



UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO 21

Raquel Dolores Gambarte

El ejercicio de la responsabilidad parental.
Su relación con el principio de la autonomía de la voluntad.

Trabajo Final de Graduación
Universidad Empresarial Siglo 21
Carrera de Abogacía
Año 2016

Resumen

El presente trabajo pretende estudiar la figura de la responsabilidad parental, adentrándonos a la misma desde la elaboración efectuada en el Código Civil de Vélez – cuya fuente en la materia era la patria potestad del Derecho Romano-, pero, particularmente vista como una de las grandes innovaciones que se pueden observar, han querido dejar plasmado los legistas y estudiosos del tema en el articulado referente del nuevo Código Civil y Comercial (C.C. y C.) que hoy se encuentra en vigencia.

En su integridad, el joven plexo normativo citado intenta incluir respuestas a las preocupaciones de la sociedad civil actual, demostrando su matriz transformadora que se sustenta en el reconocimiento de una igualdad real, reflejo de una sociedad civil no discriminatoria, protectora de los derechos de los más vulnerables, comprensiva de la multiplicidad de los tipos de familia, marcadamente pluralista y multicultural, que da vida a la aparición –y ya no como punta de iceberg, sino con una visión integradora- de nuevos protagonistas en el ámbito familiar.

Esta elaboración intentará demostrar la relación existente dentro del marco jurídico, entre las cuestiones atinentes a la responsabilidad parental y el respeto por el principio de la autonomía de la voluntad, y, particularmente será objeto de estudio la adecuación del nuevo régimen en la materia respecto a los estándares constitucionales vigentes.

Palabras claves: autonomía de la voluntad, responsabilidad parental, interés superior del niño, sujeto de derecho

Abstract

This paper aims to study the figure of parental responsibility, approaching it in the light of the Velez Civil Code, the source of which was the parental authority of Roman law, but particularly seen as one of the greatest innovations that can be observed, lawyers and scholars have attempted to reflect in the reference articles of the Civil and Commercial Code (C.C. y C.) that is currently in effect.

In its integrity, the recent regulatory plexus mentioned attempts to include a response to the concerns of today's civil society, demonstrating its transforming matrix which is based on the recognition of true equality that reflects a non-discriminatory civil society, which in turn protects the rights of those most vulnerable, considering the multiplicity of family types, markedly pluralistic and multicultural, giving rise to the appearance-and not as a tip of an iceberg, but with a holistic viewpoint- of new leading roles in family dynamic.

The present study will attempt to demonstrate the relationship, within the legal framework, of issues related to parental responsibility and respect for the principle of autonomy of willingness, and it will particularly look at the adequacy of the new regime in the matter concerning existing constitutional standards.

Keywords: autonomy of willingness, parental authority, superior interest of the child, subject of law

ÍNDICE

Introducción.....	6
Marco Metodológico	9
Capítulo I: Contextualización y lineamientos del Objeto de Investigación	13
Introducción.....	13
1.1 Breve análisis del instituto de la patria potestad	14
1.2 Alcance del concepto de patria potestad. Caracterización	16
1.3 Alcance del concepto de responsabilidad parental. Caracterización	18
1.4 Naturaleza jurídica de la responsabilidad parental	21
1.5 Conclusiones Parciales.....	24
Capítulo II: Marco Legal Regulatorio	27
Introducción.....	27
2.1 Convención sobre los Derechos del Niño. Su aprobación por Ley Nacional N° 23.849	29
2.2 Importancia de la Ley N° 114 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.....	31
2.3 Ley Nacional N° 26.061, de protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes	33
2.4 Decreto P.E.N 191/2011, de designación de la “Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación	37
2.5 Ley Nacional N° 26.994, de aprobación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación	38

2.6 Ley Nacional N° 27.077, de modificación de la puesta en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, sancionada el 16/12/2014.....	40
2.7 Conclusiones parciales	43
Capítulo III: La funcionalidad del instituto de la responsabilidad parental.....	46
Introducción.....	46
3.1 Desarrollo gestacional del instituto de la responsabilidad parental.....	48
3.2 Utilidad de la nueva concepción de responsabilidad parental para la resolución de la conflictiva familiar. Beneficios de su marco conceptual.....	50
3.3 Caracterización y configuración del plan de parentalidad	55
3.4 Rol protagónico del juez y de los operadores judiciales	58
3.5 Conclusiones Parciales.....	65
Capítulo IV: Aplicación jurisprudencial.....	68
Introducción.....	68
4.1. Cuestiones generales	71
4.2. Interés superior del niño. Derecho a “ser oído”	73
4.3. Recepción jurisprudencial de los derechos del niño	76
4.4. Perspectiva futura	79
4.5. Conclusiones parciales.....	83
Conclusiones Finales	86
Listado de Bibliografía	92
Doctrina	92
Legislación.....	95
Jurisprudencia.....	97

Introducción.

La necesidad de poner en claro si los cambios socio-culturales y familiares producidos, eran receptados por la normativa específica (Código de Vélez) y, consecuentemente si las respuestas que se obtenían a partir de la aplicación de dicha normativa resultaban valederas –y por tanto no era necesario introducir variaciones – o si por el contrario, se producían desajustes que los magistrados superaban por vía interpretativa –y por tanto ameritaban realmente una reforma legislativa– justifica largamente el tratamiento de la cuestión elegida para su análisis.

Por ello mismo, se tratará de determinar si las normas jurídicas que han sido dictadas en el Código de Vélez merituaban su adecuación a los tiempos actuales -toda vez que fueron oportunamente sancionadas para contextos familiares y sociales que se sucedían durante el siglo XIX- para luego analizar el cambio de concepción familiar que implementa el nuevo Código Civil y Comercial recientemente sancionado.

Y, en su devenir discursivo, analizar particularmente y como pregunta de investigación si el ejercicio de la responsabilidad parental puede ser armonizado con el principio de la autonomía de la voluntad de la persona, cuya respuesta se irá precisando mediante la investigación y el análisis de los nuevos roles de los operadores del derecho, actividad que ya comienza a vislumbrarse tanto en la doctrina autoral como en la jurisprudencia vertida al respecto.

El presente trabajo persigue como objetivo general analizar -en relación a la responsabilidad parental- el conjunto de normas sistematizadas vigentes y las demás fuentes del derecho, su real adaptación a lo establecido por nuestra Carta Magna y tratados, de acuerdo a la dinámica exigida por una concepción de sociedad y de familia

que constantemente va mutando, donde se observa un permanente corrimiento en los paradigmas de la juventud, primando la autonomía de la voluntad.

Asimismo, se intentará poder determinar si el nuevo plexo normativo junto con la incorporación doctrinaria y jurisprudencial, cumple con las expectativas y cambios que preconiza la sociedad actual.

De tal modo la presente elaboración pretenderá además y ya dentro del plano de los objetivos específicos: explicar el antiguo funcionamiento del régimen patriarcal, el concepto de “patria potestad” y su incumbencia en el Código de Vélez Sarsfield; analizar la redefinición del anterior concepto y su aproximación al nuevo concepto de responsabilidad parental describiendo su comprensión; determinar el marco legal regulatorio sobre el que sienta sus bases la temática en estudio y analizar su contenido; investigar las implicancias del menor de edad como sujeto de derecho en las relaciones jurídicas así como las diferencias étareas y sus consecuencias; avanzar en el estudio de la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental; analizar los caracteres en la configuración del plan de parentalidad como así también describir el rol protagónico del Juez de Familia y los operadores del derecho.

Particularmente en nuestro país, recientemente se sancionó la Ley Nacional N° 26.994 que aprobó un nuevo Código Civil y Comercial unificado. Ello resultó ser el corolario lógico de una serie de modificaciones al anterior plexo normativo que, en la materia, contemplaba instituciones vetustas que ya no daban respuestas a las demandas sociales de esta época.

Con su consagración y ya dentro del plano del derecho de familia actual, se ha generado un nuevo paradigma al mutar el centro de protección jurídica y

consecuentemente, protegerse a la persona como integrante de relaciones jurídicas familiares.

En el transcurso de esta investigación y por una cuestión de organización, se expondrá en el primer capítulo una contextualización del objeto de investigación, con breve análisis del instituto de la patria potestad, para luego desarrollar el alcance –ya más abarcador- del concepto de responsabilidad parental y cómo puede desentrañarse su naturaleza jurídica.

A continuación, en el capítulo II se analizará el marco legal regulatorio, destacándose la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, a través de la sanción por Ley Nacional N° 23.849 (año 1990), resaltando la importancia de leyes locales que impulsaron los cambios en la materia –por caso la Ley N° 114 (año 1998) de la Ciudad de Bs. As., la incorporación de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley N° 26.061, sancionada durante el año 2005), para arribar al dictado del Decreto 191/2011, que designó la “Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”, cuyo trabajo dio sus frutos con la aprobación de la Ley Nacional N° 26.994 (año 2014) y la puesta en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, dispuesta por la Ley Nacional N° 27.077.

En el capítulo III se investigará el desarrollo gestacional del instituto de la responsabilidad parental, la utilidad de la nueva concepción y los beneficios de su marco conceptual para la resolución de la conflictiva familiar, la caracterización y configuración del plan de parentalidad, para finalmente introducirnos en el rol que deben cumplir tanto el Juez de familia como los demás operadores judiciales.

Ya por último, en el capítulo IV se procederá a dar tratamiento a cuestiones generales centralizando la labor en el marco de las orientaciones trazadas por la CDN, con un apartado especial referido al interés superior del niño y la importancia del efectivo cumplimiento del derecho a “ser oído”, a los fines de considerarlo sujeto pleno de derechos, ingresando al tratamiento de forma secuencial de distintos fallos que marcan la recepción jurisprudencial de los derechos del niño y delineando al cabo, una perspectiva futura.

Marco Metodológico.

La selección del tema objeto de investigación no fue producto de la ligereza o el azar, sino que el mismo fue pensado para que quien suscribe pueda aportar lo suyo desde la propia experiencia de vida. De tal modo, es justamente la diversidad de comportamientos y conductas socio-culturales diferenciadas, como asimismo los cambios sociales y jurídicos incorporados al plexo normativo -acorde a los reclamos solicitados en la sociedad- y la incumbencia de los mismos, lo que ha venido a motivar el presente trabajo, dejando entrever la aspiración claramente transformadora que posee la nueva normativa puesta en vigencia recientemente.

Ello, aún a sabiendas de que los temas que atañen a la cuestión bajo análisis, vinculados a la proyección de la familia, la crianza de los hijos, su alimentación y educación, son sumamente opinables y difícilmente exista al respecto una respuesta unívoca a los problemas que se formulan, advertencia de la que debe estar impregnado el lector.

En tal sentido, nadie puede negar que, el ser humano asume debilidades propias de la especie, requiriendo desde sus primeros pasos numerosos auxilios para lograr su subsistencia, siendo necesario erigir una protección especial en la medida que se vaya adquiriendo progresivamente la suficiente madurez para finalmente, proveer sus necesidades básicas y poder dirigir sus acciones.

Ésta labor protectora es tarea del derecho., ciencia que habiendo estudiado la circunstancia descripta, le proporcionaba institucionalmente dicha protección a modo de escudo rígido y pre-moldeado, situación que con el nuevo régimen legal impuesto por el C.C. y C., ahora empieza a ceder en forma gradual, en sintonía con el proceso madurativo del menor.

En el diseño del presente trabajo, se ha contado con el aporte de diferentes fuentes que, actuando como herramientas de conocimiento nos permiten nutrir de sustento argumental el estudio emprendido. A través de determinadas técnicas de recolección y análisis de datos se han analizado las fuentes referenciadas “ut-supra” circunstancia que nos permitió indagar exhaustivamente sobre la temática objeto de estudio.

Asimismo, y a los fines de darle precisión a la tarea investigativa, la elaboración es definida en términos de delimitación temporal, especificando el período de tiempo (brecha cronológica) durante el cual se abordó la cuestión investigada y el nivel del análisis realizado, circunstancia que nos otorgó la profundidad intelectual pretendida.

En cuanto al tipo de estudio de investigación, y los caracteres adoptados en el transcurso de la misma, se ha seleccionado para el presente trabajo los tipos de estudio descriptivo-exploratorio, combinándoselos, pretendiendo determinar los caracteres más significativos de la temática examinada como asimismo analizar los supuestos de funcionamiento y dificultades que pueden darse respecto del innovador marco regulatorio

actual, en lo que respecta a la responsabilidad parental.

En tal sentido, debe advertirse que la temática elegida para su estudio, si bien dispone de antecedentes que nos van a permitir efectuar una descripción, ha sido objeto de una muy importante y reciente mutación legislativa, cuyas consecuencias iremos explorando en el transcurrir de la presente elaboración.

