos que corresponden a sus progenitores. Se considera que la

(5) Juzg. Civ. Com. Conc. y Fam., Bell Ville, 28/2/2020, “P. M. F. c/ V. J. S. s/juicio de alimentos-contencioso-incidente de atribución del uso de la vivienda familiar”. Microiuris. Cita MJ-JU-M-126202-AR. Considerando V.

vivienda en la que habitan constituye su centro de vida, y que además integra el contenido de la responsabilidad alimentaria a cargo de los progenitores (6).

Conforme han indicado Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras (2014), la intención legislativa está dada por la necesidad de brindar una doble tutela: por un lado, asegurar los derechos de los niños, niñas y adolescentes y/o personas con discapacidad o con alguna enfermedad (7); por el otro, los derechos del progenitor que queda bajo el cuidado de los hijos y que presenta dificultades para obtener una vivienda en virtud de su contexto socio-económico, considerándose, además, las restricciones de tiempo y esfuerzo que tal cuidado requiere.

En relación con esto último, al igual que en la compensación económica, la figura analizada reposa sobre una dinámica familiar frecuente en la cual las mujeres son quienes durante el vínculo de pareja se dedicaron a las actividades de cuidado y de organización doméstica, sin inserción en el sistema productivo-laboral. Considerando, además, que, en razón de esa realidad, cuando se produce el fin de la relación, las posibilidades de superar obstáculos económicos son menores a las del hombre que ya cuenta con una fuente de ingresos.

La jurisprudencia tiene dicho que “la atribución trae aparejada una restricción al derecho de propiedad que tiene como fundamento a la solidaridad familiar y que en caso de confrontación de derechos debe primar” (8). La temática requiere de la ponderación entre los intereses en juego, de manera que, cuando se reúnen los recaudos legales, consideramos que los tribunales han de otorgar el mayor peso al principio de solidaridad —en íntima conexión con los derechos de los niños, niñas y adolescentes, de las personas con discapacidad o con capacidad restringida— por sobre el principio de protección de la propiedad. Así, en la balanza, este último cede frente a la exigencia de amparar los derechos del más vulnerable.

El sujeto más fuerte —uno de los progenitores— debe soportar la intromisión en su esfera de autonomía personal, estando ello justificado por la colaboración y responsabilidad familiar frente al otro. De este modo, la solidaridad opera como

(6) Juzg. Civ. Com. Conc. y Fam., Bell Ville, 28/2/2020, “P. M. F. c/ V. J. S. s/ juicio de alimentos-concencioso-incidente de atribución del uso de la vivienda familiar”. Microiuris. Cita MJ-JU-M-126202-AR. Considerando V.

(7) Se trata de una medida de protección integral que excede el marco de tutela de la vivienda y que incluye el derecho a la calidad de vida, a la alimentación, a la salud e integridad psico-física, a la dignidad, y en general al desarrollo y formación personal, de conformidad con el *corpus iuris* de derechos de niños, niñas y adolescentes, de derechos de las personas con discapacidad, y normativas de derechos de la salud.

(8) CNCiv, sala J, 16/10/2020, “F. F. V. J. y otros c/ D. E. A. D. C. D. J. s/ medidas precautorias”. Microiuris. Cita: MJ-JU-M-128744-AR.

límite a la libertad y propiedad, aunque de modo temporal, esto es, durante el plazo de duración del uso de la vivienda establecido judicialmente o por el acuerdo de las partes.

Independientemente de las diferencias que se prevén entre la unión matrimonial y la convivencial, lo cierto es que ambas comparten la protección jurídica a la parte más débil de la relación, pues en estas cuestiones no parece razonable establecer diferencias legales. Los desequilibrios económicos se producen tanto en el matrimonio como en la unión convivencial, siendo esto un rasgo sociológico compartido por ambos institutos. Las figuras mencionadas se ajustan a los requerimientos que provienen de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en especial de aquellos que conforman el *corpus iuris* de protección de los derechos de las mujeres, entre ellos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW), la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (en adelante, Belem Do Para), la ley 26.485 de Protección Integral de derechos de las mujeres, etc.

Tomando los aportes de Kottow (2003), las figuras analizadas presuponen la existencia de susceptibilidad, es decir, de un estado de desmedro en el cual se encuentran ciertos sujetos por las circunstancias adversas que provienen del entorno social, económico, político, cultural.

