

## **El ejercicio de la responsabilidad parental y la noción de coparentalidad**

**Cataldi, Myriam M.**

Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015 , 127 • LA LEY 2015-C

Sumario: 1. Algunas palabras de aproximación al tema.— 2. De la patria potestad a la responsabilidad parental.— 3. Los principios generales.— 4. Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental.— 5. El cuidado de los hijos.— 6. Plan de coparentalidad.— 7. Breves palabras de cierre

Cita Online: AR/DOC/1301/2015

### Voces

#### 1. Algunas palabras de aproximación al tema

En las últimas décadas la familia ha ido cambiando, no sólo su forma y contenido sino también su significación para la sociedad. El rol de la mujer en la familia y el rol de la familia misma están experimentando lo que se percibe como cambios sin precedentes en las formas de familia, la construcción de los vínculos afectivos y las cuestiones de género.

La familia es un sistema cuyos miembros tienen funciones interconectadas e interdependientes, están unidos por lealtades visibles e invisibles y por necesidades y compromisos mutuos; de manera tal que lo que cualquiera de sus integrantes haga o deje de hacer provoca un impacto multidireccional. En la familia intacta ambos progenitores cuidan de los hijos, pero suele ocurrir que cuando los padres se separan, uno es el tenedor de los hijos y tiene una familia incompleta y es doblemente responsable, y el otro, visitante, sin familia, se convierte en un extraño pagador. El régimen de visitas desestabiliza la dinámica interaccional entre padres e hijos, desarticulando la cotidianeidad.

En el siglo XXI, sin dudas, se observa mayor flexibilidad que en el pasado, tanto en las relaciones entre los miembros de la pareja y de ellos con los hijos en la vida doméstica, como dentro del sistema legal.

Un brevísimo retrato de la relación entre padres e hijos muestra que el ideal democrático en la familia ha debido hacer un largo camino. Las transformaciones sufridas en esta relación en el proceso histórico forma parte de los cambios operados en la estructura y funciones sociales de la familia. (1)

Una mirada hacia el pasado nos fotografía en el marco de una sociedad pre-industrial, un tipo de familia patriarcal basada en el poder omnímodo del padre y esposo, quien, como jefe de familia, centralizaba y conducía las funciones económicas, religiosas y hasta políticas e imponía sus mandatos a la mujer e hijos, en materia patrimonial, personal y de sentimientos. El sistema socio-económico basado en la propiedad de la tierra y los ganados habría de mantener el modelo de familia tradicional, tendiente a la preservación y continuación de los patrimonios, de las relaciones de poder, títulos y prestigio. (2)

El ordenamiento, pues, consolidó una familia basada en el matrimonio monogámico, religioso e indisoluble, centrado en el poder del marido.

En esta familia de antaño, diseñada por el Código Civil, los hijos tenían un tratamiento distinto según la condición de los padres. Los "legítimos", concebidos durante el matrimonio, poseían derechos superiores a los "ilegítimos", engendrados fuera de la unión conyugal. Pero existía otra categoría de hijos cuya situación era aún más estigmatizante, como los hijos adulterinos e incestuosos, que no tenían, según la ley, ni padre ni madre, ni derecho a investigar la paternidad o maternidad. Estas normas reflejan la inferioridad social que sufrían quienes no nacían de un vínculo legal, y más si eran fruto de relaciones ilícitas. La ley 14.367, de 1954, suprimió estas categorías de hijos y las incluyó dentro de la calificación global de hijos extramatrimoniales. La reforma del Código Civil de 1985 (ley 23.264) terminó por afirmar el principio igualitario y concedió derechos idénticos a los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio (art. 240) en materia de sustento, educación, salud y derechos hereditarios y confirió a ambos padres el ejercicio conjunto de la patria potestad durante la convivencia. Los tratados de derechos humanos, particularmente la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2º), fortalecieron desde la cima el principio de no discriminación, precursores de un modelo legal de familia que adquiere su máxima cristalización con los tratados de Derechos Humanos que asumen jerarquía constitucional a partir de la reforma de la Constitución de 1994. (3) Esos textos, son, entre otros, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Declaración de Deberes y Derechos del Hombre Americano, los de

la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los de la Corte Interamericana (Pacto de San José de Costa Rica), la Convención de los Derechos del Niño, la creación de la Comisión de Derechos Humanos en el seno de la ONU, la Comisión Europea de Derechos Humanos y los textos que aplica, la Convención sobre eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, etc.

Sin entrar a tomar partido en la polémica filosófica acerca de la justificación última de estos derechos, se entiende que no se cuestiona que ellos derivan de tres principios básicos que son: a) el de la inviolabilidad, b) el de la dignidad, y c) el de la autonomía de la persona.

Se constituye así el "bloque" de normas de máxima jerarquía que cualquier legislación debe respetar, so pena de incurrir en responsabilidad internacional. ¿Qué quiere decir esto? La Argentina está comprometida a cumplir con un piso mínimo de derechos humanos que deben guiar a la legislación reformada.

Estos tratados consagran varios derechos esenciales que atraviesan todas las instituciones del derecho de familia: el derecho a la igualdad, el derecho a la participación, el derecho al desarrollo y perfeccionamiento personal, conjugado necesariamente con la solidaridad y la unidad familiar. (4) Estas normas superiores defienden, además, el consenso como la forma ideal para resolver los conflictos, rechazándose la imposición y la violencia en el manejo de las relaciones familiares. Finalmente, madura un mayor reconocimiento de las distintas formas de familia, que van perdiendo su condición de "desviadas" o "no familias". En este andar se verá cómo estos derechos conmueven las entrañas de la familia autoritaria en el trato entre padres e hijos y cómo el contenido de las reformas al Código Civil y Comercial revoluciona las ideas pretéritas, y procura que la ley estimule los nuevos ideales para que iluminen el camino por el cual debemos avanzar.

La consideración actual del niño como un sujeto de derechos que se proclama en los tratados de derechos humanos, especialmente en la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), es a menudo olvidada por los propios padres cuando se separan.

Frente al aumento de las rupturas de pareja, y el notable aumento de la conflictividad que ella conlleva para la familia en proceso de separación, se plantea cada vez con mayor énfasis la necesidad de revisar la nueva relación que nace a partir de esta situación, y cuál será la manera más adecuada de que los hijos sufran en la menor medida el impacto de la separación de sus padres.

La política legislativa y social, destinada a la regulación de las relaciones de los padres con sus hijos menores de edad después de la separación o divorcio, tiene una gran trascendencia en todas partes del mundo por el impacto que provoca en la vida de muchos niños y adolescentes. Se impone, pues, implementar un adecuado sistema de protección que les garantice las condiciones necesarias para su desarrollo, como así para alcanzar un trato amplio y fluido con ambos padres, no obstante la falta de vida en común. (5)

La implementación de los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño en la interacción familiar requiere el pleno reconocimiento de éste como individuo autónomo. Independientemente de las vicisitudes de las relaciones que sus padres mantengan entre sí, tiene derecho a acceder, a ejercitar y a obtener la ayuda y colaboración necesarias para mantener y preservar el vínculo paterno-filial con cada uno de ellos, con los demás parientes y con toda persona que le resulte familiarmente significativa.

La Convención sobre los Derechos del Niño es un instrumento de derechos humanos sobre niños, niñas y adolescentes, que los desplaza desde el lugar de objetos de protección y preocupación, al de sujetos de derecho. Este cambio de paradigma, desde la "doctrina de la situación irregular" a la "doctrina de la protección integral", se concreta mediante la promoción del "interés superior del niño", como principio rector de todas las medidas relativas a los menores.

En varios de sus artículos, la Convención hace un reconocimiento explícito del carácter prioritario que tiene la familia para el desarrollo y el bienestar de los niños, proponiendo que el derecho a vivir con su familia se transforme en el eje orientador de decisiones legislativas, judiciales, administrativas y de política pública en general.

## 2. De la patria potestad a la responsabilidad parental

En lo que respecta especialmente a la técnica legislativa, la reforma trata el tema en el libro segundo, De las relaciones de familia, título VII —De la responsabilidad parental—. A diferencia del texto actual, está dividido en 9 capítulos y abarca del art. 638 al art. 704, es decir, 66 artículos. Como se advierte, se trata de algunos artículos más de los que actualmente dedica al tema el Código Civil vigente —46 artículos, sin perjuicio del desdoblamiento del art. 264—. Muchos son los cambios que se advierten en esta materia, y a continuación se pasará revista a algunos de los parecen más significativos.

## 2.1. Nueva denominación del instituto

El Código Civil y Comercial, reemplaza el término "patria potestad" por el de "responsabilidad parental".

De los fundamentos del Código Civil y Comercial (CCyC en adelante se usará indistintamente) se destaca que el lenguaje influye en las creencias e incide en las conductas y actitudes, por lo que tiene un fuerte valor simbólico y pedagógico.

Fue a Grosman, a quien escuchamos por primera vez, hace varias décadas, hablar de la importancia de cambiar la terminología en algunas instituciones del derecho de familia, a fin de adecuarla a los cambios sociales.