Respecto de la estrategia metodológica elegida para este trabajo de investigación jurídica, se ha meritado que las hipótesis cualitativas se caracterizan por ser generales, amplias, emergentes, flexibles, contextuales, y se adaptan a los datos y avatares del curso de la investigación y no se prueban estadísticamente. Por ello, se ha adoptado en el mismo una estrategia cualitativa considerando un exhaustivo análisis de las normas que regulan el instituto, teniendo como meta alcanzar un conocimiento más acabado –y por qué no, crítico- de las incidencias directas del marco normativo en la vida de las personas.

En esta elaboración se han utilizado diferentes tipos de fuentes, primarias (vg. análisis de sentencias, fallos y legislación en todos sus niveles, e incluso el propio C.C.y C.), como fuentes secundarias y terciarias.

En cuanto a las técnicas de recolección y análisis de datos, debe señalarse que la misma consiste en un análisis y observación de las fuentes primarias y secundarias, y efectuar una investigación requiere de una selección adecuada del tema objeto del estudio, de un buen planteamiento de la problemática a solucionar y de la definición del método científico que se utilizará para llevar a cabo dicha investigación. Y para que el mismo sea completo, ello debe realizarse dentro de una delimitación temporal y nivel de análisis efectuando un preciso recorte cronológico que, si bien acota de algún modo su tratamiento, redundará en aportar resultados específicos garantizando certeras conclusiones.

La delimitación del problema de investigación es de vital importancia ya que

permite al investigador, circunscribirse a un ámbito espacial, temporal y teórico. Cada uno de estos indicadores nos guían respecto al espacio territorial donde se realizará la investigación, el período o fragmento de tiempo que comprende el problema que se ha considerado para el estudio y el orden y dominio teórico donde se desenvuelve la investigación.

En cuanto al nivel de análisis, ello se refiere a la determinación de un “corpus de análisis”, entendido ello como el plexo documental que será objeto de estudio. Al respecto, cabe dejar sentado que se enfoca este trabajo asumiendo una combinación del estudio de legislación, doctrina y jurisprudencia nacional en lo que a la problemática de la responsabilidad parental atañe.

Sin perjuicio de la importancia de los principios orientadores establecidos a partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), y las posteriores leyes dictadas en su consecuencia, la presente investigación será profundizada y delimitada, a partir del decidido cambio que significó designación de la “Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación” (Decreto 191/2011, P.E.N., B.O. 28/02/2011), de cuya prolífica labor resultó la sanción y reciente puesta en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, hasta la actualidad, incluyendo el análisis de las distintas fuentes del derecho (usos, costumbres, doctrina y jurisprudencia) y su incidencia en la vida de las personas.

Capítulo I. Contextualización y lineamientos del objeto de investigación

Introducción

En el transcurso de este primer capítulo se pretende efectuar una contextualización del objeto de investigación, sus lineamientos, un acercamiento al desarrollo de su contenido y su relación con los objetivos de investigación.

En tal sentido, se supone coherente principiar el desarrollo del trabajo describiendo la nutrida raíz histórica que precede a la materia en estudio. Es que, mal puede iniciarse el trabajo de investigación si se desconoce la génesis de la materia y el sustento legal que por siglos ha sido solidificado desde la antigua sociedad romana fundante.

Partiendo de la piedra basal tallada por el derecho romano en el tratamiento de las cuestiones de familia, se procederá a reseñaren breve análisis el instituto de la patria potestad. Al respecto, nadie puede dudar de la importancia que ha tenido para Vélez Sarsfield impregnarse en esa caudalosa fuente del derecho.

Avanzando en la presente elaboración, se desarrollará la justificación y relevancia de la temática elegida, acápite en el cual se razonarán los motivos por los cuales se considera trascendente el tratamiento de las cuestiones atinentes a la responsabilidad parental, y en el que de modo alguno podrá pasar desapercibida la enorme transformación que se ha dado en el seno de la sociedad actual.

Con la finalidad de ir delineando el objeto de investigación, se pretenderá luego trazar un distinguo y caracterización de los conceptos de patria potestad y de

responsabilidad parental, lo que permitirá advertir las diferencias de ambos y profundizar las posibilidades de adaptación que cada uno de ellos permite de acuerdo a la dinámica socio-familiar de cada época.

Y del alcance de cada uno de ellos se trasuntarán sus marcadas diferencias y emergerá en la superficie la figura de un novel plexo normativo, cual resulta ser el nuevo Código Civil y Comercial que hoy se encuentra vigente.

Como correlato de esa diferenciación podrá desentrañarse la naturaleza jurídica de la responsabilidad parental y de allí la pertinencia de entender que su ejercicio lleva ínsito el respeto por el principio de la autonomía de la voluntad.

1.1 Breve análisis del instituto de la patria potestad.

El Código Civil argentino sancionado por ley N° 340 trataba el instituto de la “patria potestad”, respondiendo a los parámetros de la familia patriarcal, conforme los rasgos particulares de una época determinada.

Claramente, el origen de la institución nos remite al derecho romano. Y una primera aproximación nos permite advertir que la expresión “paterfamilias”, significa “jefe de familia”, lo que nos brinda algo más que una pincelada en cuanto a las relaciones inmersas dentro de la dinámica familiar.

Siguiendo las enseñanzas del profesor Alfredo Di Pietro (1996), bien puede afirmarse que en la sociedad romana la patria potestad era una institución del derecho civil, que habilitaba el poder del jefe de familia (“pater”), facultad que poseía el varón vivo más antiguo de la familia, por vía masculina, que importaba un conjunto de derechos

sobre la persona y bienes de los “filius”, con escasas obligaciones. Se entendía por “filius” no sólo los hijos del “pater” sino también los nietos o bisnietos bajo su autoridad.

Al respecto, y ya dentro del estudio de las fuentes jurídicas del derecho romano, voces autorizadas en la materia dan cuenta de la importancia de la Ley de las Doce Tablas y las características notables del primitivo Derecho Romano, donde ya se exterioriza el especial sentido jurídico de esa civilización en su afán de resolver los conflictos de manera práctica.

“En la Tabla Cuarta, se trata de las potestades del paterfamilias, en especial, a la patria potestas (que ejercía el pater sobre sus hijos legítimos, legitimados y adoptivos no emancipados)” (...) “Esta Tabla, además, se refiere a la amplitud de los poderes del pater sobre sus hijos. En esta materia cabe recordar el papel fundamental del paterfamilias, quien como autoridad absoluta de su grupo ejercía el derecho de gobernarlo. Así podía corregirlos, sancionarlos o venderlos, e incluso ordenar su muerte.” (Gavernet y Mojer, 2003, p.102).

Basado de tal modo en esa matriz de funcionamiento del régimen patriarcal descrito, el Código de Vélez Sarsfield incorporó esa concepción de “patria potestad”, desarrollando una relación filial de subordinación, “cosificando” al “filius” que era gobernado en forma similar a la potestad que se tenía sobre las cosas.

Ante este estado de situación y a más de 150 años de la sanción de aquel cuerpo legal, cabe entonces hoy preguntarse ¿El concepto de familia patriarcal se encuentra vigente en el marco de la sociedad actual? Y la respuesta, claramente, es no.

La problemática actual nos plantea un escenario que largamente dista no sólo en el tiempo, con aquel código velezano y más aún con ese derecho romano que sirviera de fuente de inspiración al codificador. El entramado social, el concepto de familia, la

dinámica misma de la vida familiar, han mutado de modo tal que reclaman de viva voz una reconsideración de los institutos legales en juego.

Y semejante mutación en el tejido social transformó –y continuará transformando– la proyección sobre lo que se denominaba “patria potestad” o “potestad paterna”, instituto que, decididamente ha quedado sumamente acotado y fuera de época. Es que, con lo explicado, por un lado ya no hay “potestad” de uno sobre otro, puesto que se ha avanzado en la apertura de la autonomía personal, y el alejamiento de la figura del antiguo “pater” es una verdad incontrastable que ya ha sido referenciada.

Como correlato de aquella figura, precediéndola y acorde a las preocupaciones de la sociedad civil actual, ha aparecido en escena el nuevo instituto de la responsabilidad parental que pareciera –y aquí se radicará el eje de la investigación– permitir el armonizado ejercicio de las relaciones familiares dentro del marco del respeto por los principios de la autonomía de la voluntad, sin que ningún sujeto “cosifique” a otro.

1.2 Alcance del concepto de patria potestad. Caracterización.

Habiendo dejado sentadas las bases del instituto de la patria potestad al momento de efectuar la reseña obrante en el apartado 1.1, debo decir que, conforme la fuente de la cual se ha nutrido Vélez Sarsfield, la misma responde a la antigua concepción de familia como centro de protección.

De tal modo, el texto originario del C.C. en su art. 264 definía la patria potestad como "el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean

menores de edad y no estén emancipados”, refiriéndose sólo a “derechos concedidos a los padres”.

Posteriormente, la Ley 10903 (Ley de Patronato de menores, del 25/09/1919) reformula el instituto parificando derechos y también deberes de los padres. Entonces, el art. 264 pasa a comprender “el conjunto de deberes y derechos...”.

Ya mucho más cercana en el tiempo, la ley 23.264, sancionada el 25/09/1985, “*aggiorna*” el tema en cuestión, definiendo que: "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" (art. 264 del C.C).

Como bien podrá apreciarse, a medida que la realidad va cambiando, también van cambiando los valores en los que se inspira la sociedad y las mutaciones normativas así lo reflejan.

Alejados ya en el tiempo de aquel derecho romano que velaba por apuntalar a toda costa la familia agnaticia y la “*gens*”, siendo que era esa su lógica porque en ellas se asentaba la organización del Estado, necesitando para ello el poder absoluto de un padre que conducía y dirigía esa familia agnaticia (conforme lo explican Filipi, Ghirardi, y Echenique, 1998) se pone en evidencia un apartamiento de aquellos valores sociales.

Y es que, en Roma, la patria potestad estaba inspirada en ciertos y determinados valores.

De tal modo, en el marco evolutivo de la patria potestad del Código velezano, la misma, siguiendo los lineamientos de los autores antes mencionados deja de ser entendida como un derecho del padre para comprenderse como una institución que persigue el

desarrollo personal del hijo, actividad propia no ya solamente del padre sino, de ambos progenitores. Y en el mismo sentido se afirma que:

“Por eso, porque se mira a la persona y su desarrollo integral, es que los padres (no ya el padre solamente) tienen el deber de proteger y asegurar ese desarrollo. Misión para la cual -sí- están dotados de los derechos y correlativos deberes, que surgen del ejercicio de la patria potestad” (Filipi, Ghirardi, y Echenique, 1998, p 59).

1.3 Alcance del concepto de responsabilidad parental. Caracterización.

Como fuera advertido en párrafos precedentes, a medida que la realidad va cambiando, también van cambiando los valores en los que se inspira la sociedad, y esas mutaciones comienzan a ser incluídas normativamente.

Fiel reflejo de lo apuntado, resulta ser la aparición en escena de la responsabilidad parental, que bien podría caracterizarse como un instituto mucho más abarcador e inclusivo que su inmediato predecesor, la patria potestad.

Así, diversamente a la anterior concepción de familia ya descrita, los tiempos actuales parten de una relación “paterna-filial” que podríamos llamar “democratizada”, en la que, gradualmente se ha reconocido el “derecho a ser oído” de niños y adolescentes, factor esencial en la recomposición del sistema de diálogo a través del reconocimiento del otro como persona “aunque se encuentre en desarrollo”.

Y esta situación bien puede ser palpada por nosotros mismos tomando como base una mera charla con nuestros abuelos, quienes, seguramente, al rememorar sus escuetos diálogos con sus padres, serán fieles testigos de la paulatina mutación de la relación padre/hijo y de la recomposición y reacomodamiento del sistema de autoridad.

Puede entonces aseverarse que el sano alejamiento de aquellos parámetros de organización patriarcal, ha redundado –entre otras cosas- en beneficio del reconocimiento de la capacidad progresiva de niños y adolescentes, brindándoles gradualmente una mayor autonomía, orientada a proteger el interés superior del niño.

Así, se ha dejado atrás la familia patriarcal, culminando con ese poder y dependencia absoluta que a las claras se observaba de los progenitores, respecto de los hijos. Dentro del plano del derecho de familia actual se ha generado un nuevo paradigma al mutar el centro de protección jurídica y consecuentemente protegerse a la persona como integrante de relaciones jurídicas familiares.

Habiendo variado la antigua concepción de familia como centro de protección jurídica han surgido de esta manera los distintos institutos que se pueden observar en el nuevo articulado, primando manifiestamente una apertura a la autonomía personal.

En la realidad actual aparecen nuevos tipos de familias, como las matrimoniales –formadas por personas de distinto o igual sexo-, las uniones convivenciales que no han contraído matrimonio, a su vez contando con hijos de algunos de sus miembros –o de ambos-, las monoparentales, las integradas por adolescentes que –a su vez son progenitores-, pudiendo asumir formas biparentales o monoparentales, más todas están contempladas en el nuevo régimen impuesto por el C.C. y C.