Siguiendo la clasificación de justicia aristotélica, se trata de una respuesta jurídica que pretende “corregir” un desequilibrio, un camino jurídico para hacer justicia correctiva cuando la relación de cambio que presupone el matrimonio o la convivencia se rompe por la diversa posición o estatus entre los miembros de la pareja. Tomando palabras de Aristóteles, la justicia correctiva o rectificatoria aplica el término medio entre una ganancia y una pérdida; de aquí que la función del juez sea entonces restablecer la igualdad, lograr el equilibrio entre lo mayor y lo menor (Aristóteles, 2008, p. 426).

En suma, el mundo jurídico reacciona frente a un escenario de desigualdad manifiesta que se gesta por la dinámica y organización familiar, teniendo en cuenta que, siguiendo a Maffia (2001), por razones históricas y culturales la familia se estructuró durante mucho tiempo sobre la base de la distribución de roles y espacios privados —los de la mujer—, y roles y espacios públicos —los del hombre—.

En palabras de Molina de Juan (2017), se trata de una medida legislativa de acción positiva que tiene como fin y como norte la perspectiva de género, teniendo en cuenta que, como se dijo, frecuentemente son las mujeres quienes quedan en aquella posición desventajosa.

III. Solidaridad en la distribución de los roles de cuidado

III.1. Cuidado compartido entre progenitores

El cuidado personal se deriva del ejercicio de la responsabilidad parental (artículo 640 del CCiv. y Com.), integrado por un conjunto de deberes y facultades referidos a la vida cotidiana de los hijos (artículo 648 del CCiv. y Com.). En caso de ruptura de la pareja (matrimonial o unión convivencial), el cuidado personal puede ser *compartido* o *unilateral*. El cuidado compartido puede ser *indistinto* o *alternado*. En el primero, los hijos residen de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y las tareas que atañen al cuidado; en el segundo, los hijos pasan períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, teniendo en cuenta la organización y las posibilidades del grupo familiar. El Código privilegia la primera de esas modalidades (indistinto), considerando que es la que más se ajusta al derecho del hijo a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, conforme el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Así, el artículo 651 del CCiv y Com. dispone que, a pedido de uno o de ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar como primera alternativa el cuidado compartido indistinto, salvo que dicha modalidad no resulte posible o sea perjudicial para el hijo.

La legislación reconoce un ámbito de libertad a favor de los titulares de la responsabilidad parental para decidir sobre la organización de la convivencia y el cuidado de los hijos ante la ruptura de la pareja, atendiendo a la diversidad de estructuras y necesidades de las familias de la actualidad. Ahora bien, la propia ley otorga primacía a la modalidad indistinta por los fundamentos recién señalados, de modo que, cuando se solicita por uno o ambos progenitores, el juez tiene el deber de conferirla, salvo las excepciones que la normativa prevé en resguardo de los derechos de los niños, niñas, adolescentes, o ante una determinada realidad familiar.

El régimen sobre cuidado de los hijos tras la ruptura de la convivencia o el matrimonio gira en torno a la noción de *coparentalidad*, esto es, al reparto equitativo de los deberes y facultades en ambos progenitores, aun cuando estos ya no convivan. La premisa que subyace la igual participación de los padres en la toma de decisiones referidas a la vida cotidiana de los hijos.

Siguiendo a Herrera (2016), el nuevo régimen se halla en sintonía con lo dispuesto por el artículo 18 de la CDN que consagra el principio de responsabilidad compartida entre ambos progenitores. El principio de coparentalidad que prima en la temática permitió cuestionar la filosofía con la cual se diseñó el derecho familiar del siglo XIX. Así, la preferencia materna en la custodia de los hijos menores

de cinco años que estaba prevista en el artículo 206 del anterior Código, recibió profundas críticas por no ajustarse a criterios de razonabilidad y proporcionalidad que justifiquen una diferencia de tratamiento legal en el ejercicio de la responsabilidad parental. Este principio se asentaba sobre una mirada estereotipada de los roles de género, definida a partir del mito biologicista del “instinto maternal” que hoy ha sido desterrado casi por completo del pensamiento sociológico, antropológico y psicoanalítico (Herrera, 2016, p. 70).

La preferencia materna fue abandonada por la ley 26.618 de matrimonio igualitario, que establecía que se decidía de conformidad con el interés superior del hijo, no obstante, seguía subsistente para las parejas de diverso sexo (Herrera, 2016, p. 39). El Código Civil y Comercial finalmente abandonó este criterio discriminatorio hacia la mujer y, en función del principio de coparentalidad, coloca en pie de igualdad a los progenitores, sin establecer preferencias de uno por sobre el otro.