"El uso de expresiones pertrechadas de una alta dosis de carga emotiva para dirigir las actitudes o el comportamiento humano, está destinado a provocar adhesiones o a subrayar aspectos de las características sociales del momento". (6) "El propósito de todas las disposiciones jurídicas, (...) es influir en la conducta de los hombres y dirigirlas de cierta manera. El lenguaje jurídico tiene que ser considerado, en primer lugar, como un medio para este fin. Es un instrumento de control social". (7) Una de las claves para tratar de desentrañar los enigmas del lenguaje jurídico es la de tener en claro la función emotiva de las palabras.

Es así que expresiones tales como la de "patria potestad" representan a una sociedad con un modelo de familia patriarcal típico, que se ha reemplazado hoy por el asociativo, de corte igualitario.

Esto ha dado lugar a que se cambie la terminología en el Código Civil y Comercial reemplazando la expresión, que está en franca revisión desde hace tiempo, a la luz de los postulados de la Convención de los Derechos del Niño y de la Ley 26.061 (art. 7º). Esto también ocurre en el derecho comparado, donde la mayoría de los países no se refieren al término "patria potestad", sino que algunos utilizan otro término, también en revisión, "autoridad parental". La expresión más moderna, utilizada en diversas legislaciones y en resoluciones judiciales de Tribunales

Internacionales es la de "responsabilidad parental" para referirse a los derechos y deberes entre padres e hijos.

Esa es la denominación que utiliza el CCyC, ya consagrada por las normas de Austria, Bulgaria, República Checa y Noruega entre otras.

En relación a esta evolución, podemos decir que el CCyC modificó, no sólo el lenguaje (muy importante por cierto), sino que también hizo una revisión mucho más profunda de diversos institutos que ya se muestran obsoletos en nuestra ley, siempre refiriéndonos al tema que nos ocupa, la "responsabilidad parental".

Sabemos que una de las funciones del derecho de familia es la de ser instrumento o vehículo del cambio social. Pero no como creencia en la omnipotencia de la ley, sino porque "la subsistencia de la ley antigua y obsoleta establece unas barreras o unos frenos que la vida social ya cambiada y la conciencia social, no admiten y que tienen que levantarse para que el desarrollo social se produzca plenamente". (8) Porque, hay que señalar también "que si la ley no se adecua al cambio, actúa como rémora, freno o factor de perturbación". (9)

La nueva normativa reafirma en los fundamentos la evolución de la denominación del instituto, hasta la actual designación de responsabilidad parental, definida en el art. 638.

Con las modificaciones que la Ley 23.264 introduce en el Código Civil, se perfila un cambio en el tratamiento del instituto de la responsabilidad parental. Si bien el legislador, en aquella oportunidad omitió un cambio relevante, como el nombre asignado al instituto que, no se corresponde con el lugar que hoy tiene el niño en el ámbito íntimo de su familia y en su protección desde el derecho, sí se puede afirmar que del conjunto de enunciados que se ocupan de su regulación surge con claridad que el fin apunta a la protección de los hijos.

A partir de la incorporación a nuestro sistema jurídico de la Convención de los Derechos del Niño —a la que luego se le dio rango constitucional, como ya se dijo— y más recientemente de la Ley 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (21/10/2005), la estructura jurídica centenaria que es el Código Civil, había comenzado a resquebrajarse e incluso muchas de sus normas habían quedado tácitamente derogadas frente a disposiciones de mayor jerarquía normativa (la Convención) y mayor especialidad en la materia (Ley 26.061). (10)

En este sentido, además, de la referida Ley 26.061, pueden mencionarse distintas leyes locales de protección integral: Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley 114), Buenos Aires, (Ley 13.298), Chaco (Ley 4347), Chubut (Ley 4347), Entre Ríos (Ley 9.861), Jujuy (Ley 5288), La Rioja (Ley 7590), Mendoza (Ley 6354), Misiones (Ley 3820), Neuquén (Ley 2302), Río Negro (Ley 4109), Salta (Ley 7039), San Juan (Ley 7338), Santa Cruz (Ley 3062), Santa Fe (Ley 12.967), Tierra del Fuego (Ley 521), entre otras. Asimismo, corresponde recordar en este camino los aportes que significaron las Leyes 25.673 (Adla, LXII -C, 3375) de salud sexual y procreación responsable, 26.130 de contracepción quirúrgica, 26.150 (Adla, LXVI-E, 4522) de educación sexual, 26.206 (Adla, LXVII-A, 137) de educación nacional, 26.390 (Adla, LXVIII-C, 2284) de prohibición del trabajo infantil y adolescente, 26.449 (Adla, LXIX-A, 63) de equiparación de edad para contraer matrimonio, 26.529 (Adla, LXX-A, 6) sobre derechos de los pacientes, 26.579 (Adla, LXX-A, 132) sobre cambio de la mayoría de edad y 26.618 (Adla, LXX-D, 3065) de matrimonio igualitario, entre otras.

Por otro lado, el término "tenencia", genera también rechazo en cuanto se traduce en "ocupación y posesión actual y corporal de algo", nada más reñido con el concepto actual del niño como sujeto de derecho. Por esta razón, las legislaciones modernas, en concordancia con la nueva mirada, utilizan el concepto de cuidado del hijo o "residencia habitual del hijo".

Igualmente, hablar del "derecho de visitas" desmerece el vínculo que debe existir entre padres e hijos. Aun cuando, felizmente, esta expresión ha sido reemplazada por el de "el derecho de comunicación", en las prácticas sociales y judiciales la referencia a "las visitas" es habitual, como así también en la concepción de aquel que detenta la tenencia. Las visitas están miradas con disfavor, ya el término limita la relación del padre no conviviente con su hijo.

La ley 23.264 estableció el derecho del progenitor no conviviente a tener "una adecuada comunicación". El espíritu del legislador se orientó a desterrar de la práctica cotidiana la figura del "padre" que lleva al niño por momentos, impidiendo compartir de manera fluida e íntima la vida con su hijo. Pese al notable esfuerzo, podemos decir que en la práctica diaria, cuando los progenitores no acordaron un régimen de cuidado compartido, sigue vigente para aquel, un régimen que en poco difiere de las visitas de la ley anterior.

Quien ejerce la tenencia actúa de manera tal en su desempeño, que aparece en casos de alta conflictividad entre los progenitores, como detentando la posesión del hijo, dejando pocos espacios para un ejercicio fluido de los roles que le conciernen al otro. "Mi hijo, mis chicos, mis

niños, yo me hago cargo de todo, yo estoy siempre presente, yo me ocupo de la tarea, etc., etc..." entre otras frases más o menos constantes, que se repiten una y otra vez en el ámbito tribunalicio.

Detenernos en los vocablos no es cuestión intrascendente, pues el lenguaje juega un rol nada despreciable al cooperar en la transformación de las creencias y como resultado, influye en las actitudes y comportamientos. Por lo tanto, es preciso bregar por la incorporación de designaciones más apropiadas a su real significación histórica y vital, ya que las que aún subsisten no resultan ser sus intérpretes legítimos.

En este sentido, se afirma que el Código Civil y Comercial argentino se ha actualizado en materia de "patria potestad", acentuando su eje legislativo sobre los deberes de los padres para con los hijos, reconociendo luego a los progenitores los derechos correlativos que permitan cumplir su función, pautando claramente la idea de la "responsabilidad parental".

También se advierte que la nueva legislación se abstiene de emplear la palabra "menor", a secas y, en todo caso, cuando resulta indispensable, sólo hace referencia a la persona "menor de edad"; tal como sucede, por ejemplo, en los arts. 25, 26, 27 y 30 CCyC. Tengamos en cuenta que el sujeto es un ser que apela al lenguaje —instrumento que permite la comunicación entre los hombres—, por lo que la verbalización no es indiferente para el niño. (11) En virtud de dicha reflexión, desde décadas atrás venimos cuestionando el empleo en el mundo jurídico de una terminología que, a pesar de su raigambre histórica, actualmente se hace difícil de justificar si el enfoque se realiza desde una perspectiva que contemple el genuino interés de los niños. (12) Hace más de un siglo Boulay decía que se necesitaban nuevos términos para expresar nuevas ideas. (13) En el mencionado sentido, resulta negativa la práctica ordinaria de usar en el lenguaje jurídico el vocablo "menor", en obvia referencia a las personas que no han alcanzado aún la mayoría de edad legal. El psicoanálisis observó que esa noción "entraña una mentalidad retrógrada que no inspira confianza al ser humano, ni adulto ni niño, en sus relaciones con los demás". (14) En el plano constitucional (el principio de igualdad ante la ley) se puntualizó que el referido término configura un estigma discriminatorio que cosifica al niño. (15)

Deviene necesario, en consecuencia, impulsar el reemplazo de aquella controvertida expresión, que pareciera apuntar más a poner el acento en la inmadurez que en la potencialidad del niño, con el consiguiente efecto de marginarlo y trabar su papel protagónico en el campo de las relaciones humanas. En suma, el empleo del término "menor" transgrede el art. 2º, inc. 2º, de la Convención sobre los Derechos del Niño; el art. 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el art. 11, inc. 1º, del Pacto de San José de Costa Rica, y el art. 75, inc. 23, párr. 1º, de la Constitución Nacional. Observamos que la ley 26.061, de protección integral de los derechos de las



niñas, niños y adolescentes, ingresó ya en la buena senda al erradicar por completo de su articulado la palabra "menor" o "menores".