Siguiendo el criterio de la Prof. Guillermina Zabalza (s.f.)¹ podemos afirmar que se ha trasladado el centro de protección jurídica desde la “institución familia” hacia la “persona”, priorizándose las relaciones de coordinación por sobre las de subordinación,

¹ Zabalza, G.(s.f). Del derecho de familia al derecho de familias: las nuevas fuentes de parentesco y su impacto filiatorio. Recuperado el 11/05/2016 de <http://www.unicen.edu.ar/content/del-derecho-de-familia-al-derecho-de-familias-las-nuevas-fuentes-de-parentesco-y-su-impact-0>

comprendiendo de tal modo a los diferentes tipos o fisonomías de familias, a partir de lo cual ya no podemos hablar del “derecho de familia” sino del “derecho de familias”.

Entonces, aquel instituto de la “patria potestad” aparece ahora sustituido por la “responsabilidad parental”, en lo que no implica solamente un reemplazo nominal, sino una modificación de los principios sobre los que se originó el instituto.

Asimismo, como señalaron autores de la talla de Cecilia Grosman (2006), se consideraba necesaria una denominación que comprenda los cambios producidos en la relación entre padres e hijos, vista ya como el cumplimiento de una función en el marco de un conjunto de facultades y deberes destinados primordialmente a satisfacer el interés del niño o adolescente, en cabeza de ambos progenitores, bajo los lineamientos de la CDN (art.18).²

Esta modificación de la denominación también cuenta con calificado apoyo doctrinario, habiendo adherido, entre otros Mauricio Mizrahi (1993), Beatriz Biscaro (2011) y también autoras de la talla de María V. Fama y Marisa Herrera (2005).

Y es que si bien a partir de las modificaciones implementadas por la Ley 23.264 se introduce un “*aggiornamento*” de la figura en el anterior Código Civil, se omitió allí un cambio relevante, como el nombre asignado al instituto que ya no se correspondía con el lugar que comenzaba a tener el niño en el ámbito íntimo de su familia y en su protección desde el derecho.

Más luego con la incorporación a nuestro sistema jurídico de la Convención de los Derechos del Niño -a la que posteriormente se le dio rango constitucional- y más recientemente con la sanción de la Ley 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y

²Grosman, C. (2006), *La guarda de los hijos después de la separación o divorcio de los padres*. Ponencia presentada en el Segundo Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur, Organizada por la Facultad de Derecho (UBA), Bs.As. Argentina.

Adolescentes (durante el año 2005), parafraseando a Del Mazo (2010), podemos afirmar que aquella estructura jurídica centenaria que es el Código Civil comenzó a resquebrajarse, quedando incluso muchas de sus normas tácitamente derogadas frente a disposiciones de mayor jerarquía normativa (como la CDN) y mayor especialidad en la materia (Ley 26.061), hasta la llegada del nuevo horizonte trazado por el C. C. y C.

1.4 Naturaleza jurídica de la responsabilidad parental.

Desentrañar la naturaleza jurídica de la responsabilidad parental implica una tarea que de modo alguno se erige como sencilla y menos aún si sólo intentamos esta labor analizando las mutaciones de los valores sociales y culturales.

A ello, ya nos hemos referido.

Ahora bien, para aproximarnos a la naturaleza jurídica del instituto en estudio, debemos referir también y de modo integrador, a la inclusión de nuevos paradigmas constitucionales que se establecen en el nuevo cuerpo legal a modo de principios rectores, tales como: 1°) el interés superior del niño, 2°) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, 3°) la autonomía progresiva, y 4°) la participación procesal (arts. 639 y 707 C.C. y C).

El interés superior del niño sostiene la idea de que el niño o adolescente ocupa un lugar importante en la familia y la sociedad y, si bien es una noción de contenido indeterminado y abierto, en el caso concreto requiere del sentenciante “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. 3°, circunstancia para

la cual será imprescindible la intervención de especialistas quienes han de transmitirle las comprobaciones y resultados de su actividad profesional.

Es que en la mayoría de los casos y tal como se ha dicho en un fallo señero es el niño el "actor principal del drama que sufre".³

El derecho del niño a ser oído, implica la capacidad de intervención y participación y a que, su opinión sea tenida en cuenta en todos los procesos – y no sólo judiciales - que se afecten sus intereses directamente.

En cuanto a la autonomía progresiva, aquella se integra con lo apuntado recientemente, dejando en claro el nuevo cuerpo legal que:

“... 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”.⁴

Y justamente esta circunstancia de los menores de encontrarse “en desarrollo” tiene tal trascendencia que merece algunas consideraciones adicionales, que serán tratadas oportunamente, ya que en realidad modifica el régimen de capacidad acentuando el grado de madurez suficiente.

Ello implica dejar de lado la postura rígida del Código Civil por un mecanismo muchos más dinámico y ajustado a la realidad. Esta disposición se integra, entre otras, con el artículo 26 del C.C. y C. que constituye la aplicación práctica del principio de la capacidad progresiva y amplía el ámbito de intervención en función de la edad y grado de madurez, y con el artículo 639, inciso b, última parte, del mismo cuerpo legal, previendo

³C.Apel.Civ.yCom.,Sala II, Azul, “S. A., R. U. s/ Restitución internacional” del 27/10/2015. Recuperado el 11/05/2016 de <http://www.rubinzalonline.com.ar/fallo/13511/>

⁴ <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf?view=1>. Recuperado el 25/06/2016

que a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos, lo cual se corresponde con los artículos 3, 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y los artículos 3, 24 y 27 de la ley 26.061.

Y en tal sentido se ha expresado también la jurisprudencia afirmando: "Es que despersonalizar al niño por su corta edad, sometiendo la determinación de su residencia habitual exclusivamente a la voluntad materna, importa tanto como negar su subjetividad moral en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño (Preámbulo y arts. 1, 2, 3, 7, 11, 12 y ccdtes.)".⁵

Por lo expuesto, y sin ánimo de agotar aquí la idea, bien puede entenderse a la naturaleza jurídica de la responsabilidad parental "...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". (Cataldi, M., 2015, p.127).

A su turno, Cecilia Grosman (2006), la describe como una función que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados primordialmente a satisfacer el interés del niño o adolescente, en cabeza de ambos progenitores.

Pero también puede entenderse, siguiendo el criterio de Nélica Beroch (2008), como la protección integral de los hijos encomendada por el ordenamiento jurídico a los padres para posibilitar mediante sus cuidados que se dirijan con seguridad hacia un pleno desarrollo de la personalidad y un armónico crecimiento integral, en un gradual y progresivo paso a la autonomía jurídica plena.

⁵SCBA, "P., C. c/S.B.d.P., M. s/Exhortos y oficios", Causa N° 117351, del 16/04/2014. www.scba.gov.ar. Recuperado el 11/05/2016 de <http://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=92324>

A modo de cierre, surge oportuno destacar que, al respecto, el Máximo Tribunal ha tomado posición, y comprende al instituto como una “verdadera función social que los padres deben desempeñar en orden a la humanización de los hijos, con la pertinente garantía del Estado”, obligando al intérprete a dar, en cada caso individual, respuestas realmente coherentes con una acción proteccional bien entendida, conminando a “prestar especial atención a los niños como personas, enteramente revestidas de la dignidad de tales; titulares ahora mismo de unos derechos, cuyo ejercicio actual se proyectará ineludiblemente en la calidad de su futuro”.⁶

1.5 Conclusiones parciales

Durante el desarrollo del presente capítulo se ha pretendido una aproximación al instituto de la patria potestad, intentando delinear su alcance y caracterización bajo un marco histórico determinado, signado por un marcado poder central configurado por instituciones que han sufrido grandes mutaciones, algunas hasta desaparecer (ej. el pater familia).

Seguidamente se ha efectuado una reseña de lo que podría entenderse como concepto superador de la patria potestad, ingresando a la caracterización del concepto de responsabilidad parental, para desentrañar luego al estudio de la naturaleza jurídica de este instituto, entendido al cabo como una función auxiliadora.

Abrevadamente, podemos concluir diciendo que el contexto bajo el cual se inscribe el tema objeto de investigación, abarca de modo transversal los distintos estratos sociales e involucra mutaciones positivas reclamadas desde hace mucho tiempo.

⁶C.S.J.N., 2008/04/29“ M.D.H. c.M.B.M.F.” Fallos 331:941

Y lo dicho, halla franca correlación en la permanente dinámica de los cambios sociales que se han venido dando –con marcada aceleración desde principios de los 80’, de la mano de la restitución de la vigencia del sistema democrático- que impulsaron las modificaciones de las normas bajo estudio.

Lo oportunamente referenciado en cuanto a la justificación y relevancia de la temática elegida, de algún modo deja entrever el grado de trascendencia que para quien suscribe, posee la materia en estudio. De tal modo, y en cuanto a lo personal, la propia experiencia de vida ha sido inspiradora del análisis de las mutaciones del tejido social y su correspondencia con las respuestas –muchas veces escasas- que daba el marco jurídico positivo.

Así, habiendo superado con creces las cuatro décadas, con hijos entrados en la adolescencia, se han podido evidenciar en carne propia los cambios sociales, culturales, familiares, laborales, normativos y el aprendizaje diario que propone la vida misma; como así también los beneficios de una sociedad civil que no discrimina, comprensiva de la multiplicidad de los tipos de familia, marcadamente pluralista y multicultural, donde todos tienen derechos y obligaciones.

Puede claramente a través de la presente elaboración, reflejarse un análisis crítico respecto a la vetustez de ciertas instituciones hoy superadas por la realidad y por ello obsoletas a los fines de poder dar solución a los conflictos socio-familiares de la modernidad.

Sin embargo, la tarea se vuelve más difícil cuando se investiga en relación al nuevo cuerpo normativo que intenta dar soluciones a una diversificada fisonomía familiar, priorizándose las relaciones de coordinación –conforme el criterio adoptado por

la Prof. Guillermina Zabalza (s.f)⁷- dentro de una multiplicidad de sujetos de derecho e intentando armonizar con el principio de la autonomía de la voluntad, es decir, haciendo camino al andar.

Y cada uno y cada quien, con su impronta personal a cuestas, tiene lugar en este variado entramado social que se encuentra en los albores de un nuevo marco jurídico.

⁷Zabalza, G.(s.f.). Del derecho de familia al derecho de familias: las nuevas fuentes de parentesco y su impacto filiatorio. Recuperado el 11/05/2016 de <http://www.unicen.edu.ar/content/del-derecho-de-familia-al-derecho-de-familias-las-nuevas-fuentes-de-parentesco-y-su-impact-0>

Capítulo II. Marco Legal Regulatorio.

Introducción

El presente capítulo está destinado al tratamiento de las normas que se entienden conducentes para viabilizar de modo productivo la tarea investigativa en curso.

Es que, a los fines de encarar los objetivos oportunamente trazados, como asimismo internalizarnos en el desarrollo de la pregunta de investigación, no sólo debemos conocer el plano histórico sobre el que la temática está concebida, sino que además necesitamos una plataforma normativa sobre la cual sustentar la cuestión en ciernes.

Establecer un marco legal regulatorio implica disponer de un conjunto de normas y previsiones legales (decretos, leyes, reglamentos, acuerdos, tratados) que con sentido amplio interactúan entre sí y se encuentran conectadas en base a principios de aplicación general, siendo los ordenadores bajo los cuales se pueden juzgar las conductas de las organizaciones y de las personas, en tanto son dictadas para el cumplimiento de cada uno de los habitantes con el objetivo de mantener el orden y el mejor funcionamiento del estado.

Ahora bien, el marco legal regulatorio que se estudiará en este acápite tiene como finalidad coleccionar y conectar las previsiones legales vinculadas al objeto de investigación, puesto que ello nos brindará la posibilidad de avanzar en el análisis de los modos en que puede llevarse a cabo el ejercicio de la responsabilidad parental.

Y de su exhaustivo entrelazamiento, del propio andamiaje legal, de sus mecanismos de funcionamiento y del resultado de la utilización de las herramientas normativas dispuestas para la ejecución de dicho instituto, se nos permitirá un correcto abordaje del problema de investigación.

Al cabo, podrá entonces concluirse –y por ello la pertinencia del marco legal adoptado- si realmente ese modo de ejercitar las relaciones humanas dentro del nuevo concepto de responsabilidad parental permite ser armonizado con el principio de la autonomía de la voluntad de la persona.

Concretamente y en lo inmediato, será objeto de análisis en lo que a la temática particularmente refiere, la Convención sobre los Derechos del Niño y su aprobación a través de la sanción por Ley Nacional N° 23.849 (año 1990), ya que se entiende, ha sido la base fundamental para el diseño del nuevo paradigma.