Así, el sistema del cuidado, y en general de la responsabilidad parental, se proyecta normativamente sobre la base del obligado resguardo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, quienes aparecen como los sujetos en el centro de la protección. En particular, en sintonía con los artículos 7, 9 y 18 de la CDN, y el artículo 7 de la ley 26.061. Desde la óptica de los destinatarios del cuidado, la coparentalidad aparece como derecho a ser cuidados y educados de forma habitual y permanente por ambos progenitores, y como el derecho a relacionarse con sus dos progenitores, a mantener un contacto frecuente con ambos, independientemente de la separación de estos. En un sentido negativo, siguiendo a Acuña San Martín (2013) como el derecho a no ser separados de sus padres, a crecer en compañía de ambos, salvo cuando en resguardo del interés superior del niño se decide la separación de su entorno nuclear.

Asimismo, el régimen de cuidado se coloca en línea con la tutela de los derechos de la mujer, con el requerimiento de igualdad y de solidaridad entre hombres y mujeres a la hora de desarrollar los deberes-derechos hacia los hijos. Respecto de ello, en especial, el sistema del Código es concordante con lo estipulado por el artículo 16 de la CEDAW, en cuanto dispone que “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres”. En particular en el punto d, el mencionado art. 16 establece que corresponde a hombre y mujeres “los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos (...)”.

El sistema de la responsabilidad parental que recoge el Código contribuye al abandono de la tradicional división entre roles femeninos y masculinos (Maffía,

2001). La temática conduce al planteo acerca del cuidado como derecho humano a cuidar, a ser cuidado y a cuidarse, como una facultad universal e inherente a las personas respecto de la cual no es posible establecer distinciones entre los sujetos cuidadores. En otras palabras, como un derecho que permite distribuir las responsabilidades de cuidado en todos los miembros de la sociedad y no solo en las mujeres (Pautassi, 2007, p. 41).

En la posmodernidad, la mujer conquista espacios que tradicionalmente se asignaron al mundo masculino. A partir de la segunda mitad del siglo XX se produjo un fenómeno de inserción y participación de las mujeres en el mercado del trabajo (9) y, en el siglo XXI, las mujeres han logrado conquistar, e incluso protagonizar, el “espacio público” y se encuentran trabajando, estudiando, ocupando cargos políticos. Actualmente, se tiende a disociar los roles de las mujeres con la función de reproducción; hoy muchas sueñan con el éxito profesional, la popularidad, el reconocimiento, la independencia, ser investigadoras, modelos, actrices, ejecutivas, líderes, etc., pues se han asentado las bases para construir una nueva identidad femenina, que modifique su sentido de pertenencia tradicional (Muriello, 1996, p. 14).

En suma, nuevamente aparece aquí la noción de igualdad, la perspectiva de género, y la solidaridad y responsabilidad familiar como los hilos conductores que transitan por el sistema del derecho de familias.

III.2. La solidaridad en las funciones de cuidado a cargo de parientes de los niños, niñas, adolescentes

Las realidades laborales de los progenitores, los tiempos de crisis económica y de desempleo, la inserción de la mujer en el mundo de “lo público”, lleva a la realización de la solidaridad por parte de otros integrantes de la familia que asumen tareas de cuidado a favor de los niños, niñas y adolescentes.

En las familias monoparentales, se requiere muchas veces de la colaboración de otros ascendientes —frecuentemente de los abuelos— cuando el progenitor a cargo ocupa gran parte de su tiempo en el ámbito laboral o cuando por diversas razones no puede asumir los roles propios (Segalen, 2013, p. 309). En particular, las familias monoparentales con mujeres jefas de hogar exhiben muchas veces las dificultades que estas atraviesan para buscar empleos que incrementen sus ingresos, en razón de estar desempeñando roles de cuidado a favor de los hijos menores de edad, o en virtud de alguna enfermedad, patología, o estado de salud.

(9) A la inversa, los hombres fueron ingresando al ámbito doméstico o privado, ante las necesidades reorganización familiar.

Frente a la ruptura de toda pareja se desanda una nueva organización familiar. En ese contexto, puede suceder que el progenitor que deja de convivir con los hijos se desentienda de sus deberes-derechos, siendo necesario recurrir a la cooperación de otros parientes de esos niños, niñas, adolescentes, por ejemplo, solicitando el cumplimiento de su responsabilidad alimentaria. En numerosos casos, los abuelos son demandados judicialmente al pago de una cuota alimentaria por parte del progenitor que queda a cargo del cuidado de los hijos. La jurisprudencia muestra que generalmente son las madres quienes llevan adelante la acción de alimentos contra los abuelos paternos, frente al incumplimiento del padre (10).