## 2.2. Concepto, contenido, finalidad y extensión de la responsabilidad parental

Se ha sustituido en el CCyC, como ya adelantáramos, la denominación de patria potestad por una más acorde con la realidad de este tiempo, al poner énfasis con la responsabilidad con la que deben ser ejercidos los derechos y deberes que se establecen en protección del hijo.

En efecto, el art. 638 CCyC define: "La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado". (16)

Observamos que se ha modificado el nombre del instituto, como así también la expresión "padres" por "progenitores" y se adiciona la palabra "desarrollo". O sea, mientras que para la ley vigente la institución es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres para la "protección y formación integral" de los hijos, en el nuevo art. 638 es para la "protección, desarrollo y formación integral".

El cambio de "padres" por "progenitores", resulta de la posibilidad que la responsabilidad parental se encuentre en cabeza de personas del mismo sexo que han asumido ese emplazamiento. Asimismo, se observa en esta definición que el eje de la acción de los progenitores implica considerar y tratar al hijo como una persona titular de una serie de derechos que aseguren su mejor desarrollo y los deberes de los progenitores están destinados a cumplir dicho cometido. El paradigma esencial que surge de la Convención sobre los Derechos del Niño es, pues, reconocer al hijo como un sujeto de derechos; esto significa que ya no es visto como una figura pasiva sobre la cual se ejerce la acción parental, o sea, como un "objeto" de protección, sino como una persona que participa activamente en su proceso de crianza y educación, naturalmente de acuerdo con cada etapa de su evolución. Se trata de asegurar que la función normativa de los padres se realice en el marco de una interacción entre el adulto y el niño o adolescente, y no como efecto de una acción unilateral basada en la sumisión. (17)

Se destaca que tanto la protección cuanto la formación ya estaban presentes en el art. 264 del Código Civil, sumándose ahora cualitativamente el desarrollo de los hijos como función de los padres.

Si bien la responsabilidad parental había sido receptada en la doctrina y jurisprudencia mayoritarias (18), sustituyendo el rígido parámetro de la "patria potestad", ostenta un gran valor interpretativo y axiológico que la ley lo exprese nítidamente: la responsabilidad parental es un conjunto de deberes y derechos, y no un poder sobre los hijos comprensivo de deberes y derechos.

El contenido de esos derechos y deberes paternos significa una ponderación del legislador acerca de las funciones y roles de los progenitores del siglo XXI, desde la mirada de los derechos humanos. Para el cumplimiento de las funciones, la ley impone a los progenitores deberes, reconociéndoles derechos o facultades correlativos para facilitar y hacer posible la relación plena con el hijo. (19)

El contenido de los deberes y derechos de los padres en el CCyC se regula en el capítulo 3, en los arts. 646 y 647 bajo el título: Deberes y Derechos de los progenitores; Reglas generales en el capítulo 4, titulado Deberes y Derechos sobre el cuidado de los hijos, en los arts. 648 a 657 y en el capítulo 5, bajo la denominación de Deberes y derechos de los progenitores. Obligación de alimentos, desde los arts. 658 hasta el art. 670.

La finalidad de la responsabilidad parental se expresa cristalinamente en la ley: la protección, el desarrollo y la formación integral del hijo.

Ya se venía señalando respecto al fin de la responsabilidad parental que: "la patria potestad, cuya titularidad tienen los padres, es el instituto máximo de protección de la minoridad; esta autoridad que la ley les reconoce tiene fines específicos y por ello se presenta como una función social encaminada a la protección y desarrollo integral de los hijos. La adjudicación de fines a la patria potestad implica consagrar la "cláusula de beneficio de los hijos", que impone una forma de ejercer la autoridad siempre puesta en el interés del hijo, es decir en beneficio del hijo". (20)

La protección del hijo define las acciones del progenitor destinado al amparo y defensa de quien está a su cuidado.

La formación integral implica la tarea específica del quehacer parental que abarca todos los planos de la vida; crianza, adiestramiento, educación para que el hijo vaya adquiriendo autonomía en el ejercicio de sus derechos.

En cuanto a su extensión, la responsabilidad parental es ejercida por los padres mientras el hijo sea menor de edad y no se haya emancipado.

Debemos recordar que a partir de la Ley 26.579 (21) y conforme al art. 25 del CCyC, la mayoría de edad se adquiere a los 18 años.

### 3. Los principios generales

La legislación que ya se avecina, posee la inclusión de principios generales que son los que sirven de marco a todas las normas dictadas en cada caso. En este aspecto, luego de definirse a la responsabilidad parental, se establecen los tres principios generales que rigen la materia, a saber: el interés superior del niño, la autonomía progresiva y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta.

Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos, según los principios generales que se enuncian.

El art. 639 CCyC enumera los siguientes principios generales que rigen la responsabilidad parental, que si bien se describen en los tratados internacionales de jerarquía superior, es relevante su mención expresa en este título, pues su esencia constituye una valiosa herramienta de interpretación y convicción para resolver los conflictos que puedan plantearse en la relación entre padres e hijos, a más del incalculable valor para orientar las conductas ciudadanas y con gravitación en toda la regulación. (22)

Fácil resulta advertir que este artículo recoge en buena medida algunos de los ejes centrales de la Convención incorporados luego a la Ley 26.061 y las restantes leyes locales de protección integral, a lo largo de estos últimos años, respecto de los cuales más se ha trabajado en estos años.

El art. 707 CCyC enuncia un precepto de carácter general que dice: "Los niños, niñas adolescentes y personas mayores con discapacidad, con grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio, tienen derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los procesos que los afecten directamente. Deben ser oídos por el juez, según las circunstancias del caso".

Los niños no deben ser considerados objeto de protección, sino sujetos de pleno derecho, deben recibir protección integral y gozar de todos los derechos que tienen las personas adultas, además de un grupo de derechos específicos que se les otorga por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo.

Así la responsabilidad parental se entiende como una función y acompañamiento que los progenitores ejercen en interés de los hijos y deben asistirlo en la incorporación de competencias propias de las distintas etapas de desarrollo.

### 3.1. El interés superior del niño

Se trata de un principio de naturaleza histórico-cultural que simboliza la idea de que el niño o adolescente ocupa un lugar importante en la familia y la sociedad. Constituye un mandato a los padres o sustitutos, a los diversos órganos del Estado y a la sociedad civil en general. Es una noción de contenido indeterminado cuya definición en el caso concreto se delega en el juez, debiendo identificarse con "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías" del niño y adolescente, expresión de sus necesidades, que reconoce la ley 26.061 en su art. 3º.

El interés superior del niño, "es un concepto abierto, debiendo los jueces asignarle contenidos precisos y dar buenos fundamentos acerca de la selección que realicen para no caer en un uso antifuncional de sus facultades discrecionales. Para ello será necesario la intervención de especialistas quienes han de transmitir al tribunal las comprobaciones y resultados de su actividad". (23)

La Convención sobre los Derechos del Niño sigue los principios de la doctrina de la protección integral de los derechos del niño. Esto es, sustituir la concepción de los "menores" como objeto de tutela y protección segregativa para pasar a considerar a los niños como sujetos plenos de derecho.

El niño deja de ser un incapaz a quien se debe auxiliar y rescatar benéficamente, dependiendo de la caridad del Estado y de la sociedad, y pasa a ser considerado un sujeto cuyos derechos deben ser respetados por la familia, el Estado y la comunidad. La Convención, entonces, operaría como un ordenador de las relaciones entre el niño, el Estado y la familia, que se estructura a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos.

La Convención provoca un doble impacto en las legislaciones de "menores" vigentes en los distintos países de América latina. Por un lado, sirve de parámetro para evaluar, criticar y transformar la legislación interna y, por otro, exige la activación de nuevos mecanismos para asegurar los derechos que ella contempla. Es decir que es un instrumento para la crítica de las leyes y la construcción de un nuevo sistema de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En su art. 3º, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que "el interés superior del niño" debe ser una consideración primordial en todas las medidas relativas a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas. En todas las circunstancias, en todas y cada una de las decisiones que conciernen a los niños, deben examinarse todas las soluciones posibles y es necesario sopesar el interés superior del niño. Este enfoque debe prevalecer en todos los casos para asegurar y proteger los derechos de la infancia.

El grupo de trabajo que redactó el texto de la Convención no ahondó en la definición del "interés superior". Tampoco el Comité de los Derechos del Niño había propuesto criterios que permitan juzgar en qué consiste, en general o en casos particulares. Sin embargo, el Comité sí desde entonces había subrayado que la determinación del interés superior debía hacerse en función del corto como del largo plazo, reconociéndole dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño.

En esta línea, se interpretó que el "mejor interés" podía definirse como la satisfacción integral de los derechos del niño, del que se pueden desprender las siguientes características: a) es una

garantía, ya que toda decisión que se tome debe considerar primordialmente sus derechos; b) es de gran amplitud, ya que no sólo obliga al legislador, sino a todas las autoridades públicas y privadas y a los padres; c) es norma de orientación en la resolución de conflictos jurídicos y en la formulación de políticas públicas.

Una correcta aplicación de este principio, especialmente en sede judicial, requiere que siempre se tome aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible, y la menor restricción de ellos, no sólo considerando el número de derechos afectados, sino su importancia relativa.

El Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General nro. 14 del año 2013, definió el concepto del "interés superior del niño", subrayando que "es un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El art. 3º, párr. 1º, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos".

El interés superior del niño es un concepto dinámico que abarca diversos temas en constante evolución. La observación general nro. 14, proporciona un marco para evaluar y determinar el interés superior del niño y el objetivo principal es mejorar la comprensión y observancia del derecho del niño a que su interés superior sea evaluado y constituye una consideración primordial o, en algunos casos, la consideración primordial. El propósito general es promover un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos. (24)

### 3.2. La autonomía progresiva de los hijos conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo

Otro de los principios básicos que inscribe la reforma en su art. 639 (inc. b) en el ejercicio de la responsabilidad parental es "la autonomía progresiva de los hijos conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos".

Se ha definido el principio de autonomía progresiva como el derecho del niño de ejercer ciertas facultades de autodeterminación, en la medida en que adquiere la competencia necesaria para comprender las situaciones que puedan afectar a su persona. El fundamento es la necesidad de que el derecho tome en cuenta los procesos de maduración ligados al patrón biológico, a factores de interacción social y desarrollo cognitivo. El principio de autonomía progresiva implica flexibilizar el sistema a partir de las ideas de madurez, desarrollo intelectual, comprensión y discernimiento.

Este principio surge de manera nítida en el Código en el capítulo de la capacidad, que sólo enunciamos, pues su tratamiento supera los objetivos de este trabajo. Se establece como regla la capacidad de ejercicio de los derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial (art. 23). Se considera menor de edad a la persona que no ha cumplido los 18 años y adolescente a la persona menor de edad que cumplió 13 años (art. 25).

La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada (art. 26). La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona (art. 26).

Como se advierte, en el Código se toma la edad como un elemento objetivo para evaluar la madurez de la persona, pero no el único, es decir, se observa a la edad como un requisito presuntivo o movable y no rígido. Asimismo, se diferencia el tipo de acto de que se trate, si son actos personalísimos o de carácter extrapatrimonial o, por el contrario, de actos patrimoniales donde se encontrarían involucrados intereses de terceros.

La representación de los progenitores, por otra parte, se frena cuando se trata de actos personalísimos que el niño o adolescente está en condiciones de realizar por sí mismo. La función de los padres será, a lo sumo, de asistencia, pero nunca reemplazará la voluntad del hijo. Se presume que el adolescente entre 13 y 16 años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto de las consecuencias de la realización o no del acto médico.

Se ha definido la asistencia como una función meramente complementaria respecto de la decisión del hijo. Es un medio de control por parte de un tercero, de modo que la persona actúa por sí, sin que se la reemplace o sustituya, pero tiene que contar con la conformidad o asentimiento que le prestará si considera que el acto no es dañoso para el asistido.

A partir de los 16 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo (art. 26).

La normativa específica que introduce la nueva legislación, cuando se trata del derecho del niño o adolescente al cuidado de su propio cuerpo, es porque se hallan en juego sus esenciales derechos humanos, reconocidos en los tratados internacionales: el derecho a la vida, a la integridad psicofísica, el derecho a la salud, el derecho a la autonomía personal y el derecho a la intimidad.

Este reconocimiento de autonomía en la infancia implica flexibilizar el sistema, a partir de las ideas de madurez, desarrollo intelectual, comprensión y discernimiento.



La idea de autonomía progresiva posibilita en cada caso dar cuenta y respetar el desarrollo madurativo de la persona. Pero este sistema implica un procedimiento previo para que alguien determine en cada caso el grado de madurez del niño o adolescente y lo habilite o imposibilite a ejercer por sí el derecho que se trate y la decisión queda sujeta a la discrecionalidad del juzgador.

La observación General Nro. 12 del Comité de los Derechos del Niño ONU sobre el derecho del niño a ser escuchado CRC/ C/ GC / 1 de julio de 2009, hace hincapié en que el art. 12 de la Convención no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan.

La opinión consultiva Nro. 17 establece que en definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, se deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida posible, al examen de su propio caso.

En atención a lo precedentemente expuesto, la responsabilidad parental tiene que ser analizada en correspondencia con la autonomía progresiva, siendo esta última, el parámetro de actuación de los progenitores en todo lo que refiera a la persona y bienes de sus hijos.

3.3. El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez

El principio de autonomía progresiva se asocia con el previsto en el art. 639, inc. c): "el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez", que armoniza con lo referente a los deberes de los progenitores, entre los cuales se menciona: "Respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos" (art. 646.c).

La Convención sobre los Derechos del Niño, establece en el art. 12 que: "1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño." "2. Con tal fin, se dará en

particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

El derecho a ser oído ha sido reconocido tanto por el sistema internacional como por el regional de protección de derechos humanos. En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el art. 10, señala que "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal". Y, en el art. 8º, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley".

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en el art. 14 que "1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores...".

El art. 12 de la CDN reconoce en forma general el derecho de todo niño a expresar su opinión en asuntos públicos y privados. Este derecho puede ser ejercido en forma individual o grupal. (25) El Comité de los Derechos del Niño dispuso que los Estados deben proveer los medios y las condiciones para que la opinión de los niños sea considerada en la toma de decisiones, en la elaboración de políticas públicas y en el proceso de creación de las leyes y su evaluación. (26)

Se han establecido diferentes pautas para profundizar sobre este amplio y complejo derecho, entre las cuales vale destacar: a) que constituye uno de los derechos fundamentales de la CDN; b) el reconocimiento expreso que determinados grupos de niños, sobre todo los niños más pequeños (así como los que pertenecen a grupos marginados y desfavorecidos) enfrentan obstáculos

particulares en la realización de este derecho; c) el derecho a no ejercerlo, considerándolo como una opción y no una obligación y el deber de información y asesoramiento de los Estados al niño (27); d) la mención de que el niño "que esté en condiciones de formarse un juicio propio" no debe verse como una limitación, sino como una obligación de los Estados de evaluar la capacidad del niño para formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible (28); e) la edad no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño, entendiéndose que los niveles de comprensión no van ligados de manera uniforme a la edad biológica. (29)

Al abordar el derecho a ser oído y a participar en relación a la autonomía/capacidad progresiva, el Comité de los Derechos del Niño sostuvo que el niño no debe probar su capacidad. En tal sentido "los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad". (30) Esta disposición constituye una diferencia notoria respecto de la postura más clásica, en donde el niño no tenía ninguna posibilidad de participar ni ser oído, sino que lo representaban sus padres o un funcionario estatal.

Al mismo tiempo, el art. 12 de la CDN regula un aspecto fundamental: el derecho del niño a participar en todo proceso judicial o administrativo que lo afecte. En tal sentido, (31) el Comité de los Derechos del Niño consideró que el niño puede actuar directamente o a través de un representante, como pueden ser sus padres, su abogado u otra persona. Lo relevante es evitar un posible conflicto de intereses entre el niño y su representante y asegurar que éstos cuenten con conocimientos y experiencias para captar los intereses del niño —eso requiere el desarrollo de protocolos de actuación—. Sin embargo, cabe recordar que la participación del niño es un derecho del niño y, por tanto, podría optar por no ser oído en un proceso. Asimismo, la Corte IDH ha precisado en la opinión consultiva 17 que la participación en los procesos está limitada a las características personales y al interés superior del niño y que se debe procurar el mayor acceso posible y se requiere la adecuación de los procedimientos judiciales.

#### 4. Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental

La titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental son enunciadas en el art. 640 CCyC como figuras legales derivadas y se encuentran reguladas en el art. 641.

Mientras que la titularidad refiere al conjunto de deberes y derechos que los progenitores tienen en su carácter de representantes legales, el ejercicio se traduce en la puesta en práctica de

aquéllos; es decir refiere al actuar de los deberes-derechos de los padres tanto en los actos cotidianos como en las decisiones trascendentes del hijo.

Se ha dicho que la distinción entre titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental acude a nociones conceptuales difícilmente escindibles. El ejercicio supone ámbitos de actuación práctica, delimitados por la ley, que permiten a uno u otro titular, o a ambos, desarrollar un conjunto de facultades que la titularidad confiere. Puede haber entonces titularidad con ejercicio actual o titularidad con facultades potenciales de actuación, subsidiarias o dependientes, según establezca la ley. (32)

La novedad, que la nueva norma introduce —y que se corresponde con la tendencia que desde hace tiempo defiende un sector importante en la doctrina, que se encuentra reflejada en la labor jurisprudencial— es el haber consagrado el ejercicio compartido, después del cese de la comunidad de vida, a diferencia del sistema actual que solo contempla el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental cuando los padres conviven.

#### A) El sistema durante la convivencia de los progenitores

##### 1. En el Código Civil derogado

Ambos progenitores tienen la titularidad de la responsabilidad parental, tratándose de hijos matrimoniales o extramatrimoniales. Durante la convivencia ejercen conjuntamente dicha responsabilidad. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos que expresamente establece el art. 264 quáter CCiv., o cuando mediare expresa oposición (art. 264, inc. 1º e inc. 5º CC).

##### 2. El sistema en el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial sigue similar criterio: "En caso de convivencia con ambos progenitores, el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos, tratándose de hijos matrimoniales o extramatrimoniales. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos que establece el art. 645, o que medie expresa oposición"

(art. 641, inc. a). Sin embargo, se introducen cambios en cuanto a los actos que requieren la doble conformidad de los progenitores.