Merecerá una reseña particular la Ley N° 114 de la Ciudad de Buenos Aires, en tanto con ello se intenta poner sobre relieve la trascendencia de las leyes locales que impulsaron los cambios en la materia.

A su turno se analizará la importancia de la incorporación de la Ley de protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley N° 26.061, sancionada durante el año 2005) que guarda estrechos vínculos con la CDN.

Ya como puerta de entrada al nuevo orden instaurado recientemente en materia civil y comercial, nos referiremos al dictado del Decreto 191/2011, mediante el cual fue conformada la “Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”, luego a la aprobación de la Ley Nacional N° 26.994 (año 2014) y por último a la puesta en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, dispuesta por la Ley Nacional N°

27.077, ensayando en este apartado una acotada crítica al legislador que, entendemos, pudo aquí haber sucumbido a la presión política del momento.

Con lo expuesto, debe dejarse sentado que el conjunto de normas que en el presente se han dispuesto como conformando un marco legal atinente a la temática bajo estudio, entendemos interactúan de modo interesante a los fines del abordaje del problema de investigación

Sin perjuicio de ello, de modo alguna queda obstaculizada la posibilidad de sumar otras previsiones legales al marco instrumentado, en tanto el espíritu amplio del que se impregna el ejercicio de la responsabilidad parental como así también la coherencia lógica y correspondencia normativa de esta elaboración, así lo requieren permanentemente.

2.1 Convención sobre los Derechos del Niño. Su aprobación por Ley Nacional N° 23.849, sancionada el 27/09/1990.

Incorporada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) se diferencia significativamente de tratados anteriores, ya que reconoce como sujetos de derecho a: niños, niñas y adolescentes, y, coetáneamente, convierte a los adultos en sujetos de responsabilidades.

Dicha Convención se alza de tal forma como el primer instrumento jurídico internacional que establece derechos humanos a favor de los niños, reconociendo derechos civiles en plano de igualdad con los adultos, circunstancia de suma trascendencia puesto que nunca antes había sido plasmada semejante herramienta contra

la discriminación y a favor del respeto, la igualdad y la protección de los derechos de todas las personas.

Asimismo, al tratarse de una convención en lugar de una declaración como los tratados antecesores, obliga a los Estados que la hayan incorporado, a cumplir sus artículos y garantizar los mismos, delineando el modo en que debe trabajarse en materia de políticas públicas respecto de personas menores de 18 años.

La CDN establece diferentes principios generales, a saber:

1. No discriminación en la igualdad de acceso a los derechos (art. 2).
2. Interés superior del niño en todas las medidas tomadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos (artículos 3, 9, 18, 20 y 21).
3. Derecho a la vida garantizando no sólo la supervivencia sino también el desarrollo del niño, ya sea físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social (artículo 6).
4. Respeto de las opiniones del niño, de acuerdo a las capacidades evolutivas del mismo, pudiendo participar en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos (artículo 12).

Sin temor a equívocos puede afirmarse que “La CDN es el máximo cuerpo legislativo de protección a los derechos de la Infancia y en nuestro país está incorporado a nuestra Constitución Nacional”.⁸

La Convención en Argentina fue ratificada a través de la sanción de la Ley 23.849 Nacional, circunstancia que promovió además la adecuación de nuestras leyes nacionales

⁸<http://www.elarca.org.ar/#/derechosdelnino/cleox>. Recuperado el 11/05/2016

a la CDN (ej. Ley 26.061 "Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes"-año 2005- que adopta la doctrina de la protección integral del niño).

En la misma sintonía debe señalarse la reforma constitucional de 1994, en la que los constituyentes otorgaron jerarquía constitucional a numerosos instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

En lo que a la Convención Sobre los Derechos del Niño respecta, ésta se ubica en la cúspide del derecho argentino, ya que el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional ha dispuesto que “los tratados tienen jerarquía superior a las leyes”⁹, de modo tal que aquella no sólo es parte del derecho interno, sino que además tiene “rango supra-legal”¹⁰ luego de la reforma de la Carta Magna de la Nación producida en 1994, criterio adoptado ya jurisprudencialmente.

A raíz de ello, bien puede decirse que nuestro país tiene un elevado estándar de protección constitucional en materia de derechos del niño.

2.2 Importancia de la ley N° 114, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada el 3/12/1998.

En sintonía con el horizonte trazado por la incorporación de la CDN en nuestro derecho positivo, sea a través de la aprobación de la ley nacional 23849, como de la profunda reforma constitucional dada en el año 1994, el derrame normativo se fue dando

⁹SCBA, “G.,F. S. s/Adopción”, AC. 72890 del 29/02/02. Recuperado el 14/05/2016 de <http://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=59736>

¹⁰ SCBA, “S.,G. B. p. s. e h. m. S. ,M. A. c/T. ,L. s/Filiación”, AC. 89299 del 23/11/05. Recuperado el 14/05/2016 de <http://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=22989>

a niveles locales y en tal sentido la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se convirtió en innovadora al sancionar durante el año 1998 la ley n°114.

Adentrados ya en un somero análisis, reflejo de su fiel contenido, principiaremos por adelantar que, en su art. 1° la norma referida textualiza: “Objeto. La presente ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Los derechos y garantías enumerados en la presente ley deben entenderse complementarios de otros reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, los Tratados Internacionales en los que el Estado Argentino sea parte y la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires”.

Asimismo, la ley 114 recepta la totalidad de los principios generales ya referenciados, sosteniendo el norte de la directriz trazada en el reconocimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes enumerados en la Convención de Derechos del Niño y en la Constitución Argentina.

Destaca como sus derechos fundamentales los concernientes a la vida, a la integridad personal, a la vida privada, a la identidad, a la salud, a la educación, a la convivencia familiar y a la preservación familiar, entre otros, sin discriminación alguna.

Adopta una marcada responsabilidad gubernamental comprometiéndose a garantizar el efectivo cumplimiento de sus derechos y remover obstáculos que impidan el pleno desarrollo de los niños, brindando además prioridad en la protección y asignación de recursos públicos destinados a la efectivización de sus derechos.

En lo concerniente a las políticas públicas se orienta hacia la descentralización de organismos de protección, promoviendo el incentivo de participación de distintos sectores de la sociedad y programas sociales destinados a fortalecer los vínculos familiares, respetando las formas alternativas de convivencia.

En cuanto a las garantías procesales destaca que el sujeto debe ser considerado inocente hasta tanto se demuestre su culpabilidad; debe bregarse por la igualdad en la relación procesal, proveérsele asistencia letrada especializada en niñez y adolescencia y, fundamentalmente se aboga por el derecho a ser escuchado personalmente por la autoridad competente en asuntos de su incumbencia tanto en instancias administrativas como judiciales.

De tal modo, el contenido de la ley 114 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires merece ser destacado por convertirse en punta de lanza, forjando los principios de la CDN en el marco de las leyes locales.

2.3 Ley Nacional N° 26.061, de protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, sancionada el 28/09/2005.

Ya hemos dicho que a partir de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990, con jerarquía constitucional desde la reforma de la Carta Magna efectuada en el año 1994, se han dado importantes avances en la materia, puesto que la CDN obliga a los países signatarios a adecuar sus marcos normativos para la plena protección y satisfacción de todos los derechos de los niños y responsabilizar al estado como garante de los mismos.

“Es decir, se elimina la concepción de los niños, niñas y adolescentes como objetos o personas definidos de manera negativa (por lo que no son, no tienen o no son

capaces) para ser considerados sujetos de derechos que gozan, por su condición de niños y personas en crecimiento, de un plus de protección”.¹¹

El compromiso asumido vio reflejada su adecuación con la sanción durante el año 2005 de la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes¹², (Ley 26.061) que adopta el sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes diagramado en la CDN, como así también sus principios generales rectores.

Esta ley deroga la anterior Ley de Patronato de Menores, vigente desde 1919 y representa un punto de inflexión en la forma de concebir a la infancia y su relación con el Estado, con la familia y la comunidad.

Es que la antigua ley de Patronato de Menores marcaba grandes desigualdades y como bien lo describe la Lic. en Trabajo Social Sandra Ripoll (s.f),

“Se diferenciaba al niño que tenía una familia y estaba escolarizado, del que se encontraba en riesgo social y tenía como único camino la minoridad. A éste último se lo alojaba en un hogar por la judicialización de su situación y ésta se hacía en nombre del “peligro moral y material que le provocaba su familia”. Así, “...al niño más que pensárselo como un sujeto que tenía derechos, se lo tomaba como un objeto de protección alejándolo de la familia”.¹³

Por ello, uno de los cambios más significativos y de mayor trascendencia es el corrimiento de los Juzgados de Menores de esta problemática, ya que el viejo régimen

¹¹<http://www.unicef.org/argentina/spanish/protection.html>. Recuperado (01,04,2016)

¹²<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

¹³Ripoll, S. (s.f), “Cambios en las políticas sobre infancia”. Recuperado el 12/05/2016 de <http://www.fcpolit.unr.edu.ar/cambios-en-las-politicas-sobre-infancia/>

tutelar estaba compuesto por institutos de menores regidos por una lógica judicial, en cambio, a partir de la ley 26061 lo que se ha dado en llamar “sistema de protección integral”, implica que todas las instituciones del Estado (tanto sea un centro de salud, como una escuela, entre otras), son responsables de proteger los derechos de los niños; lo que significa que la responsabilidad sobre el mismo empieza a distribuirse en los diferentes estamentos públicos que conforman el “Sistema de Protección”, sobre el que mucho se ha escrito (Del Valle Messi y Danieli, 2012).¹⁴

De tal modo, y como lo apuntaban oportunamente en sus fundamentos los legisladores, en el ámbito del Honorable Congreso de la Nación, al momento de dar tratamiento a la creación de la Comisión Bicameral de la Defensoría de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, ello con el objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 26.061, “Su sanción significó un cambio de paradigma por el que los niños, niñas y adolescentes dejaron de ser objeto de tutela del Estado para pasar a ser sujetos de Derechos. Es decir, comenzaron a tener status de ciudadanos plenos”.¹⁵

Se fue superando así la tristemente célebre Ley de Patronato, primera ley de minoridad de América Latina, que durante todo el siglo pasado había consolidado la intervención del Estado en la vida de los niños en situación de pobreza concediendo amplias y arbitrarias facultades de tutela a los jueces para disponer respecto de su destino.

La importancia de la ley 26.061 radica en que, todos los organismos nacionales, provinciales y municipales, entidades y servicios, ya sea de gestión estatal o privadas, que

¹⁴Del Valle Messi M. y Danieli M.E (2012), “Sistemas de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes : recorridos y perspectivas desde el Estado y la sociedad civil. Recuperado el 12/05/2016 de http://www.proed.unc.edu.ar/publicaciones/librosdigitales/Libro_sistemasdeproteccion.pdf

¹⁵<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=7275-D-2013>. Recuperado el 10/05/2016

diseñan, orientan y ejecutan, como así también supervisan las políticas públicas en cualquiera de sus ámbitos, destinadas al restablecimiento de los derechos de los niños y adolescentes, conforman lo que se ha dado en llamar un “sistema de protección”¹⁶ cuyo fin consiste en promover y accionar los medios tendientes a asegurar el efectivo goce de los derechos mencionados al amparo del reconocimiento dado por nuestra Carta Magna, como así también en la CDN. Y la efectividad del sistema de protección se basa particularmente en la descentralización, razón por la cual resulta menester que los estados provinciales tengan su propia ley de protección y dispongan de los servicios necesarios para realizar eficazmente las gestiones conducentes a tales fines.

En la práctica y muy paulatinamente, la ley 26.061 fue generando cambios sustanciales en la vida de los niños y niñas.

Entre ellos, puede señalarse que la intervención de los magistrados sólo debe darse cuando se trata de problemas jurídicos o conflictos con la ley penal, siendo las medidas que eventualmente se adopten de corte transitorio y determinado, con la efectiva obligación de oír al niño quien a su vez tiene derecho a un debido proceso con todas las garantías, incluida la asistencia letrada profesional.

Se han formulado –aunque siempre escasas– políticas públicas básicas orientadas a promover los derechos de los niños (educación, salud, etc.) y de protección especial (subsídios directos, por ejemplo) intentando dar cumplimiento a la promoción de sus derechos y su bienestar. Hoy nadie discute que la situación económica nunca podría dar lugar a la separación del niño de su familia. A lo sumo, ello debiera encender una alerta que obliga al Estado a apoyar a la familia mediante programas de salud, vivienda, educación.

¹⁶<http://www.unicef.org/argentina/spanish/protection.html>. Recuperado (01,04,2016).