En marcos como los señalados, la solidaridad familiar se despliega mediante redes de ayuda mutua entre diversos sujetos que integran las familias, siendo ello de gran importancia para la organización de la cotidianidad. Se trata de un fenómeno que ocurre en todos los sectores sociales, pues aun cuando las clases medias y altas pueden contratar servicios de cuidadores, es frecuente acudir a la colaboración por parte de los parientes o integrantes del grupo familiar (Jelin, 2016, p. 83).

La prioridad en la crianza de los niños, niñas y adolescentes recae sobre sus progenitores. Estos poseen un conjunto de deberes-derechos que el ordenamiento jurídico les reconoce como titulares de la responsabilidad parental. No obstante, las diversas realidades familiares muestran que, frente a determinadas circunstancias propias de la dinámica de la vida, sus avatares y complejidades, otros ascendientes deban asumir funciones reservadas por el sistema jurídico a aquellos sujetos.

Dentro de las instituciones jurídicas que contienen funciones de cuidado a favor de las personas menores de edad se encuentra la figura de la *guarda*. La misma surge a partir de un universo muy variado de realidades —algunas de ellas muy complejas— donde los progenitores no desarrollan sus funciones derivadas de la responsabilidad parental por ausencia, imposibilidad o abandono de sus deberes. En esos contextos, otros ascendientes —frecuentemente los abuelos o los tíos— cumplen roles significativos a favor de quienes transitan la niñez o la adolescencia. Dentro de esas importantes funciones se encuentran aquellas que corresponden al ejercicio de la guarda por aplicación de medidas excepcionales de protección en el marco de la ley 26.061, por aplicación del régimen de la tutela, y otras tantas veces por el desenvolvimiento de una guarda de hecho a partir del

(10) CFam., Mendoza, 29/11/2010 “P. A. D. por sus hijos menores F. A. y ots. c/ F. A. A. s/ alimentos”, Microiuris. Cita: MJ-JU-M-61841-AR. CCiv, Mar del Plata, sala 3º, 13/5/2014, “U. L. J. c/ P. I. y otros s/ alimentos”. Microiuris, Cita: MJ-JU-M-85855-AR. CCiv., sala G., 7/4/2016, “M. y otro c/ S. T. A. s/ alimentos”. Microiuris. Cita: MJ-JU-M-98244-AR. CCiv., 1/12/2016, “P. M. M. c/ A. E. C. y otro s/ Alimentos”. Microiuris. Cita: MJ-JU-M-102434-AR.

desarrollo de tareas de cuidado, crianza y educación, sin una atribución formal de sus funciones (Cafferata, 1978).

El CCiv. y Com. incorpora la figura de la *guarda otorgada a pariente* y la *delegación del ejercicio de la responsabilidad parental*, dos institutos representativos del entramado de solidaridades que se entretiene en el interior de las familias ante los compromisos o imposibilidades de los progenitores.

La guarda otorgada a pariente está prevista para supuestos de especial gravedad a partir de una resolución judicial que establece el plazo de duración (no puede ser superior a un año, prorrogable por razones fundadas) (artículo 657 del CCiv. y Com.) (11). La legislación capta un universo de situaciones en las que resulta necesario separar de manera temporal y excepcional a un niño, niña o adolescente de su núcleo familiar, por abandono, incumplimientos, violencias, etc. En estos casos, la premisa jurídica que prima es aquella que indica que el cuidado debe quedar a cargo de algún integrante de la familia extensa, considerándose que “el mantenimiento del cuidado y guarda del niño dentro de su propia familia ampliada es particularmente respetuoso del derecho a la familia y a la identidad del niño (...)” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013). Por tanto, esta relación intrafamiliar nace a partir de una decisión judicial fundada y excepcional de apartar a los niños, niñas y adolescentes de su familia nuclear cuando se verifica una situación de amenaza o afectación de sus derechos fundamentales (Herrera, 2015). Así, los guardadores tienen el cuidado personal y las facultades para tomar decisiones relativas a las actividades de la vida diaria, sin perjuicio de que los progenitores conservan las obligaciones y derechos que emergen de la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental (artículo 657 CCiv. y Com., último párrafo).