El art. 645 establece: "Si el hijo tiene doble vínculo filial se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para los siguientes supuestos:

a) autorizar a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio;

b) autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad;

c) autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero;

d) autorizarlo para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí;

e) administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto en este capítulo.

En todos estos casos, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar".

"Cuando el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso".

Como se percibe, en la nueva legislación se suprimió el inc. 1º del art. 264 quáter, que alude a la autorización al hijo para contraer matrimonio, pues cuando se trata de un menor de edad que no haya cumplido la edad de 16 años, puede contraer matrimonio previa dispensa judicial. Es decir, no se requiere autorización de los padres. Si supera los 16 años, puede contraer matrimonio con autorización de sus representantes legales (art. 404, inc. f). A falta de ésta, puede hacerlo previa dispensa judicial.

El texto establece una serie de requisitos para otorgar la autorización judicial: a) mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes y con sus representantes legales; b) se debe tener en cuenta para otorgar la autorización judicial la edad y grado de madurez alcanzados por la persona, referidos especialmente a la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y evaluar la opinión de los representantes, si la hubiesen expresado (art. 404).

Igualmente, a diferencia del texto derogado del CCiv., para cualquiera de los actos enunciados que requieren el consentimiento de los progenitores, si se trata de adolescentes, o sea, tener más de 13 años de edad (art. 25 del CCyC), es preciso su consentimiento expreso, por aplicación del principio de la autonomía progresiva del hijo (art. 639, inc. b).

## B) Cuando los progenitores no conviven

### 1. Código Civil derogado

En el sistema del CCiv., la titularidad de la patria potestad la tienen ambos padres, pero el ejercicio de la función, o sea su faz activa, la posee quien ejerza la "tenencia" (art. 264, inc. 2º e inc. 5º CCiv.), tanto si se trata de hijos matrimoniales como extramatrimoniales. Al otro progenitor sólo le resta el derecho a tener una adecuada comunicación con el niño o adolescente y supervisar su educación (art. 264, inc. 2º, CCiv.). (33) Es decir, posee el derecho de controlar el modo en que el otro cumple con su responsabilidad, o sea, sólo podrá actuar después de producido el hecho. (34) Se infiere implícitamente de este texto un resultado poco razonable: uno tiene el derecho-deber de educar al hijo y el padre no guardador sólo puede vigilar desde afuera el modo en que es ejercido, como si fuera un extraño. Esta comprensión contradice la idea de participación y colaboración e implica para el hijo una pérdida que vulnera su derecho a ser cuidado y educado por ambos padres (arts. 7º y 18 de la CDN). De ordinario, es la madre la que toma a su cargo el cuidado del hijo, pues a ella se le adjudica, generalmente, la guarda de los hijos, ya sea por acuerdo de los padres o por decisión judicial (se puede estimar que ello acontece entre el 85% al 90% de los casos).

El sistema legal argentino, que otorga el ejercicio de la responsabilidad parental sólo al padre a quien se le ha conferido "la tenencia", ha sido juzgado por una gran parte de la doctrina nacional como contrario a la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los progenitores en la crianza y educación de los hijos asegurado en diversos tratados de derechos

humanos, que en nuestro país tienen rango constitucional (en especial, la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, arts. 5.b y 16.d y CDN, art. 18.1). Por lo tanto, se propició, por parte de los autores, una reforma que mantenga el ejercicio de la responsabilidad parental en cabeza de ambos progenitores, pese a la falta de vida en común, separación o divorcio de los padres. (35) Ello, sin perjuicio de que por voluntad de los padres o decisión judicial, en interés del hijo, se atribuya el ejercicio de la función a sólo uno de ellos o se establezcan distintas modalidades en cuanto a la distribución de tareas.

El primer antecedente jurisprudencial que otorgó el ejercicio compartido de la patria potestad, habiendo los progenitores cesado la convivencia se registró en el año 1987, en un excelente fallo de la sala F de la Cámara Nacional Civil, ante un planteo concreto de los padres que solicitaban seguir asumiendo ambos la responsabilidad en la crianza de sus hijos. Se afirmó en dicha oportunidad que: "El acuerdo alcanzado por los progenitores extramatrimoniales de los menores, en cuanto piden la homologación del convenio por el cual acuerdan que la tenencia la ejercerá la madre y la patria potestad será ejercida en forma compartida, no viola el interés de los menores, sino, al contrario, los beneficia..."(...) "Mantener el ejercicio compartido de la patria potestad significa sostener, en la conciencia de los progenitores extramatrimoniales, la responsabilidad que sobre ambos pesa respecto del cuidado y la educación de los hijos, no obstante la falta de convivencia; y, además, preserva el fin querido por la ley, de que no sea uno sino ambos padres quienes tomen las decisiones —expresa o tácitamente— atinentes a la vida y el patrimonio de los hijos". (36) Más tarde fueron varias las sentencias que homologaron los acuerdos que los padres presentaban en este sentido.

La tendencia actual es establecer como regla general, el ejercicio compartido de la patria potestad después del divorcio o separación. Son numerosas las propuestas que brinda el derecho comparado, en relación al tema. En América latina por un lado nos encontramos con la directiva que sigue el Código de Familia Cubano al disponer que ambos padres conservaran la patria potestad sobre sus hijos menores, salvo que el interés de los hijos exija que sólo la ejerza alguno de ellos (art. 57). Es decir, se impone una responsabilidad conjunta en la formación del hijo, aun cuando éste conviva sólo con alguno de los padres. También el código de Familia del Salvador establece que: "El ejercicio de la autoridad parental corresponde al padre y a la madre conjuntamente, o a uno solo de ellos cuando falte el otro. Se entenderá que falta el padre o la madre, no sólo cuando hubiere fallecido o se le hubiere declarado muerto presunto, sino cuando se ausentare del territorio nacional, se ignorare su paradero o estuviere imposibilitado". En igual sentido lo regulan el Código de la Niñez y Adolescencia del Paraguay, art. 70; el Código Civil de Brasil, art. 1632 y el Código Civil del Uruguay, arts. 252 y 275 CC.

Pese al texto legal, es necesario advertir que actualmente las parejas separadas, a pesar de la falta de regulación en el código derogado, venían celebrando acuerdos donde se establece expresamente que el ejercicio de la responsabilidad parental la tendrán ambos padres, acuerdos que normalmente son homologados judicialmente, ya que se estima que resultan beneficiosos para el hijo. Tales convenios tienen un alto valor simbólico porque aunque el niño esté bajo el cuidado de uno de los progenitores, el otro no se siente apartado de la vida de su hijo.

2. La legislación en el Código Civil y Comercial. El ejercicio de la responsabilidad compartida. Sus beneficios

Este proceso de apoyo al ejercicio de la responsabilidad parental en cabeza de ambos progenitores en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio se consuma con la reforma del Código Civil y Comercial (art. 641.b) por cuanto establece que el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde también a ambos progenitores.

El texto agrega que se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones establecidas en el art. 645 CCyC o que medie expresa oposición del otro (art. 642 CCyC).

Si ha cesado la convivencia, y corresponde el ejercicio por los dos, la ley reformada prevé que por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecer distintas modalidades de ejercicio de la responsabilidad parental (art. 641.b CCyC).

Se consagra, entonces, el principio del ejercicio de la responsabilidad parental conjunta o dual, cuando no existe convivencia de los progenitores o ha operado la finalización de esa convivencia (por la causa que fuere: separación de hecho, divorcio, nulidad de matrimonio) en la hipótesis de haber existido.

La norma de la Ley 23.264 contraría la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los progenitores en la crianza y educación de los hijos, contenidas en disposiciones de rango constitucional donde no se hacen distinciones (entre otras: CEDAW, art. 5.b y 16.d; CDN art. 18.1).



La atribución de ejercicio a uno solo de los progenitores es excepcional, en la hipótesis de cese de convivencia.

En el sistema legal derogado del CCiv., con harta frecuencia, el niño o adolescente se desvincula paulatinamente de una de las figuras parentales, generalmente el padre, con lo cual se lesiona su proceso de crecimiento y humanización que requiere su identificación con ambos progenitores. El hombre se siente marginado de la familia y comienza a desentenderse de su hijo y a retacear su deber asistencial. La madre, que de ordinario asume el gobierno de los hijos, padece, a menudo, tensiones psíquicas originadas en la sobrecarga de tareas y su exclusiva responsabilidad en la formación del niño o adolescente. De esta manera, pierde eficacia la responsabilidad alimentaria garantizada en el art. 27 de la Convención de los Derechos del Niño, dañándose el bienestar del niño o adolescente.

Cualquiera fuere la extensión del cuidado del hijo, por su sola expresión el ejercicio de la responsabilidad compartida asume el valor de un compromiso de los dos padres y simboliza el respeto igualitario de la función materna y paterna.

La tendencia actual en el derecho comparado es establecer como regla general, el ejercicio compartido de la responsabilidad parental después del divorcio o separación. Entre otros, Código de Familia del Salvador, art. 207; Código de la Niñez y Adolescencia del Paraguay, art. 70; Código Civil de Brasil, art. 1632; Código Civil del Uruguay, arts. 252 y 275; Código de Familia cubano, art. 57; Código Civil francés, art. 373, inc. 2º.