Ahora bien, así como es cierto que la ley 26.061 establece un nuevo paradigma y nadie puede negarlo, no es menos cierto que muchos de sus postulados se asimilan a meras declamaciones ya que, convertirlos en realidad, implica el impulso de políticas públicas de mediano y largo plazo y partidas presupuestarias progresivas y sostenibles en el tiempo, “preciados bienes” que por estos lares se destacan por su escasez.

2.4 Decreto 191/2011, P.E.N., B.O. 28/02/2011, de designación de la “Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”.

Las importantes mutaciones dadas en el seno de la sociedad, apuntaladas por los cambios de paradigmas normativos ya referenciados fueron dando paso a nuevos criterios y modos de percibir cuestiones vinculadas a la persona humana, la capacidad de las personas, la infancia, la adolescencia, la familia.

Al respecto y como ya fuera señalado, la realidad actual demuestra que la dinámica familiar ha cambiado sobremanera y aparecen nuevos roles y distintos formatos ante la presencia de nuevos protagonistas en el ámbito familiar, en el marco de una sociedad civil marcadamente pluralista y multicultural.

Sin ir muy lejos en el tiempo, esta circunstancia ha sido positivamente plasmada y en tal sentido el art. 7 del Decreto 415/2006, reglamentario de la ley N° 26061, dispone los distintos modos o acepciones que quedan comprendidas dentro del grupo o núcleo familiar, incluyendo tanto al de origen como al de la familia ampliada, en un profuso espectro que abarca tanto líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad como

así mismo a miembros de la comunidad que mantengan vínculos significativos y afectivos en la historia personal del niño.

Ante tal cuadro de situación social, a principios de 2011, y a través del decreto 191/2011 el Poder Ejecutivo Nacional decidió constituir la «Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación»,

La misma, conforme lo dispuso el art. 3° de dicho decreto, "...se integrará con los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctores Ricardo Luis Lorenzetti, quien actuará como Presidente, y Elena Highton de Nolasco y la Profesora Aída Kemelmajer de Carlucci..." desempeñando sus cargos "ad honorem",¹⁷ conformando de tal modo un encumbrado, excelso y selecto grupo de profesionales del derecho muy a la altura de las circunstancias.

Esta comisión recibió aportes y propuestas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, de numerosos juristas que intervinieron como asesores técnicos, profesores que brindaron su cooperación en las áreas de su especialidad (algunos de ellos incluso extranjeros) y entregó su proyecto al Poder Ejecutivo que, con algunas modificaciones, lo remitió para su tratamiento por el Congreso Nacional.

2.5 Ley Nacional N° 26.994, de aprobación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, sancionada el 1/10/2014.

¹⁷<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/179643/norma.htm> .Recuperado el 10/05/2016.

El Parlamento, reunido en Comisión Bicameral (creada por resolución conjunta de ambas cámaras) dio tratamiento al proyecto y, finalmente durante el año 2014 aprobó sus 2671 artículos mediante la ley 26994 que dispuso su vigencia a partir del 1 de agosto de 2015, fecha a partir de la cual el Código de Vélez Sarsfield quedó derogado luego de 145 años de vigencia.

Con lo expuesto, queda claro que el nuevo Código Civil y Comercial Unificado fue producto de estudio, análisis y debates de la comunidad jurídica argentina y sociedad en general, logrando reflejar los nuevos paradigmas y principios que fueron cobrando vida en las prácticas sociales y culturales vigentes, “*aggiornando*” las pautas interpretativas del plexo normativo.

Siguiendo la destacada doctrina autoral de Yuba, G. (2015)¹⁸, y específicamente en referencia al art. 75 inc. 23, en las últimas décadas la dinámica social, los cambios socio culturales, familiares; como las relaciones interpersonales, han contribuido a la vigencia de principios inmersos en tratados de derechos humanos, cobrando resignificación social y legal, protegiendo a los más vulnerados de una manera integral y más efectiva.

En consonancia con la reforma constitucional del año 1994, el nuevo Código toma con especial consideración los tratados de Derechos Humanos y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad, receptando la constitucionalización del derecho privado y estableciendo una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado.

¹⁸Yuba, G. (2015). Los cambios de paradigma en el nuevo Código Civil y Comercial. Influencia en el Derecho de Familia. http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/los_cambios_de_paradigmas_en_el_nuevo_codigo_civil_y_comercial.pdf. Recuperado (01,04,2016).

En ese sentido Rivera (2014, p.3) sostiene que, "... la incidencia del derecho supranacional en el derecho interno es obvia. Por un lado la reforma constitucional de 1994 ha zanjado toda duda sobre la jerarquía de los tratados con relación a las leyes; y en particular la adhesión a un sistema supranacional de derechos humanos tiene una directa influencia sobre la validez de las leyes y decisiones judiciales que quedan sometidas no solo al control de constitucionalidad sino también al de convencionalidad...".

De tal modo, bien puede concluirse por afirmar que con la aprobación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha cambiado el escenario jurídico nacional con la identificación de nuevos paradigmas interconectados entre sí, y en lo que al Derecho de Familia refiere (paradigma protectorio, no discriminatorio, de igualdad, de inclusión) se encuentra netamente influenciado por la vigencia de los principios generales rectores establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño (Yuba, 2015).¹⁹

2.6 Ley Nacional N° 27.077, de modificación de la puesta en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, sancionada el 16/12/2014.

La Ley 26.994 aprobó un nuevo Código Civil y Comercial unificado para comenzar a regir a partir del año 2016. Así lo dispuso en su art. 7°.

De tal modo, el nuevo cuerpo legal de la Nación, tenía fecha original de puesta en vigencia prevista para el 1° de enero de 2016.

¹⁹Yuba, G. (2015). Los cambios de paradigma en el nuevo Código Civil y Comercial. Influencia en el Derecho de Familia. http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/los_cambios_de_paradigmas_en_el_nuevo_codigo_civil_y_comercial.pdf. Recuperado (01,04,2016).

Sin embargo, a partir de una modificación dispuesta por el Congreso Nacional, por medio de la Ley N° 27.077, sancionada el 16 de diciembre de 2014 y promulgada por Decreto 2513/2014, finalmente comenzó a regir desde el 1° de agosto de 2015, modificándose así la fecha que al efecto había previsto la ley 26.994.

Como fiel reflejo de lo expuesto, uno de los diarios más prestigiosos del país en su publicación del día sábado 1° de agosto de 2015 tituló: “Entra en vigencia hoy el nuevo Código Civil de la Nación. Empieza a regir con cambios muy concretos en la vida cotidiana de los argentinos. Hoy cambian las reglas de juego en la vida cotidiana. Ya nada es igual ante la ley: nacer, casarse, tener hijos e incluso morir. Hoy entra en vigor el nuevo Código Civil de la Nación...”²⁰

Al respecto, una de las grandes preocupaciones de los juristas radicaba en la cuestión relativa al modo de aplicación del nuevo plexo normativo en relaciones jurídicas ya dadas y establecidas al momento de entrada en vigencia del nuevo cuerpo normativo, siendo que las soluciones que éste propicia distan considerablemente de las dadas en el anterior C.C.

Es que, justamente de ello debiera ocuparse lo que se ha dado en llamar el derecho transitorio, cuyo origen se remonta al Derecho Romano y en particular a la regla teodosiana comprendida en el Código de Justiniano (año 529), conforme lo explicaran Gavernet y Mojer (2003, págs. 161 y 167).

La propia autorizada pluma de Julio Cesar Rivera (2015) advierte que cuando existen mutaciones normativas de significancia, el legislador con ojo previsor debe formular anticipadamente un conjunto de normas de derecho transitorio para solucionar

²⁰ Recuperado el 01/04/2016 de <http://www.lanacion.com.ar/1815430-entra-en-vigencia-hoy-el-nuevo-codigo-civil-de-la-nacion>.

los posibles conflictos que puedan plantearse, del modo efectuado ante la sanción y vigencia del Código Civil Alemán de 1900, el Código Civil de Italia de 1942, el Código Civil de Quebec de 1994.

Pues bien, poco y nada de ello ocurrió en nuestro caso y el legislador se asimiló a un desmemoriado que dejó en el olvido las fuentes básicas del derecho.

En tal sentido, el apuro le ganó a la razón y el nuevo C. C. y C. solamente dedicó un sólo artículo genérico al respecto (art.7), complementado por uno específico para las prescripciones (art. 2537) y otro del mismo tenor dedicado a la separación personal (art.8).

De tal modo, el art. 7º, refiere a la eficacia temporal, e indica: "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".

En los términos descriptos, y conforme surge de su lectura, no es difícil colegir que el legislador bien pudo haber dedicado un mayor esfuerzo para evitar que se originen vacíos legales en la puesta en funcionamiento del nuevo régimen legal.

Regulado así de un modo muy genérico, las distintas cuestiones que podrían suscitarse encuentran espacio propicio para conflictos que eventualmente deberán ser dirimidos por los jueces.

Por ello, en este aspecto y a modo de crítica, puede sin prurito alguno afirmarse que el legislador ha padecido el síndrome de la frazada corta.

2.7 Conclusiones parciales.

Con ánimo de completitud e integridad se ha pretendido en el presente capítulo dejar sentadas las bases normativas de la temática bajo análisis, determinando el marco legal regulatorio sobre el que sustenta su plataforma positiva.

Ello claro, sin arrogarse la potestad de pretenderla como un número cerrado de normas, sino por el contrario, teniendo por cierto que la amplitud del ejercicio de la responsabilidad parental implica el entrelazamiento con un sinnúmero de previsiones legales, en tanto se trata –nada más, ni nada menos- del desenvolvimiento de la vida misma de las personas.

Transitando la elaboración de este segundo capítulo del T.F.G., se ha efectuado un somero tratamiento y análisis de las normas que de algún modo fueron construyendo la piedra basal del presente normativo, advirtiéndose la vital trascendencia que para su cometido tuvo la aprobación de la Ley Nacional N° 23.849, que en el año 1990 incorporó a nuestro país como signatario de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), como así también la importancia de la reforma de nuestra Carta Magna, efectuada durante el año 1994, celebrándose su derrame normativo en el derecho local de aquellos principios generales dados por la CDN, cobrando así protagonismo –entre otras- la Ley N° 114, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada el 3/12/1998.

Posteriormente, con innumerables discusiones y devaneos previos que demoraron su elaboración, dimos cuenta del advenimiento al derecho positivo de la Ley Nacional n° 26.061 que adopta la doctrina de la “protección integral del niño”, representando un punto de inflexión en la forma de concebir a la infancia y su relación con el Estado, con la familia y la comunidad, derogando a su antecesora ya anacrónica, Ley de Patronato de

Menores, vigente desde 1919. Configuró además, un verdadero cambio de paradigma considerando a los niños y adolescentes verdaderos y plenos sujetos de derechos.

Y esta punta de lanza que penetró el cuerpo normativo otrora en vigencia, quedó alojada en su interior marcando a fuego su destino.

Razones sociales, políticas y jurídicas, entre otras, impulsaron luego la creación de una Comisión reformadora cuya misión culminó con la presentación del proyecto de reformas al Congreso Nacional que, mediante la Ley Nacional N° 26.994 puso en marcha un novel cuerpo legal, acorde a las circunstancias socio-económicas y témporo-espaciales de la época actual, adoptando un plexo normativo largamente esperado.

Como corolario de lo expuesto, y ya particularmente en lo concerniente a la problemática objeto de investigación, debe señalarse que este innovador conjunto de normas sistematizadas en el C. C. y C., no intenta bajo ningún aspecto dejar bajo el colchón todo lo normado con anterioridad, ni abolir la autoridad del progenitor.

Puede entenderse que su función ha sido complementaria, realizando una serie de modificaciones en los intereses de todos los actores, adaptándose a las Convenciones Internacionales, que a partir del cambio de nuestra Carta Magna en el año 1994, tienen jerarquía constitucional, y coloca particularmente al menor como sujeto de derecho desde una dinámica más participativa en las relaciones jurídicas.

Y si bien aquella punta de lanza ya reseñada, introducida con la incorporación de la ley Nacional N° 26.061, se destacaba por considerar a los niños y adolescentes como verdaderos y plenos sujetos de derechos, lo cual nos permitía comprender la mutación trasuntada en el ejercicio de las relaciones paterno/filial; la configuración de un nuevo plexo normativo en la materia –que acaba de ser analizado- nos permite aunque sea apriorísticamente adelantar –ya sí- que el marco legal adoptado, resulta pertinente para el

desarrollo armónico del ejercicio de la responsabilidad parental respetando íntegramente la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad de la persona.

Sin perjuicio de lo expuesto, sólo el devenir de la progresiva aplicación de las previsiones legales en juego y los herramientas que provea el Estado para la efectiva concreción de las premisas sentadas en la CDN, nos permitirá demostrar si la reciente conclusión apriorística es factible de ser conformada o, si por el contrario, merece ser rectificadas.