Por su parte, la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental está prevista para casos en los que los progenitores acuerdan que la responsabilidad parental sea otorgada a un pariente —generalmente los abuelos o los tíos—, siempre en interés del hijo y por razones suficientemente justificadas (12). De esta manera, la institución se desanda a partir de un acuerdo entre los progenitores y el pariente que asume la delegación, debiendo el mismo ser homologado judicialmente, y habiéndose previamente escuchado al niño, niña o adolescente (13). Esto último deviene como exigencia de los estándares internacionales que consagran el derecho

(11) La misma norma prevé que vencido el plazo el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código.

(12) La norma deja a salvo la posibilidad de que en lugar de ser una delegación a pariente puede tratarse de aquella que se prevé a cargo del progenitor afín en el marco de las familias ensambladas (artículo 674 del CCiv. y Com.).

(13) La normativa establece el plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas por un período más, con la participación de las partes involucradas.

humano a ser oído y a que su opinión sea considerada en todo asunto que afecte sus intereses (artículo 12 de la CDN).

Tomando ideas de Herrera (2015), la realidad social puede mostrar situaciones muy variadas que dan lugar a esta delegación transitoria, tales como la necesidad de los progenitores de permanecer un tiempo en el exterior o en alguna localidad o región del país por motivos de trabajo, estudio, profesión, o por enfermedad o necesidad de tratamiento médico en otro lugar del domicilio familiar, entre otras. Lo cierto es que, en el marco de tal delegación, el pariente asume temporalmente los deberes y derechos que corresponden al ejercicio de la responsabilidad parental, sin perjuicio de que, al igual que en la figura anterior, los progenitores conservan la titularidad y un derecho a supervisar la crianza y educación de los hijos, en función de sus posibilidades (artículo 643 del CCiv. y Com.).

En suma, la *horizontalidad* que caracteriza a la familia del presente es que el cuidado de los hijos ya no se piensa como un deber unilateral de la mujer, sino que se aborda desde los roles de cuidado compartidos entre ambos progenitores, incluso desde las funciones que desarrollan otros integrantes de la familia. El mundo jurídico reconoce y ampara las vinculaciones que se entablan en el seno de la familia extensa o ampliada, en cuyo marco la solidaridad se realiza de manera significativa para las personas que se encuentran en las etapas iniciales de la vida. La existencia de lazos e interacciones que trascienden la convivencia muestra la presencia de una diversidad de vinculaciones entre parientes que incluso no comparten un techo común —o con terceros con quienes existe un lazo socioafectivo—, dando lugar a un entramado de solidaridades interpersonales.

En definitiva, las responsabilidades y derechos que asisten a los integrantes de la familia encuentran su fundamento último en el deber-derecho al cuidado, entendido en sus tres despliegues (a cuidarse, a cuidar y a ser cuidado), en los términos de Pautassi (2007).

Las familias de la actualidad se desenvuelven en escenarios de múltiples *interacciones intergeneracionales*, es decir, siguiendo a Dabove (2008), de vinculaciones entre sujetos que pertenecen a generaciones diversas, en cuyo marco se desarrollan roles de cuidado a favor de quienes están en la niñez y la adolescencia y/o en la vejez.

La ciencia del derecho busca visibilizar y revalorizar la trascendencia de los lazos significativos y afectivos de los niños, niñas y adolescentes (artículo 8 de la CDN).

Conforme tiene dicho Kemelmajer de Carlucci (2006), la figura de los abuelos-bisabuelos ocupa un lugar importante para los nietos-bisnietos, tanto en el plano

afectivo como en su socialización. Grosman y Herrera (2011) han destacado que sus funciones son relevantes no solo porque son proveedores de cuidados y asistencia económica, sino también para la reafirmación de la identidad de los niños, niñas y adolescentes. En la actualidad, la lupa con la que se examina a la institución familiar no debe enfocarse únicamente en la familia nuclear, sino en ampliar la mirada contemplando una verdadera *familia multigeneracional* que comprenda a todos sus integrantes.