La responsabilidad parental conjunta tiene un alto valor simbólico y pedagógico, porque su sola expresión contribuye a que ninguno se sienta apartado o excluido. Otra solución perjudica el interés superior del hijo y, por consiguiente, contraría el mandato del art. 3º de la CDN, dirigido igualmente a los órganos legislativos.

#### C) Hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial

La filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento voluntario de los padres o por la sentencia que la declare en el juicio de filiación respectivo.

Puede ocurrir que uno de los progenitores reconozca al hijo voluntariamente o uno solo de ellos sea declarado padre o madre judicialmente.

En este caso de hijo matrimonial con un solo vínculo filial, ejerce la responsabilidad parental el único progenitor establecido.

#### D) Hijo extramatrimonial con doble vínculo filial

En este caso, el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde al otro progenitor. En interés del hijo, los progenitores de común acuerdo o el juez pueden decidir el ejercicio conjunto o establecer distintas modalidades (art. 641.e). La solución es razonable pues, como sostiene Mizrahi, por más que en definitiva un emplazamiento fuese producto de un pronunciamiento de la justicia, tal vez la situación particular de la causa o la actitud posterior adoptada por ese padre pueden justificar —en aras de priorizar el interés superior del niño— que no se aparte a aquél de esa importante función. (37)

### 5. El cuidado de los hijos

a) Distintas clases del cuidado personal de los hijos cuando los progenitores no conviven. La regla es el cuidado compartido, la excepción el cuidado unilateral.

b) La premisa principal de una separación es considerar que los hijos no deben ni necesitan separarse de los padres. La separación es de la pareja, y no de los hijos. Si separación es pérdida, la guarda compartida es "beneficio". Ésta es la nueva concepción de la separación de parejas (art. 9.3 Convención de los Derechos del Niño). (38)

En la jurisprudencia nacional, se registró en los últimos años una tendencia a otorgar la guarda compartida. Distintas son las razones de hecho que llevan a esta decisión, pero el principio rector está siempre puesto en el interés del hijo.

El régimen derogado del CCiv. que establece el cuidado unipersonal, no siempre satisface el interés del hijo. El progenitor, convertido en un padre "de fines de semana", poco a poco se distancia de sus hijos, le cuesta recuperar el lugar que tuvo como padre y deja de lado paulatinamente su responsabilidad alimentaria. (39)

Teniendo en consideración lo precedentemente expuesto, el art. 649 CCyC, establece las distintas clases del cuidado personal de los hijos: cuando los progenitores no conviven, pudiendo ser asumido por un progenitor o por ambos. La regla es el cuidado compartido y la excepción el unilateral.

A pedido de los progenitores, de uno de ellos, o de oficio, el juez otorgará, como primera alternativa, el cuidado compartido de los hijos a ambos progenitores.

El art. 650 establece las distintas modalidades del cuidado personal compartido:

Alternado: el hijo pasa periodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia.

Indistinto: el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado, con independencia del lugar donde el niño reside.

En el CCyC se orienta al juez a considerar como regla la custodia compartida bajo la modalidad indistinta ya que cuando los padres han interrumpido la vida en común esta opción puede ser la que más respete el interés superior para mantener estrechamente el vínculo con ambos padres estimulándolos a proveer a sus necesidades. De esta forma se favorece la obligación económica dual, la reducción del alejamiento parental, la disminución de la sobrecarga de la madre y posibilitan la diferenciación entre conyugalidad y parentalidad.

El art. 651 establece: a pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo.

### c) Ventajas del sistema

En el sistema reformado, se afirma el principio de la coparentalidad.

La lógica de la participación sostiene el principio igualitario entre el hombre y la mujer para realizar sus proyectos de vida. Además, se concilia con los cambios que se han producido en los roles establecidos en función del sexo. Existe un reconocimiento de la figura del padre en la socialización de los hijos.

La posición del niño frente a este reconocimiento de igualdad entre sus padres ha ido apareciendo en las decisiones judiciales, las que cada vez más frecuentemente establecen que es un derecho del niño mantener contacto con ambos progenitores y que ese derecho no puede dejarse de lado automáticamente: el incumplimiento del deber alimentario por el progenitor no conviviente no autoriza al tenedor a interrumpir el contacto de aquél con el niño. La jurisprudencia también fue avanzando en la idea de que es bueno otorgar la tenencia del hijo a aquel de los progenitores que sea capaz de asegurar mejor el contacto del niño con el que no ejerce la tenencia.

El art. 9º de la CDN sostiene que se respetará el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello fuera contrario al interés superior del niño.

La igualdad de derechos entre hombre y mujer se encuentra expresamente consagrada respecto a la crianza y educación de los hijos en el art. 16 de la Convención para la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer, con el objeto de satisfacer el derecho de todo niño a mantener vínculo con ambos progenitores tras la ruptura de la unión entre los adultos (arts. 9º y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño). En mérito a los artículos citados el CCyC deroga la preferencia materna para la tenencia de los hijos menores de 5 años, por ser violatoria del principio de igualdad, contradictoria con la regla del ejercicio de la responsabilidad parental compartida e incompatible con la ley 26.618 de Matrimonio Igualitario.

En los fundamentos del CCyC se destaca el valor simbólico de la responsabilidad parental compartida, pues contribuye a que ninguno se sienta apartado ni excluido, más allá de que el

sistema previsto en la reforma establece que los progenitores pueden acordar otro sistema o incluso éste puede ser decidido por el juez cuando ello sea en el mejor interés del hijo. Asegura el derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular (art. 9º Convención de los Derechos del Niño). Crea un clima donde el niño siente que no pierde a ninguno de sus progenitores, se ahuyenta el fantasma del abandono. Existe un mayor compromiso asistencial. El alejamiento paterno filial con visitas esporádicas y deserción alimentaria, son síntomas de un sistema perturbado que daña al hijo.

La legislación reforma, legitima un modelo alternativo, frente al sistema ya "naturalizado" de una guarda unipersonal. La generalización de su empleo aleja la desconfianza de que los padres no son capaces de compartir el cuidado de sus hijos. (40)

Desde ya, se destaca, que este sistema del cuidado compartido de los hijos, no es una regla dogmática, ya que no siempre es posible su realización, verbigracia: la distancia, el trabajo, niños muy pequeños, por eso se requiere de políticas que permitan conciliar el trabajo con las responsabilidades familiares.

El art. 653 señala que en el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el juez debe ponderar la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro; la edad del hijo; la opinión del hijo; el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo. El otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente.

Otra inclusión valiosa de la nueva legislación, se encuentra contenida en el art. 654 cuando establece que: "Cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a las personas y bienes del hijo". El deber de informar recíproco que recae en ambos progenitores fortalece la comunicación continua entre ambos con el fin de velar por la persona y bienes del hijo. Además, entiendo que esta referencia expresa dos cuestiones tan trascendentes para el hijo como son la educación y la salud, que hacen al contenido de los derechos humanos personalísimos y se vincula de manera directa con el espacio de actuación que los progenitores tienen respecto de estos últimos y que dependerá de las competencias con que cuente el hijo (principio de autonomía progresiva).

Ya la jurisprudencia ha señalado la inconveniencia de la tenencia unipersonal, ya que desvincula al hijo de uno de los progenitores, generalmente el padre. "El hombre convertido en un padre

"intermitente", se distancia de sus hijos y deja de lado su responsabilidad alimentaria. A su vez la madre muchas veces agobiada por las tensiones psíquicas afronta en soledad la crianza y manutención de sus hijos. La guarda unipersonal no es en la actualidad la opción que mejor protege el derecho de los niños a tener dos padres que asuman la responsabilidad de su crianza y educación". (41)

Las pautas enunciadas responden a los principios del instituto y permiten superar los cambios que exigen en este aspecto las normas vigentes. Respecto a esto último, queda atrás la preferencia materna de los hijos menores de 5 años para el caso del hijo proveniente de una pareja heterosexual. Ello, en virtud que no es admisible la discriminación en función del sexo: ambos padres tienen los mismos derechos y responsabilidades (art. 18 Convención de los Derechos del Niño y art. 16 CEDAW) caso contrario se viola el principio de igualdad y se reafirma los roles rígidos y tradicionales según los cuales las madres son las principales y mejores cuidadoras de los hijos: además la preferencia materna, es contradictoria con la regla del ejercicio de la responsabilidad parental compartida y es incompatible la Ley 26.618. La excepción, es la existencia de causas graves que afecten el interés del menor.

Los antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios en nuestro país y las experiencias y normativas en otras latitudes confirman la necesidad de establecer una regulación específica en el ejercicio de la responsabilidad parental que rechace criterios discriminatorios a la hora de decidir quién es el progenitor más conveniente para asumir el cuidado personal del hijo.

Resulta, pues, oportuna la manda de la nueva legislación cuando dispone que "Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición" (art. 656).