Capítulo III: La funcionalidad del instituto de la responsabilidad

parental.

Introducción

Sentadas las bases del marco legal regulatorio sobre el que sustenta su plataforma positiva el instituto de la responsabilidad parental, el presente capítulo pretende enfocar el objeto de investigación desde un análisis de la dinámica funcional tanto de los sujetos de derecho que son parte en la conflictiva familiar, como asimismo de los agentes estatales cuya actividad se encuentra encomendada por ley.

De tal modo, se intentará profundizar el conocimiento de las facultades que tienen los sujetos-partes de la situación litigiosa, como así también arrojar claridad respecto del modo en que deben encarar su intervención los magistrados y demás operadores del derecho.

En tal sentido, la pertinencia y coherencia lógica de las cuestiones sobre las que gira el presente capítulo, respecto a la hipótesis de trabajo ya formulada, radica en que, del andamiaje de la propia interacción de los sujetos antes referenciados, podrá desentrañarse la posibilidad de comprender si el efectivo ejercicio de la responsabilidad parental permite compatibilizar con el pleno respeto por el principio de la autonomía de la voluntad o si, por el contrario, ello es sólo una utopía.

Se principiará por establecer el piso de marcha sobre el que se asienta la temática en estudio. En tal caso, podremos afirmar sin hesitación alguna que el plexo normativo ya ha nacido y se halla en vigencia. Y no es poca cosa.

Ahora bien, como ya fuere anticipado, el presente trata la dinámica misma de la conflictiva. Ello conlleva analizar una amplia gama de cuestiones, tales como determinar si la problemática concreta que se presenta ante los estrados merece tutela judicial efectiva, caso afirmativo, establecer la competencia de los órganos que deben intervenir, si deben hacerlo también otros profesionales con capacitación específica, quiénes son los actores con legitimación, instrumentar herramientas para garantizar los derechos del niño, establecer cuál es el objeto del litigio, entre otros. Es decir, abarca un sinnúmero de situaciones que deben ser examinadas.

Y en su devenir, nunca debe dejar de tenerse presente que quienes detentan la parentalidad, tienen ante sí la menuda tarea de “criar un hijo”, circunstancia que comprende los más distintos aspectos en la vida del menor, con fuerte incumbencia en su proceso de socialización primaria.

Es por ello, y no caprichosamente, que habiendo analizado el marco legal regulatorio, podemos afirmar que el plexo normativo que sustenta la plataforma positiva del instituto en ciernes, ya ha nacido.

Contrariamente, en su faz dinámica, creemos que la responsabilidad parental se halla en estado de desarrollo gestacional, por cuanto en su funcionalidad, y más allá de la descripción que seguidamente se efectuará, existe un largo derrotero por desandar.

Y en su transcurrir, emerge como fundamental, cual faro que guía el trazado del navegante, la presencia insoslayable de las políticas de Estado. Sin ellas, estaremos a la deriva.

3.1 Desarrollo gestacional del instituto de la responsabilidad parental.

El fenómeno de la constitucionalización del derecho privado comienza a vislumbrarse desde 1994 con la reforma de nuestra ley suprema, al demostrarse un desplazamiento del centro gravitacional en el orden jurídico. Se amplía la cúspide de jerarquización de las fuentes del derecho -primigeniamente constituida sólo por la C.N.- al ser incorporados los tratados internacionales de derecho humanos (art. 75 inc. 22 CN) dentro del “bloque constitucional”. Dichos tratados ya no son derecho internacional, sino derecho interno.

Este acontecimiento, da origen a cambios trascendentales en el ámbito de las relaciones jurídicas que ya no podían ser resueltos por el Código Civil en vigencia y que hasta el momento trataban de ser paliadas por innumerables leyes complementarias y vía jurisprudencial.

El nuevo C.C. y C. incorpora la normativa internacional de Derechos Humanos y la hace parte del derecho común. Esta circunstancia imprime un fuerte impacto en el ámbito del derecho general, particularmente en el ámbito de familia y -dentro de ella- el tema en cuestión, las relaciones parentales y la autonomía de la voluntad.

Se puede observar en su Libro Segundo, Título VII y en relación al tema que nos compete, cambios en los contenidos y vocablos que se “*aggiornan*” con los existentes en los diversos Tratados de derechos humanos, al hacer mención al ejercicio de la responsabilidad parental en sustitución de la patria potestad. Esta nueva designación resulta más apropiada a los tiempos que corren, y ha sido ponderada por los legisladores cuando en pos del menor, en busca de su desarrollo integral, dejan plasmados cambios

sustanciales en la función de los progenitores para lograr ajustarse a los cambios que la sociedad toda reclamaba, y estar en armonía con el derecho internacional.

La tarea de quienes detentan la parentalidad, abarca diversos aspectos sociales en la vida del menor y principalmente influyen en su proceso de socialización primaria, donde el mismo va adquiriendo autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos donde se vea afectado (art. 5 y 12 CDN).

Esta concepción, garantista nuestra que en el reciente Código en vigencia no sólo se reconocen los derechos de los niños en los distintos ámbitos sino que no da lugar a errores cuando de su letra se advierte que ante colisión de derechos e intereses con otros también legítimos, donde sean partícipes los niños y adolescentes, éstos prevalecerán por sobre los otros (Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, 2014).

Es importante, entonces tener en cuenta que para que efectivamente las normas relativas a los derechos humanos puedan ser ejercidos, por quienes la detentan y en la medida de sus posibilidades, deben existir herramientas adecuadas que propendan a tal fin.

Este cambio, como se ha dicho ut supra, no es sólo terminológico, ya que implica una transformación profunda en las relaciones entre padres e hijos -acorde a las exigencias de una sociedad del siglo XXI- en los alcances de la institución y en su contenido. Se intenta, entonces, y en forma horizontal, que las relaciones familiares se planteen bajo un mismo equilibrio cuyo sustento sea la igualdad y solidaridad entre todos los partícipes y afianzando de este modo la “democratización de las relaciones familiares” (Lorenzetti, 2015, p. 268).

3.2 Utilidad de la nueva concepción de responsabilidad parental para la resolución de la conflictiva familiar. Beneficios de su marco conceptual

Siguiendo a doctrinarios de reconocida trayectoria en la materia como Kemelmajer de Carlucci A., Herrera M., y Lloveras N. (2014) y entrando ya en la esfera donde adquiere dinámica el instituto de la responsabilidad parental y específicamente frente a la resolución de conflictos familiares, puede advertirse con sólo seguir la letra del art. 641 del C.C. y C. que la misma se encuentra inmersa en una serie de reglas que rigen su ejercicio, dando diferentes respuestas frente a situaciones complejas y cotidianas. A modo ejemplificativo puede citarse: desacuerdos entre progenitores, delegación del ejercicio a terceros, ejercicio de la responsabilidad en manos de progenitores menores, entre otros.

La titularidad de la responsabilidad parental corresponde a los progenitores, salvo que existan causales de privación o que se hubiese extinguido (arts. 700 y 699 del C. C. y C., respectivamente).

Surge, una distinción - no menor - por cierto entre titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental donde los concedores del derecho advierten que, mientras el ejercicio supone “ámbitos de actuación práctica”, otorgando el desarrollo de ciertas facultades que la propia titularidad confiere y cuya delimitación surge del ordenamiento jurídico; cuando se habla de los “titulares” de la responsabilidad parental, se está haciendo referencia a deberes-derechos y reposa en ambos progenitores sean o no convivientes (Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, 2014, p.45).

El art. 641 del C. C. y C. indica cómo opera el ejercicio de la responsabilidad según sea la situación en que se encuentren los miembros de la relación.

En tal caso, si los progenitores son convivientes, (art. 641 inc. “a”) el ejercicio corresponde a ambos – nótese que es indistinto si el hijo es fruto o no del matrimonio– sustentado este criterio en la convivencia con el hijo, y al encontrarse el progenitor con un contacto próximo con el menor, se facilita de esta forma las condiciones para quienes deben cumplir con sus deberes y pudiendo así ejercer los derechos que este régimen les reconoce.

Esta convivencia genera una presunción, implícita entre ambos cónyuges en la ejecución de cualquier acto, que únicamente y en forma expresa podrá indicarse su negativa. Acto que deberá efectuarse ante autoridad competente.

Si por el contrario los progenitores no son convivientes (inc.”b”) el ejercicio igualmente corresponderá a ambos, como se ha dicho ut supra, siguiendo las mismas directivas respecto a la presunción dada en el inciso anteriormente referenciado.

En el inciso “c”, se preveen casos de imposibilidad, sea física o jurídica, imposibilidades que indefectiblemente hacen que la responsabilidad recaiga sobre el otro progenitor.

Y en los dos incisos restantes (“d” y “e”) se prevee la situación del hijo extramatrimonial cuyo emplazamiento jurídico filial es único o doble respectivamente.

En caso de que se esté ante un emplazamiento jurídico filial de un solo vínculo, la responsabilidad parental recae sobre el emplazado, pues es el único que ostenta el estado familiar.

En la segunda situación jurídica, se está frente a un progenitor que fue emplazado objetiva o voluntariamente y otro progenitor cuyo emplazamiento tuvo origen en una sentencia judicial. Motivo éste, que genera la atribución de la responsabilidad sólo a quien ha actuado objetiva o voluntariamente. Los entendidos del derecho, consideran que

dicha atribución unipersonal tiene fundamento en ese actuar voluntario del progenitor, haciendo una doble valoración, por un lado el sujeto sobre quien recae la responsabilidad y por el otro las condiciones de quien asuma tal responsabilidad (Abella y Sabene, 2016).

Continuando con la lectura del nuevo plexo normativo, es importante detenerse ahora en el art.645, donde el precepto y en relación a hijos con doble vínculo filial, requiere la conformidad expresa de los dos progenitores para determinados actos, rompiéndose aquí la regla presuntiva sustentada en el art. 641 incs. a y b.

Siguiendo la línea de doctrinarios de la talla de Abella A. y Sabene S., y en relación, específicamente a la autorización para contraer matrimonio (art. 645 inc. “a”) es que para interpretar correctamente la norma, es necesario detenerse en la letra de los art.403 inc. “f” y 404 párrafos 1 al 3, pues existe un estrecho nexo entre los artículos nombrados, situación que amerita una evaluación conjunta conforme la conexidad normativa. Al hacer remisión al inc. “f” del art. 403 se resalta que la “edad núbil”²¹ se adquiere a los dieciocho años, condición “sine qua non”, o se estaría ante un impedimento matrimonial por no cumplir con la edad mínima requerida.

Al referir al art. 404 y los incs. “a” y “b”, la distinción tiene sustento en la edad del menor que desea contraer matrimonio. Distinguiendo, de qué modo o quién va a otorgar la mentada autorización. Cuando el menor tuviere entre 13 y 16 años, podrá llevar adelante el acto jurídico sólo mediando dispensa judicial previa. – Art. 404 inc. a .

En caso de que el menor, superara los 16 años, podrá contraer matrimonio con autorización de sus progenitores, sin necesidad de dispensa del juez – art. 404 inc. b - como ocurría en el código ya derogado. De lo que a las claras se infiere, que los

²¹ Abella N. y Sabene S. (2016). “Responsabilidad parental: titularidad y ejercicio”, *Cuaderno Jurídico de Familia* (69), 16.

representantes legales al autorizar al contrayente, enervan no sólo la incapacidad, sino que junto a ello se estaría dispensando el impedimento matrimonial.

En el 645 inc. b, el fundamento en la autorización conjunta por parte de los progenitores, para “ingreso a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad”, tiene basamento en que desde el momento que se efectiviza la autorización, hay un desplazamiento en el sujeto que ejerce la autoridad sobre el menor, pasando a asumirla quien tenga a cargo la dirección del establecimiento que dio motivo a la petición. Nótese que hubo cambios en lo que a éste inciso respecta entre la normativa hoy vigente y el código velezano derogado.

En el inciso “c”²², entiende Adriana Krasnow (2015), que puede apreciarse un cambio positivo en la norma, pues hace una distinción en el motivo de la solicitud.

No es lo mismo cuando el motivo de requerimiento genere perder momentáneamente -en sentido témporo espacial- contacto con uno de los progenitores, (por ejemplo para vacacionar en el exterior) que si la petición indefectiblemente obliga a que el menor resida en otro país por un plazo prolongado con uno de sus progenitores. Pudiendo esto repercutir negativamente sobre el menor, afectando el interés del mismo, habrá entonces que hacer una valoración muy minuciosa, sin perder de vista quién es el sujeto y que puede ser afectado con el desplazamiento de su centro de vida. En este sentido la C. Civil y Comercial de Azul, ha entendido que “ante casos dudosos, no resulta conveniente alterar el centro de vida del niño, ni modificar el vínculo con el padre no conviviente”.²³

²² Art. 645 inc. c “autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero”.