III.3. La solidaridad en el cuidado a cargo de progenitores afines

La coexistencia de múltiples familias ha permitido visibilizar diversas interacciones entre las personas que no necesariamente están unidas por la sangre. En ese contexto, se destaca que desde mitad del siglo XX se produjo un incremento de las familias ensambladas como nueva forma de organización familiar (Grosman, 2015). La misma refleja el entramado de vínculos y solidaridades que se pueden entablar entre progenitores e hijos afines; entre abuelos y nietos afines; entre hermanos afines. En particular, el Código contempla el deber del progenitor afín de cooperar en la crianza y educación de los hijos de su cónyuge o conviviente, de realizar los actos relativos a su formación en el espacio doméstico y de adoptar decisiones ante casos de urgencia (artículo 673). Asimismo, el Código prevé la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en el progenitor afín cuando el progenitor de los niños, niñas o adolescentes no se encuentre en situación de cumplir su función plenamente por razones de viaje, enfermedad, incapacidad transitoria, y siempre que haya una imposibilidad por parte del otro progenitor, o porque no sea conveniente que este asuma el ejercicio (artículo 674).

Además, la normativa posibilita que el progenitor de esos niños, niñas o adolescentes adquiera el ejercicio de la responsabilidad parental en conjunto con el progenitor afín, es decir, junto con su cónyuge o conviviente en el marco de la familia ensamblada, ante el supuesto de muerte, ausencia, incapacidad del otro progenitor (artículo 675).

Asimismo, el Código consagra la responsabilidad alimentaria subsidiaria a cargo del progenitor afín, la cual se puede hacer efectiva durante la subsistencia de la unión conyugal o convivencial de la pareja. La exigencia de solidaridad cesa cuando se produce la ruptura de dicho vínculo, salvo en los supuestos en que tal ruptura pueda producir un grave daño al niño, niña o adolescente porque el progenitor afín asumió el sustento del hijo afín durante la vida en común. En esos casos, se puede establecer una cuota asistencial de carácter transitorio, determinada judicialmente en función de las posibilidades económicas del obligado, de las necesidades del alimentado y del tiempo de la convivencia. Así, la ley abre la posibilidad de mantener la solidaridad y responsabilidad familiar luego del fin de

la unión matrimonial o convivencial, en exclusivo resguardo del derecho humano a la alimentación de quienes transitan la niñez o la adolescencia, aunque con los límites señalados en cuanto a las posibilidades del responsable, a las necesidades del beneficiario y al factor tiempo.

Curti y Zanino (2015) tienen dicho que el reconocimiento de esta obligación alimentaria no debe entenderse como desconocimiento de la responsabilidad alimentaria prioritaria que corresponde al progenitor que no convive con sus hijos. Se trata de anexas personas con obligación de contribuir al desarrollo personal de quienes se encuentran en las etapas de crecimiento y desarrollo madurativo, y de garantizar la realización de sus derechos humanos. Krasnow e Iglesias (2017) han expresado que el progenitor afín es otro de los sujetos que se suma a la nómina de los posibles demandados al cumplimiento de la prestación alimentaria, en línea con el artículo 27 inc. 3º de la CDN que refiere a la obligación de “otros responsables del niño”. Se ha señalado que el deber alimentario de los progenitores afines es subsidiario respecto de aquel que poseen los progenitores de esos niños, niñas y adolescentes; sin embargo, que puede no serlo respecto de la obligación de alimentos que recae sobre otros parientes enunciados en el artículo 537 del CCiv. y Com. Siguiendo a Famá (2017), ello significa que los progenitores afines pueden ser demandados a los fines de contribuir con la prestación alimentaria establecida a cargo de abuelos y/u otros responsables de la familia o, incluso, a los efectos de asumir su deber de modo exclusivo ante la ausencia o imposibilidad económica de esos parientes.

En suma, se observa aquí que la solidaridad familiar se proyecta en el seno de la familia ensamblada como el fundamento para la materialización de derechos de quienes están en la niñez o la adolescencia, y como el medio para alcanzar un desenvolvimiento familiar que sea equitativo entre los hijos comunes de la pareja y los hijos afines.

IV. Reflexiones finales

La solidaridad transita por diferentes instituciones familiares, siendo el motor para la materialización de derechos humanos, en particular para la realización de la *igualdad* entre cónyuges o convivientes, y para asegurar una protección especial en beneficio de ciertos integrantes de la familia. La exigencia de solidaridad no busca la tutela de la institución familiar en sí misma, sino de los derechos de las personas, siendo estas quienes se encuentran en el centro de la protección, y en especial aquellas que históricamente han permanecido en los márgenes de las respuestas jurídicas.