## 6. Plan de coparentalidad

Las nuevas normas privilegian el régimen indistinto, reafirmandose el principio de "coparentalidad" como rezan sus fundamentos, y respeta la libertad de los padres a quienes estimula a elaborar un "plan de parentalidad" para decidir cómo organizar la convivencia con el hijo. Así, el art. 655 especifica que los progenitores pueden presentar (no es obligatorio) un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo, que contenga: a) lugar y tiempo en que el hijo

permanece con cada progenitor; b) responsabilidades que cada uno asume; c) régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia; d) régimen de relación y comunicación con el hijo cuando éste reside con el otro progenitor. El plan de parentalidad propuesto puede ser modificado por los progenitores en función de las necesidades del grupo familiar y del hijo en sus diferentes etapas. Los progenitores deben procurar la participación del hijo en dicho plan.

Asimismo el art. 656 prescribe que si no existe acuerdo o no se ha homologado el plan, el juez debe fijar el régimen de cuidado de los hijos priorizando la modalidad compartida indistinta, salvo que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado.

Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición.

Los magistrados deben tener la libertad de adoptar decisiones teniendo en cuenta la conveniencia del niño en cada caso, lo cual no impide que la edad del niño se considere un elemento relevante.

Acertadamente la reforma, en cuanto a las decisiones referentes al cuidado personal del hijo, siguió la jurisprudencia que sienta la doctrina que no son admisibles discriminaciones fundadas, por ejemplo, en el sexo u en la orientación sexual de unos de los progenitores, si esa situación no pone en riesgo el desarrollo de los hijos. En tal sentido, "...se rechazó el pedido de la madre para que se le otorgara la tenencia de los hijos, en razón de la homosexualidad del padre. Consideró que el padre había ejercido su función parental en forma beneficiosa y aun cuando en el caso su conducta sexual no era convencional por vivir junto a su pareja homosexual, mantuvo la tenencia en cabeza del padre. Se comprobó que entre los niños y el compañero del padre existía un vínculo afectivo saludable. La solución contraria significa una discriminación inaceptable". (42) En igual sentido: "...se considera que la homosexualidad materna, no puede ser de por sí sola un impedimento para que el menor tenga un régimen de visitas adecuado con su madre, mientras ello no atente contra el interés del niño. Impedir un contacto adecuado entre la progenitora y su hijo, quien guarda hacia ella profundos sentimientos positivos, sería desconocer el interés superior del menor contemplado en la CDN y discriminar arbitrariamente a la madre por su preferencia sexual, en contra de lo establecido en toda la legislación antidiscriminatoria". (43)

La convalidación del acuerdo al que los padres han arribado se sustenta en el entendimiento de que los progenitores son quienes están, en principio, en mejores condiciones de saber si podrán llevar a cabo el régimen que conviene y conocen que es lo más beneficioso para sus hijos. El divorcio pone fin a la relación conyugal, ya no serán esposos, pero siguen siendo los padres de sus hijos y esto es así porque el divorcio pone fin a un matrimonio pero no a una familia. La familia se transforma pero no se rompe y los niños necesitan relaciones continuadas y significativas con ambos padres.

El padre conviviente deberá funcionar como agente de cambio para estimular el contacto con el otro en la relación coparental posterior al divorcio. Así, el art. 652 estipula que en el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo; y el art. 653 determina que el progenitor que facilite el derecho a mantener un trato regular con el otro progenitor tiene preferencia para el cuidado del hijo.

A los fines de resolver el conflicto que la separación puede generar respecto de los hijos y lograr el acuerdo en esta materia, los intereses encontrados que la pareja desavenida tiene como cónyuges, deben convertirse en intereses comunes y complementarios como padres. Para ello es menester que la pareja parental utilice patrones de cooperación en la crianza y ejerza roles igualitarios en la toma de decisiones. Ambos padres deben proveer la función nutritiva y coordinar la función normativa, ejerciendo la función parental para socializar valores y pautas en un proceso contextualizado y dinámico independientemente de que vivan juntos o separados.

Antes de finalizar este tópico, no se puede dejar de destacar que, ha sido acertada la inclusión en la nueva legislación, de la posibilidad de que en el interés del niño y por razones justificadas se pueda delegar el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente o tercero, por tiempo determinado y mediante homologación judicial (art. 643) (44), lo cual se corresponde con distintas resoluciones adoptadas ya en ese sentido. (45) Era tiempo que el Código, contemplara este tipo de situaciones temporarias que se pueden presentar en la realidad actual.

La reforma cubre este vacío al reconocer efectos jurídicos a las relaciones entre el niño y los adultos temporalmente responsables de su cuidado, por delegación conjunta de ambos progenitores o de uno de ellos.



Dada la importancia e implicancias que tiene esta delegación, se establece un tiempo determinado, con el objeto de evitar un desentendimiento prolongado de las responsabilidades parentales; la homologación judicial; control de legalidad (conf. Art. 40, párr. 2º de la Ley 26.061).

## 7. Breves palabras de cierre

La reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, importa un avance en materia de derechos humanos y un reflejo de la realidad. Contribuirá sin duda a afianzar los principios y valores consagrados en los tratados que conforman el bloque superior de la pirámide jurídica argentina.

La modificación propuesta, en lo que respecta a la responsabilidad parental, claramente implica un paso adelante en esta materia. Además de cumplir con la exigencia de adecuar el derecho interno a lo que surge de los tratados internacionales, contribuye a dar mayor sostén a las normas que se han dictado en los últimos años.

El derecho siempre cumple una labor pedagógica y desde este punto de vista aún cuando muchas disposiciones formaran parte de normas específicas, la incorporación de estas modificaciones al Código Civil y Comercial contribuirá sin duda a afianzar estos principios en el conjunto de los operadores y de la sociedad.

Los tribunales de familia deben adoptar sistemas que desarrollan capacidades para el fortalecimiento de las familias con el propósito de que ellas puedan resolver sus problemas estimulando la comunicación entre los litigantes. Es necesario contribuir con la tarea pedagógica de ejercicio de la coparentalidad y prever la necesidad de la revisión y adaptabilidad de los acuerdos respecto de los hijos para evitar desacuerdos que desemboquen en la necesidad de futuras intervenciones judiciales. Es fundamental encuadrar la pelea en términos tales como la inevitabilidad del cambio y la continuidad de las relaciones familiarmente significativas.

Se ha transformado la práctica del derecho de familia y se ha alterado la forma en la que las familias en disputa interactúan con el sistema legal, lo que ofrece múltiples beneficios a los niños y a los padres y desafíos a la familia y al sistema judicial.

Se advierte en el Código Civil y Comercial una preocupación concreta por dar respuesta a situaciones que se presentan en la vida cotidiana de las familias, y cumple fielmente con los valores que impregnan la realidad social. Por supuesto, como sucede con toda nueva norma, habrá cuestiones cuya eficacia sólo podrá evaluarse con la aplicación práctica, pero se vislumbra que el camino ha sido el correcto.

(1) (1) ZANNONI, Eduardo, Derecho de Familia, t. 2, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, ps. 680 y ss.

(2) (2) GROSMAN, Cecilia P., "El derecho de familia en la Argentina en los umbrales del siglo XXI", en obra colectiva, Retratos de familia... en la escuela, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1998, p. 28.

(3) (3) Art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

(4) (4) HERRERA, Marisa, "Las familias en el proyecto de reforma del Código civil y Comercial de la Nación". Sitio de consulta y debate sobre el proyecto elaborado por la Comisión presidida por el Dr. Ricardo Lorenzetti, [www.nuevocodigocivil.com/las\\_familias-en-el-proyecto-de-reforma-del-codigocivil/](http://www.nuevocodigocivil.com/las_familias-en-el-proyecto-de-reforma-del-codigocivil/).

(5) (5) GROSMAN, Cecilia, El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿Utopía o realidad posible? En Nuevos perfiles del Derecho de Familia Coordinadores KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Pérez Gallardo Leonardo Editorial Rubinzal-Culzoni. 2006.

(6) (6) CARRIÓ, Genaro, "Notas sobre Derecho y Lenguaje". Cuarta edición, corregida y aumentada. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 22.

(7) (7) OLIVERCRONA Karl, "Lenguaje Jurídico y Realidad" Revista Filosofía y Derecho 2, Centro Editor de América Latina. Buenos Aires. 1968, pág. 43.

(8) (8) DIEZ PICAZO, Luis, "Familia y Derecho", Civitas, Madrid, págs. 36.

(9) (9) DIEZ PICAZO, Luis, "Familia...", ob. cit. pág. 37.

(10) (10) DEL MAZO, Carlos Gabriel, Capacidad y autonomía de la voluntad de niñas, niños y adolescentes Su intervención en los términos de la Ley 26.529, Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, Año 2, número 6, mes de julio de 2010, p. 212.

(11) (11) DOLTO, Françoise, "La causa de los niños", Buenos Aires, Paidós, 1986, p. 292; y "Los niños y su derecho a la verdad", Buenos Aires, Atlántida, 1990, pp. 7, 32 y 153.

(12) (12) MIZRAHI, Mauricio Luis, "Familia, matrimonio y divorcio", Buenos Aires, Astrea, 2006, pp. 183/186, §86, 87 y 88.

(13) (13) Citado por LAURENT, François, "Principios de derecho civil", México, 1912-1917, t. IV, p. 397.

(14) (14) DOLTO, Françoise, "La causa de los adolescentes", Buenos Aires, Seix Barral, 1990, p. 201.