²³ CCiv.yCom. Azul, sala I, 2012/12/04, “B.N. c. F.,C.E.”. La Ley Online ar/jur/63707/2012.

El inc. "d"²⁴, deja en claro que la regla pasó a ser la capacidad, razón habilitante para actuar en juicios. Entonces, a modo excepcional, cuando expresamente una norma lo disponga ha de requerirse el consentimiento dual de los progenitores.

La misma doctrinaria ya citada, Adriana Krasnow (2015), remite al art. 677²⁵ segundo párrafo del flamante código para confirmar lo antes expresado.

En cuanto a la adolescencia, se entiende que abarca desde los trece y hasta los dieciocho años²⁶, y se presume que quien se encuentre comprendido entre estas edades tiene autonomía suficiente para actuar autónoma o conjuntamente con sus progenitores en procesos judiciales, con asistencia letrada.

En el mismo sentido y a modo ilustrativo basta con hacer una lectura de los art. 680²⁷ y art. 30²⁸ del C. C. y C. donde no se deja dudas sobre la capacidad del menor ya que indica que el mismo puede actuar por sí, tanto en causas de índole civil o penal donde puedan verse comprometidos sus bienes, adquiridos frutos del ejercicio de su profesión, sin necesitar autorización alguna, como en causas donde sea criminalmente acusado o sobre reconocimiento de hijos.

²⁴ Art. 645 inc. d "autorizarlo para estar en juicio, en los supuestos en que no pueda actuar por sí;"

²⁵ Art. 677 (2° párrafo) "Se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con lo progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada".

²⁶ Art. 25 (2° párrafo). "Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años".

²⁷ Art. 680 "El hijo adolescente no precisa autorización de sus progenitores para estar en juicio cuando sea acusado criminalmente, ni para reconocer hijos".

²⁸ Art.30 "La persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella".

Por último, el inc. "e"²⁹, deja previsto que sólo excepcionalmente la administración de los bienes de los hijos va a quedar en manos de uno de los progenitores, o sea que por regla ha de efectuarse conjuntamente (Krasnow, 2015).

En todos los casos, regulados por el art. 645, culmina la norma indicando que de no consentir alguno de los progenitores por encontrarse con imposibilidad manifiesta o por cualquier otro motivo que genere su negativa, deberá resolver el magistrado interviniente en favor del interés familiar y haciendo primar siempre el interés superior del niño y sus derechos.

3.3 Caracterización y configuración del plan de parentalidad.

La familia es un sistema compuesto por miembros que actúan interconectados, sujetos a compromisos y necesidades no siempre visibles a quienes sean ajenos. Cualquier modificación en su seno, repercute en su estructura provocando un impacto directo multidireccional.

La exteriorización de los cambios en la dinámica familiar, el surgimiento de las nuevas formas familiares y organizaciones de la familia, han sido la punta de iceberg y motivos fundantes de los cambios que se vislumbran en el ordenamiento jurídico interno, dando cumplimiento así a los tratados internacionales. Cambios que se adaptan a los tiempos presentes, tendientes a resolver las diversas cuestiones en el ámbito socio-familiar, poniendo énfasis ahora en los niños y no en la convivencia de los progenitores. Cuestión que solamente hasta el momento encontraban solución por vía jurisprudencial.

²⁹Art. 645 inc .e. "administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto en este artículo".

A modo introductorio, primeramente habrá que detenerse en el art 648 del C.C. y C y dejar en claro la distinción que existe entre el cuidado personal y el ejercicio de la responsabilidad parental. Siendo el primero “uno de los deberes y derechos de los progenitores que se derivan del ejercicio de la responsabilidad parental” (Krasnow, 2015, p. 903).

La norma otorga diferentes consecuencias jurídicas según sea la situación convivencial de los padres, motivo éste de vital transcendencia al momento de determinar si el cuidado personal ha de ser asumido en forma unilateral o dual por los progenitores (art. 649 C.C. y C.).

A su vez, el cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto siendo éste la regla. En el caso de ser alternado el menor convive por lapsos de tiempo discontinuos con sus padres según la dinámica y conveniencia familiar, pero cuando el cuidado personal es indistinto, el menor tiene como residencia principal el domicilio de uno de los padres, aunque al momento de tomar resoluciones que afecten al cuidado del hijo, serán ambos signatarios equitativamente de dicha tarea (art. 650 C. C. y C.).

El art. 655³⁰ del C. C. y C. hace eco a la problemática relativa al cuidado de los hijos, y ante conflictos de los progenitores, brinda a éstos la posibilidad de presentar propuestas en referencia al cuidado de sus hijos. Dando la posibilidad a quienes se encuentran involucrados a plantear diferentes ideas, pues al ser los protagonistas, conocen –o deberían conocer- cuál puede ser la mejor solución o alternativa a la

³⁰ Art. 655 “Los progenitores pueden presentar un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo, que contenga: a. lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor; b. responsabilidad 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 el plan de parentalidad y en su modificación.”

conflictiva familiar vigente. Facultando a los propios padres a la elaboración y presentación de un plan donde puedan decidir cómo organizar la convivencia con el hijo (Cataldi, 2015).

Plan que puede sufrir modificaciones cuando la dinámica familiar lo crea conveniente, siempre ponderando las necesidades del grupo familiar, y haciendo partícipe al hijo tanto en el momento de hacer las propuestas, como en las modificaciones que pudieran surgir a posteriori. Denotando así total flexibilidad en los acuerdos, siendo ésta la base que se pregona en todo el ordenamiento.

Este nuevo marco regulatorio, otorga una herramienta valiosísima, donde los padres se ven forzados a asumir las obligaciones que les competen frente a los derechos de sus hijos y bajo un entorno de cordialidad (Chechile, 2015).

El art. 656³¹ privilegia las alternativas compartidas como modo de resolución de conflictos, sea tanto en la responsabilidad parental, como en el cuidado de los hijos. Y establece cuales son las distintas soluciones que han de tomarse según las circunstancias del caso, es decir ante la inexistencia de acuerdo o cuando el acuerdo no es homologado.

Ante inexistencia de convenio será el órgano jurisdiccional competente, quien deba fijar el régimen sobre el cuidado de los hijos, priorizando inexorablemente la modalidad compartida indistinta, salvo que advierta una opción con mayores beneficios, en miras del interés superior del hijo, motivo que previamente deberá tener sustento suficiente como para que se otorgue en forma unipersonal o alternada.

³¹ Art. 656 “Si no existe acuerdo o no se ha homologado el plan, el juez debe fijar el régimen de cuidado de los hijos y priorizar la modalidad compartida indistinta, excepto 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”.

El cuidado personal unipersonal, sólo será atribuido excepcionalmente (art. 651) ya sea como resultado de una petición fundada por parte de los padres en forma conjunta o unipersonal, o de oficio por parte de la judicatura, y sólo cuando medien razones fundadas - previo evaluación exhaustiva y concreta de la situación – y en beneficio del interés del hijo.

En determinadas ocasiones, frente a un entorno familiar desfavorable que ponga en riesgo al niño, niña o adolescente o sus bienes, el juez se encuentra facultado para apartar temporariamente al menor de su núcleo familiar, o centro de vida (denominación dada ya en la ley 26.061). La resolución debe fundarse en hechos o actos de extrema gravedad contrarios al interés del niño y temporariamente otorgar la guarda a un pariente. El guardador será quien tome las decisiones que afecten la vida diaria del niño, pero la titularidad y ejercicio y derechos de la responsabilidad la conservan los progenitores (art.657 C. C. y C.).

Esto muestra que cuando se habla del cuidado de los hijos, la situación puede dirimirse en la justicia, a pedido de los progenitores o de oficio del juez. Ello siempre será tomando como base el criterio que pregonan el Código Civil y Comercial hoy en vigencia, cual resulta ser el de la autocomposición, con sustento en el principio de la autonomía, siempre que no se encuentre comprometido el interés superior del hijo y que denomina normativamente “Plan de parentalidad” (Krasnow, 2015,p.906).

3.4 Rol protagónico del juez y de los operadores judiciales

El hombre es un ser social, y como tal necesita relacionarse, vivir en sociedad. Surgen así, vínculos o lazos interpersonales que eventualmente conllevan a una relación

familiar. Este tipo de relaciones no siempre se desarrollan en un ámbito cordial o adecuado para sus integrantes, haciendo indispensable la búsqueda de vías de solución de la conflictiva familiar.

El derecho de familia, es un derecho de especificidad, atento a la sensibilidad de las relaciones que se encuentran en juego, motivo que lo distingue de un típico proceso civil.

El juez tiene una participación procesal activa, encamina la actuación de las partes y de los auxiliares de la justicia. Debe adoptar las medidas necesarias y oportunas tendientes a lograr la efectividad en sus resultados.

Dada la complejidad de la dinámica familiar, se requiere también del auxilio de personal especializado en áreas afines con la naturaleza del ser humano, que se encargan de evaluar a los involucrados en la conflictiva socio-familiar. Hablamos de profesionales que participarán del proceso emitiendo distintos informes de tipo socio-ambiental, psicológicos, psiquiátricos, etc. que han de otorgarle al juez una perspectiva más exacta, real de la conflictiva, el menoscabo sufrido por uno, varios o todos los miembros de una familia, y arribar a posteriori a una resolución equitativa y favorable para los implicados. El magistrado debe, en la medida de sus posibilidades incentivar a las partes a consensuar en un acuerdo que satisfaga al conjunto de los partícipes, y sólo intervenir cuando se contraríen derechos o los fines perseguidos en el acto (Lorenzetti, 2015).

Los principios generales del proceso, si bien no pueden suministrar un procedimiento único en el proceso de familia, sirven como indicadores mínimos e inquebrantables impuestos por los legisladores, que han de guiar la actividad a desarrollar por la judicatura, tratando de aunar criterios (Lorenzetti, 2015).

Las pautas legales sustanciales y formales, se apartan del clásico esquema adversarial de resolución de conflicto para dar inicio a una nueva forma de litigio que se debe adaptar a las particularidades propias del entramado familiar y los delicados intereses que ella involucra.

El art. 706³² parraf.1° del C. C. y C. nos indica cuales son los principios generales citando taxativamente a la tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. Su incumplimiento deviene en serias consecuencias jurídicas.

Muchos de estos principios, son comunes a todas las ramas del derecho razón que motiva sólo expresarse sobre los que tengan injerencia directa con el tema en análisis.

Si bien es cierto que no existen principios de primer o segundo rango cuando de derechos se habla, no lo es menos que -cuando de desavenencias familiares se trata-, la importancia de la inmediatez del juez, resulta preponderante en el marco de los procesos de familia. Basta, hacer una lectura de diferentes arts. (404³³ y 405³⁴ 2° párrafo, entre otros) donde el juez tiene contacto directo y personal con las partes, representantes, peritos, etc. Principio de inmediatez que lleva implícito la oralidad.

Lorenzetti (2015) entiende que esta comunicación directa con las partes, es de vital importancia pues el magistrado percibe *inmediatamente* a través de sus sentidos,

³²Art 706 “El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente.
a) Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos.
b) Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario.
c) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.”

³³ Art. 404 2° párr. “El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes y con sus representantes legales”.

³⁴ Art. 405 2° párr. “El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes; también puede hacerlo con su o sus apoyos, representantes legales y cuidadores, si lo considera pertinente”.

escucha e interroga a los miembros asegurando así el éxito del acto. Las audiencias son el modo de efectivizar esta comunicación, donde la judicatura no sólo otorga el derecho que la ley le confiere a las partes –derecho a ser oído- sino que cumple con sus deberes como funcionario judicial, dejando constancia escrita de los resultados a los que se ha arribado.

La inmediatez, adquiere nuevamente relevancia en el art.707³⁵ pues es el contacto entre el magistrado y los sujetos protegidos por la norma, lo que ha de permitir al funcionario, arribar objetivamente a una conclusión donde ha de tenerse en cuenta sus opiniones, haciendo una valoración según sea el grado de madurez de aquellos.

Este principio no sólo permite al juez conocer a los miembros de la contienda, sino que otorga un mejor panorama de la situación socio-familiar, aclarando problemáticas que han de servir como herramientas de sustento, con valoración objetiva al momento de sentenciar, bregando en pos del bienestar general y particular de los implicados, evitándose en oportunidades dilaciones innecesarias, que no aportan nada al proceso.

El principio de oralidad, que ya ha sido explicado aunque escuetamente, se cumplimenta y hace efectivo en el desarrollo de las audiencias, aunque no en su forma pura, ya que se deja constancia de ellas en actas mediante la escritura.

La doctrina sostiene que se debería hablar de “Proceso que se desarrolla a través de audiencias” (Lorenzetti, 2015, p.568), ya que tiene inexorablemente conexión con el principio anteriormente explicado.