La solidaridad aparece en conexión directa con la *perspectiva de género*, en cuyo marco tiende a tutelar al integrante de la unión matrimonial o convivencial que se

halla en una posición desfavorable respecto del otro; persigue la restauración de desequilibrios y/o desigualdades que se producen durante la vida en común y su ruptura; aparece como el fundamento frente a la vulnerabilidad socioeconómica y cultural, en especial considerando las situaciones adversas de las mujeres en relación con los hombres. El Código se hace eco de la protección de los derechos de la mujer que deriva de los instrumentos internacionales específicos en la materia.

La solidaridad se encuentra en estrecha vinculación con la especial protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes, de las personas con discapacidad, de las personas con enfermedades, o con capacidad restringida. El Código se instala en sintonía con la tutela que deviene de otras partes del sistema jurídico, en particular de los estándares internacionales que reconocen y garantizan derechos específicos a esos grupos o sujetos.

La solidaridad se halla en íntima vinculación con el cuidado, ya sea aquel que desarrollan los progenitores en ejercicio de su responsabilidad parental, así como el que asumen otros parientes o terceros en el seno de las diversas formas de organización familiar. El sistema del cuidado que recoge el Código es aquel que busca la tutela de los derechos de los niños y adolescentes, o de quienes presentan una discapacidad, enfermedad, o tienen restringida su capacidad. Asimismo, un sistema que pretende una distribución equitativa de las responsabilidades y derechos de los progenitores hacia los hijos, en aras de asegurar la igualdad.

En todos los institutos analizados, la solidaridad familiar interviene como límite a la autonomía de la voluntad, se manifiesta a partir de una cierta intervención en la esfera de decisión y actuación de los particulares a los fines de resguardar intereses y derechos que han sido ponderados como superiores. Así, aparece como criterio de orientación en la interpretación y resolución de los casos, creando en los operadores judiciales el desafío de sopesar los intereses en juego y de resolver en favor de quienes aparecen como los sujetos débiles en las relaciones familiares.

V. Referencias bibliográficas

Acuña San Martín, M. (2013). El principio de corresponsabilidad parental. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Vol. 20, N° 2 (pp. 21-59). Recuperado de <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/issue/view/195> [Fecha de consulta: 25/3/2021].

Aristóteles (2008). *Ética a Nicómaco*. Buenos Aires: Gradifco.

Bossert, G. (1993). *Régimen jurídico de los alimentos*, Buenos Aires: Astrea.

Caferatta Nores, J. I. (1978). *La guarda de menores*. Buenos Aires: Astrea.

Ciuro Caldani, M. A (2019). *Una Teoría Trialista del Mundo jurídico*. Rosario: Fder Edita.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/informe-derecho-nino-a-familia.pdf> [Fecha de consulta: 25/3/2021].

Curti, P. y Zanino, B. (2015). Alimentos en la responsabilidad parental, en el parentesco y en las relaciones estables de pareja. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 14, N° 2 (pp. 177-190). Recuperado de http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14-N2_06.pdf [Fecha de consulta: 20/3/2021].

Dabove, M. I. (2008). Derecho y Multigeneracionismo: los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez. *Derecho de Familia*, N° 40 (pp. 39-54).

Famá, M. V. y Herrera, M. (2007). Tensiones en el Derecho de Familia desde la perspectiva de género. Algunas propuestas. *Revista Jurídica*, N° 11 (pp. 45-76). Recuperado de <http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/handle/123456789/84> [Fecha de consulta: 23/3/2021].

Famá, M. V. y Herrera, M. (2008). La obligación alimentaria de los abuelos de hoy", *El Dial*, N° 2659. Suplemento Especial 17/11/2008 (pp. 1-34).

Famá, M. V. (2015). Los alimentos como un derecho humano. Parentesco y alimentos. En A. N. Krasnow, *Tratado de Derecho de Familia*. Buenos Aires: La Ley.

Grosman, C. y Herrera, M. (2011). Una intersección compleja: Ancianidad, abuelidad y Derecho de Familia. *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 1, N° 8 (pp. 1-29). Recuperado de <http://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/97> [Fecha de consulta: 12/3/2021].

Grosman, C. (2015). La familia ensamblada: aspectos psico-sociales y jurídicos. En A. N. Krasnow, *Tratado de Derecho de Familia*. Buenos Aires: La Ley.

Herrera, M. (2015). Responsabilidad Parental. En R. Lorenzetti (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Herrera, M. (2016). Cuando los Derechos Humanos interpelan las relaciones de familia. *Revista Debate Público. Reflexión de Trabajo Social*, Año 6, N° 11 (pp. 32-46). Recuperado de https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/105871/CONICET_Digital_Nro.77e58c3f-ff10-497a-a5b7-32ce1f12efc4_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y. [Fecha de consulta: 24/3/2021].