(15) (15) CARRILLO BASCARY, Miguel, "La protección legal de la vida", JA, 1992-I-864. Con acierto se ha cuestionado también la denominación de "incapaz" con relación a los niños. Es verdad que su eventual falta de autogobierno no autoriza a deducir "que la persona toda quede definida por esa carencia" (ver BALDARENAS, J., "¿Son los "menores"... incapaces?", "Derecho de Familia", nº 11, p. 79).

(16) (16) Este art. 638 reconoce su correlato en el art. 264 del Código Civil. El art. 264, en su texto actual, dice: "La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado".

(17) (17) GROSMAN, Cecilia P., "Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño", LL 1993-B-1095.

(18) (18) La patria potestad se encuentra integrada por diversos derechos-deberes que tienen los padres: guarda, educación, corrección, vigilancia, asistencia espiritual y material y la representación legal del menor. CCCCom. De Dolores 09/09/2008, "L. N. s /Protección y guarda", Actualidad Jurídica. Familia y Minoridad, Nro. 55. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba.

(19) (19) CÓRDOBA, Marcos M., Responsabilidad de los padres por incumplimiento de los deberes de protección y formación integral, en Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2003-26-37.

(20) (20) Juzg. Fam. 4ta. Nom. De Córdoba, junio 2002, "E. S. s/Guarda", Actualidad Jurídica. Familia en Minoridad, vol. 2, p. 105.

(21) (21) Ley 26.579 de Reformas al Código Civil. Modificación mayoría de edad. Sancionada el 02/12/2009. Dado que excedería el presente trabajo profundizar sobre el tema, a su efectos se puede compulsar: LLOVERAS, Nora y FARAONI, Fabián. La mayoría de edad en la Argentina. Análisis de la ley 26.579/2009, Nuevo enfoque jurídico, Córdoba 2010, ps. 126 y sgtes.

(22) (22) FERNÁNDEZ, Silvia F., JA, Número Especial, 2012-II, "El derecho de familia en el Proyecto de Código Civil", ps. 108 y ss.

(23) (23) 14/09/2010, fasc. 9, Corte Suprema, 2010-IV-38.

(24) (24) CATALDI, Myriam M., "Responsabilidad alimentaria de los abuelos. Una respuesta jurídica que resulta de la constitución, RDF 2014 II- 218 JA, Ed. Abeledo-Perrot.

(25) (25) En virtud de su relevancia y las dificultades para aplicar este principio (fundadas en la idea de que las niñas y los niños son incapaces o de que sus opiniones son alteradas por los adultos), el Comité de los Derechos del Niño lo ha desarrollado tanto en la observación general 5 sobre las Medidas Generales de Aplicación de la Convención, como en la 12, El derecho del niño a ser oído [2009], dedicada esta última exclusivamente a este derecho y su aplicación. En relación al valor interpretativo de las observaciones, vale tomar en cuenta que internamente se avanza sobre

el criterio que reconoce el valor de las sentencias, informes, observaciones y recomendaciones que producen los órganos internacionales en el entendimiento de que éstos vienen ampliando de manera sostenida el derecho positivo. En la Argentina, la Corte federal ha dejado en claro que los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana constituyen criterios jurídicos valiosos de implementación y ordenación valorativa de las cláusulas del Pacto de San José de Costa Rica, que deben ser tomados en cuenta para adoptar decisiones en el derecho interno. En tal sentido, ver voto Dr. Maqueda, "Hagelin Ragnar", R. 17.XXXVII, pár. 15. Ídem voto Dres. Boggiano y Bossert en Fallos 321: 3555. En México, la SCJN se ha pronunciado en el sentido de que la edad no puede ser el criterio para condicionar el derecho a ser oído, ver 10ª Época, 1ª Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XX, mayo de 2013, t. 1, p. 528. Asimismo, reiterando ese derecho, han descrito lineamientos para que la participación de la persona menor de edad sea idónea. Ver 10ª Época, 1ª Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVIII, marzo de 2013, t. 1, p. 884.

(26) (26) Comité de los Derechos del Niño, observación general 12, cit., párrafos 11 y 12.

(27) (27) "El niño, sin embargo, tiene derecho a no ejercer ese derecho. Para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación. Los Estados partes deben asegurarse de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior", conforme Comité de los Derechos del Niño, observación general 12, párrafo 16.

(28) (28) Comité de los Derechos del Niño, observación general 12, párrafo 20.

(29) (29) Comité de los Derechos del Niño, observación general 12, párrafo 29. En este sentido, "se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso".

(30) (30) Comité de los Derechos del Niño, observación general 12, párrafos 20 y 21

(31) (31) Ver MORELLO de RAMÍREZ, María S., "El derecho del menor a ser oído y la garantía del debido proceso legal", RDF 35- 47/54, quien claramente identifica dos partes en el art. 12, CDN: 1.

El derecho del niño a expresar su opinión libremente consolida un proceso formativo de participación y respeto que lo ayuda a crecer en un ámbito familiar tolerante y democrático (art. 12.1, CDN); 2. La garantía del debido proceso legal del menor constituye el medio para resguardar el interés del menor (arts. 3 y 12.2, Convención de los Derechos del Niño). En este contexto, son los jueces los encargados de custodiar, activa y oficiosamente, la vigencia en concreto de las garantías procesales en cada controversia, con las particularidades según la índole de los intereses que tutela.

(32) (32) ZANNONI, Eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia, Ed. Astrea. 2009. Tomo 2, p 731.

(33) (33) El término educación está tomado en un sentido amplio como "formación del hijo" (BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A, Régimen..., cit., p. 281).

(34) (34) AZPIRI, Jorge O., "El orden público y la autonomía de la voluntad en la patria potestad", RDF 15-89, en GROSMAN Cecilia P.; LLOVERAS, Nora y HERRERA Marisa (dirs.), Summa de familia, t. III, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, p. 2392.

(35) (35) Entre otros: AZPIRI, Jorge, O., "El orden...", cit.; CATALDI, Myriam M., "La responsabilidad parental", en RIVERA, Julio César (dir.) y MEDINA, Graciela (coord.), Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, 2012, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, ps. 463 y ss.; ZANONNI, Eduardo, Derecho de familia, cit., p. 69; MIZRAHI, Mauricio, Familia, matrimonio y divorcio, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, ps. 424/425; DÍAZ de GUIJARRO, Enrique, "La patria potestad compartida. Principios y consecuencias", JA del 29/6/1983; SCHERMAN, Ida A., "El impacto de la reforma constitucional sobre el derecho de familia", Colegio Público de Abogados, Buenos Aires, 2001, Revista de Doctrina nro. 4, p. 218; POLAKIEWIECZ, Marta, "El derecho de los hijos a una plena relación con ambos padres", en GROSMAN, Cecilia P., Los derechos..., cit. ps. 165 y ss.; GROSMAN, Cecilia P., "El derecho infraconstitucional y los derechos del niño", en el Libro de Ponencias del Congreso Internacional "La persona y el Derecho en el fin de siglo", Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1996, p. 244; DI LELLA, Pedro, "El ejercicio...", cit., ps. 260/262; LLOVERAS, Nora y SALOMON, Marcelo, El derecho de familia desde la Constitución Nacional, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 376; FAMA, María Victoria "Coparentalidad y cuidado compartido de los hijos: de la opción a la imposición", JA del 7/3/2012, 2012-I-3.

(36) (36) C. Nac. Civ., sala F, 23/10/1987, LL 1989-A-95, con nota de BARBER, Omar, "Padres que dejan de convivir pero acuerdan seguir coejerciendo la patria potestad: lesión al orden público"; C.

Nac. Civ., sala D, 21/11/1995, LL 1996-D-678; C. Nac. Civ., sala J, 24/11/1998, JA 1999-IV-603, LL 1999-D-477, con nota de BÍSCARO, Beatriz, "Tenencia compartida. Una decisión acertada". Comparte la posibilidad de que se realicen tales acuerdos Méndez Costa, María J., "La patria potestad del progenitor excluido de la guarda del hijo", LL 1990-E-166.

(37) (37) MIZRAHI, Mauricio, Familia..., cit.

(38) (38) DA CUNHO PEREIRA, Rodrigo. Cuando los padres se separan.-El derecho de los niños/a adolescentes en un escenario jurídico para el Mercosur, pág.281 y sgts. en GROSMAN, Cecilia Directora - HERRERA, Marisa. Coordinadora Hacia una armonización del Derecho de Familia en el MERCOSUR y países asociados. Editorial Lexis-Nexis, 2007.

(39) (39) GROSMAN; Cecilia P., El cuidado..., ob. cit.

(40) (40) GROSMAN, Cecilia. Curso Intensivo de Posgrado en Derecho de Familia. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, realizado en julio de 2012

(41) (41) SCBA, 05/12/2007.

(42) (42) Juzgado de Familia de Córdoba 6 de agosto de 2003, RDF, 2004-I, 143.

(43) (43) Cám. 1era. de Apelac. Civil y Com., San Isidro, Pcia. de Bs. As. 8 de julio de 2002.

(44) (44) Art. 643. Delegación del ejercicio. En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente o tercero idóneo. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un [1] año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en

función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido.

(45) (45) A modo de ejemplo, puede citarse un fallo de la SCPBA (C.91.622. "D., A. E. c. D., C y otros s//tenencia" del 26/10/2010).