Herrera, M y Pelegrini, M. V. (2015). La protección a la vivienda familiar en el nuevo Código Civil y Comercial. *Colectivo derecho familia*. Recuperado de http://www.colectivoderechofamilia.com/mh_mv-la-proteccion-a-la-vivienda-familiar-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial/ [Fecha de consulta: 24/3/2021].

Jelin, E. (2016). *Pan y Afectos. Las transformaciones de las familias*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2006). Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un derecho de la ancianidad? En A. Kemelmajer de Carlucci y L. B. Pérez Gallardo, *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Kemelmajer de Carlucci, A.; Herrera, M. y Lloveras, N. (2014). *Tratado de Derecho de Familia*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Kottow, M. (2003). Vulnerabilidad, Susceptibilidades y Bioética. *J.A.*, 2003-III (p. 1-12).

Krasnow, A. N. e Iglesias, M. (2017). Parentesco, Alimentos y Derecho de comunicación. En A. N. Krasnow y M. Iglesias (dir.), *Derecho de las Familias y de las Sucesiones*. Buenos Aires: La Ley.

Lloveras, N. (2015). *Libertad con responsabilidad y solidaridad: la regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Infojus.

Maffía, D. (2001). Ciudadanía sexual. Aspectos personales, legales y políticos de los derechos reproductivos como derechos humanos. *Feminaria*, año XIV, Nº 26/27 (pp. 28-33). Recuperado de <http://res-publica.com.ar/Feminaria/Feminaria26-27.pdf>. [Fecha de consulta: 25/3/2021].

Medina, G. (2016). La mujer en el Código Civil y Comercial. *La Ley*, 17/02/2016, 1. Cita Online: AR/DOC/330/2016.

Molina de Juan, M. (2019). Las uniones convivenciales en el Derecho argentino. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. Nº 11 (pp. 200-223). Recuperado de <https://idibe.org/wp-content/uploads/2019/10/200-223.pdf>. [Fecha de consulta: 25/3/2021].

Molina de Juan, M. (2014a). *Los límites a la libertad en el régimen de bienes en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Infojus.

Molina de Juan, M. (2014b). Alimentos y compensaciones económicas. En A. Kemelmajer de Carlucci y M. Molina de Juan (dir.), *Alimentos*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Molina de Juan, M. (2017). Compensaciones económicas en el derecho familiar argentino. *Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, año 11, N° 21 (pp. 5-27).

Murillo, S. (1996). *El mito de la vida privada*. Madrid: Siglo XXI.

Pautassi, L. (2007), El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos. *Serie Mujer y Desarrollo*, N° 87. Recuperado de https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/5809/S0700816_es.pdf. [Fecha de consulta: 20/3/2021].

Pellegrini, M. V. (2015). El reconocimiento jurídico de diversos tipos familiares en el nuevo Código Civil y Comercial argentino. *Revista de Derecho UNED*, N° 16 (pp. 537-568). Recuperado de <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/15248> [Fecha de consulta: 18/3/2021].

Segalen, M. (2013). *Sociología de la Familia*. Mar del Plata: Eudem.

Jurisprudencia

CCiv., Junín, 25/10/2016, “G., M. A. c/ D. F., J. M. s/alimentos”. Microiuris. Cita MJ-JU-M- 101662-AR.

CNCiv., sala J, 16/10/2020, “F. F. V. J. y otros c/ D. E. A. D. C. D. J. s/ medidas precautorias”. Microiuris. Cita: MJ-JU-M-128744-AR.

CFam., Mendoza, 29/11/2010 “P. A. D. por sus hijos menores F. A. y ots. c/ F. A. A. s/alimentos”. Microiuris. Cita: MJ-JU-M-61841-AR.

CCiv., Mar del Plata, sala 3º, 13/5/2014, “U. L. J. c/ P. I. y otros s/ alimentos”. Microiuris. Cita: MJ-JU-M-85855-AR.

CCiv., sala G, 7/4/2016, “M. y otro c/ S. T. A. s/ alimentos”. Microiuris. Cita: MJ-JU-M-98244-AR.

CCiv., 1/12/2016, “P. M. M. c/ A. E. C. y otro s/ Alimentos”. Microiuris. Cita: MJ-JU-M-102434-AR.

Fecha de recepción: 31-03-2021

Fecha de aceptación: 18-09-2021