El juez aprecia las conductas, expresiones, actitudes y demás ademanes de los sujetos que integran el proceso, evita intermediarios y se pone en conocimiento de

³⁵ Art. 707 “Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso”.

cuestiones sobre las cuales deberá expedirse. Actúa como un director en el proceso, guiando a las partes, haciéndoles saber cuáles son sus derechos y obligaciones. En este ámbito el nuevo Código pretende revalorizar la oralidad en desmedro del tradicional principio escriturario, atento a los innumerables beneficios que aporta y en la medida de lo posible.

Indubitablemente quien asuma el rol de juez, tiene a su cargo un fuero con ciertas particularidades, que permanentemente va mutando en nuevas, únicas e irrepetibles crisis familiares, que han de ser abordadas minuciosamente. Frente a situaciones tan intrincadas, es entonces que este Fuero, no pueda actuar sólo con intérpretes del derecho, sino conjuntamente con un equipo multidisciplinario integrado por conocedores de otras ciencias, a fin de solucionar, o prevenir las controversias familiares o sus agravamientos posteriores. Ello encuentra concordancia con lo que se predica en las llamadas 100 reglas de Brasilia³⁶, cuando se habla de cooperación entre las distintas disciplinas y hace referencia a la creación de órganos integrados por profesionales, operadores y servidores del sistema judicial que en forma mancomunada actúen en beneficio de los más vulnerables (Lorenzetti, 2015).

La especialización nuevamente hace lo suyo en la ley Nacional N° 26589, que instauro el procedimiento de mediación previo a la instancia judicial, conformado por mediadores de familia con capacitación (art. 33), regulando la mediación familiar (art. 31). Y continúa comprometiéndose al crear un Registro de Mediadores Familiares reglamentado por decreto (Decreto 1467/2011, art. 27).

³⁶ Recuperado el 06/06/2016 de http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?folderId=71898&name=DLFE-3157.pdf

Cada provincia ha de adecuar la normativa adjetiva a la sustantiva, tratando de “aggiornarse” legislativamente para poder saciar las necesidades de quienes recurren a la justicia en busca de soluciones o alternativas a las problemáticas sociales cotidianas.

Puede observarse gran flexibilidad en la materia cuando se habla de “puesta en marcha o funcionamiento” y, a modo ejemplificativo puede vislumbrarse por parte de las jurisdicciones provinciales un gran compromiso en este ámbito expuesto por caso a la creación en la Prov. de Bs. As. (Ley 11453) de la figura del “consejero de familia”, como asimismo sus funciones y herramientas previstos legalmente en el art. 833 del C.P.C.C. de la prov. antes citada.

Las provincias, localmente, han de ser las que infundan vida al derecho sustantivo, contribuyendo activamente en su accionar procesal para la “puesta en funcionamiento” de todo el aparato institucional en miras de dar cumplimiento a los derechos que nuestra Carta Magna y Tratados Internacionales pregonan y abrir así nuevos horizontes frente a las constantes mutaciones en las organizaciones familiares.

Otro principio rector es el de Oficiosidad que se hace presente y es directriz normativa en los “Procesos de familia”, pues el juez tiene amplias facultades dispositivas.

Con ello, nuevamente se demuestra una diferencia con el proceso civil ordinario donde son las partes quienes inician e impulsan el proceso. A modo ilustrativo puede citarse los arts. 579³⁷ o 709³⁸ primera párrafo del C. C. y C. donde se admite pruebas a solicitud de la judicatura. Esto no una decisión legislativa “caprichosa”, sino que tiene

³⁷Art. 579 1ºparr. “En las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte.”

³⁸ Art 709 1ºparr. “En los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente.”

total injerencia y marca tendencia en la materia, pues el juez actúa como un verdadero director del proceso, con amplios poderes -aunque no por ello discrecionales- y si bien el impulso inicial corresponde a las partes, su prosecución será a instancia del órgano jurisdiccional.

Surge del segundo párrafo del art. 709³⁹, una excepción al impulso de oficio antes mencionado, y ello tiene su razón de ser, pues a entender de los concedores del derecho cuando de cuestiones económicas se trate, serán las partes quienes deban iniciar y continuar el accionar ante el órgano jurisdiccional con el objeto de arribar a una resolución que ponga fin a la situación controversial.

El acceso limitado al expediente, es principio rector en los procesos de familia y así lo dispone la letra del art. 708⁴⁰ primer párrafo, al preveer que sólo puede ser consultado por determinados sujetos. Nos encontramos ante cuestiones que atañen a la esfera íntima familiar, y por tanto han de quedar reservada sólo a ellas. Poder acceder libremente a la información que surge en estas causas, sería inmiscuirse en la privacidad de los involucrados. Este principio, está protegido constitucionalmente en los art. 18⁴¹, 19⁴² y en el art. 16⁴³ de la CDN.

El acceso limitado a la información, se extiende más allá de la imposibilidad de lectura del expediente, y prohíbe la difusión de cualquier dato que haya sido tema de

³⁹ Art 709 2ºparr. “El impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces”.

⁴⁰El acceso al expediente en los procesos de familia está limitado a las partes, sus representantes y letrados y a los auxiliares designados en el proceso.

⁴¹ Art.18 CN “...El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación...”.

⁴² Art.19 CN “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados...”.

⁴³ Art.16CDN “1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

debate en el proceso de familia. El principio de reserva de las actuaciones, es otra excepción a la regla general de publicidad de los actos que emanan de los procedimientos judiciales y sólo pueden ser remitidas bajo determinados requisitos que se establecen en la 2º parte⁴⁴ del artículo de marras.

Queda nuevamente demostrado que estamos en un Fuero con características únicas, con protección jurídica en el ámbito interno como externo. Las partes ponen de manifiesto sentimientos, afectos, sensaciones, al dejar al desnudo la “interna” familiar merecedora de seguimiento constante por parte de los legisladores en aras de buscar alternativas ante las transformaciones y/o contingencias familiares.

3.5 Conclusiones Parciales

Como ya se ha dicho antes, el hombre como ser social necesita convivir con sus pares y al interrelacionarse, pueden producirse conflictos o “roces” que no siempre encuentran solución dentro de la esfera íntima familiar, siendo entonces necesaria la intervención Estatal en busca de alternativas o respuestas ante las problemáticas específicas.

Y el rol de los representantes del Estado ha sido objeto de tratamiento en este apartado, en cuyo transcurrir se han ido delineando las funciones de jueces y operadores del derecho, como así también el norte signado dentro del marco de sus actividades.

Las sociedades van mutando, sufriendo transformaciones que ponen a prueba constantemente a los conocedores del derecho como a las distintas instituciones que “hacen” al Estado y exigen cambios acordes a los tiempos que se viven. Al vislumbrarse “aires” de

⁴⁴En caso de que las actuaciones sean ofrecidas como prueba ante otro juzgado, se debe ordenar su remisión si la finalidad de la petición lo justifica y se garantiza su reserva.

renovación, se promulgan “normas aisladas” a modo de “parches” tratando de dar respuesta a la imperiosa proclama social.

En nuestro país, estas reformas parciales pudieron paliar acotada y momentáneamente las problemáticas interpersonales, ya que en oportunidades han generado desarmonías en el sistema, o desajustes legislativos, que han obligado a la jurisprudencia a tomar postura, en oportunidades contradictorias, frente a cuestionamientos propios de una sociedad que muestra estar “viva”, y en cambio permanente.

El nuevo plexo normativo, viene a subsanar no sólo cuestiones de fondo en las relaciones familiares sino que también ha de dar cumplimiento a las disposiciones Constitucionales y tratados en ella incorporados desde que fuera modificada en 1994.

Pueden advertirse cambios en la terminología, quedando ya de lado las denominaciones tradicionales, gestándose así nuevos términos que han de ser trascendentales en “las reglas de juego”.

A modo ilustrativo, basta detenerse un instante en el concepto que esgrime el art. 638, cuando define la responsabilidad parental. Este cambio nomenclativo marca un punto de inflexión entre el rol de los padres frente a sus hijos, situación que ha de repercutir en el vínculo paterno-filial tornando a los padres como orientadores de los hijos menores de edad. A ello nos referimos cuando destacamos los beneficios de su marco conceptual.

El niño es ahora un sujeto pleno de derecho, con capacidad de guiar sus acciones en concordancia con el grado de madurez y desarrollo adquirido, es decir a medida que va creciendo va adquiriendo mayor madurez y esta condición le permitirá ser autónomo progresivamente en el ejercicio de sus derechos.

Se habla de la familia con una visión totalmente “abierta” que ha de ser permeable a variaciones constantes, dejando ya en meros recuerdos aquella rigidez vetusta ,que

identificaba al ya derogado Código, y al que se debían someter quienes acudían a los edificios tribunales en busca de resoluciones poco legisladas hasta el momento en nuestro país.

El nuevo Código Civil y Comercial, plantea un nuevo paradigma en el derecho de familia, el juez tiene una participación dinámica, directa, “inmediata” con quienes solicitan ayuda Estatal y/o Institucional, actuando como intermediario en búsqueda de acuerdos consensuados entre quienes integran la conflictiva familiar. Se habla de equipos técnicos auxiliares que asistirán a los magistrados, con especialización en la materia que han de proveer de toda la información socio-familiar que el juez requiera oportunamente.

Los progenitores, pueden consensuadamente hacer presentaciones de acuerdos y o modificaciones posteriores ante la judicatura respecto al cuidado de sus hijos, contacto entre el hijo y el padre no conviviente, dando siempre participación al menor, y ejerciendo así constantemente el derecho a ser oído tan pregonado en diversas normas internacionales.

Entonces, bien podemos concluir que se inicia así una “nueva era” cuando de derecho de familia se habla, pues se intenta que sean los propios damnificados por la crisis familiar, quienes participen activamente en la búsqueda de soluciones lo menos traumáticas posibles a sus conflictos.

De tal modo, y conforme lo escrito, vale razonablemente colegir que serán los jueces, operadores del derecho e instituciones del Estado (pueden también incluirse las ONG) quienes deberán garantizar el cumplimiento de los principios generales aplicables en el procedimiento de familia.

Pero dentro del marco de esa actividad, no lo harán sólo como meros rectores del proceso, toda vez que su intervención debe ser activa y diligente, orientada a proveer la paz social, con marcada colaboración, asesorando o interviniendo ante las contingencias sociales, para salir rápidamente de la disfunción y lograr ágilmente retomar una dinámica que permita mejorar la calidad de vida de los sujetos inmersos en la crisis familiar.

Capítulo IV: Aplicación jurisprudencial.

Introducción

Durante este capítulo se abordarán cuestiones de carácter práctico e interpretativo, en tanto se pretende aquí efectuar una aproximación al conocimiento de las respuestas dadas a las nuevas demandas originadas en el actual entramado social.

En tren de avanzar en la elaboración cuya temática nos inspira, habiendo forjado el conocimiento de la materia a través del estudio del marco histórico como así también de la realidad actual del instituto en ciernes, sustentado luego en el análisis de la plataforma normativa que sirve de basamento positivo y en el desarrollo de las funciones de los operadores del derecho, arribamos finalmente al tratamiento de la cuestión en su aspecto práctico.

Particularmente, consideramos que, del entrelazamiento del marco legal regulatorio previsto para llevar a cabo el ejercicio de la responsabilidad parental, con el desarrollo de la actividad de los jueces y demás operadores del derecho en la utilización de las herramientas dispuestas para la ejecución de dicho instituto, y la interpretación normativa que los magistrados efectúen al momento de dictar sus fallos, irá surgiendo con meridiana claridad la respuesta a la hipótesis de trabajo oportunamente formulada.

Es decir, indagar si realmente ese modo de ejercitar las relaciones humanas dentro del nuevo concepto de responsabilidad parental permite armonizar con el principio de la autonomía de la voluntad de cada sujeto de derecho. He aquí, la pertinencia,

correspondencia y coherencia lógica de éste capítulo con la finalidad de la elaboración emprendida.

Y justamente el estudio de la cuestión en su aspecto práctico queda centralizado en el abordaje de las respuestas dadas por los jueces a las situaciones conflictivas puestas a su conocimiento, de allí la importancia del análisis de la aplicación jurisprudencial.

Entendida la jurisprudencia como conjunto de fallos, sentencias o resoluciones judiciales que sobre una materia concreta y determinada ha sido vertida por los jueces u órganos judiciales competentes, y que por su trascendencia deciden el camino de posteriores sentencias, gráficamente nos revela su matiz práctico, por cuanto ello implica dar una solución a una cuestión de la realidad sometida a litigio. Asimismo, la finalidad de la jurisprudencia resulta ser el hecho de evitar diferentes interpretaciones a una misma situación jurídica.

Particularmente, la etimología de la palabra nos remite al término latino “*iuris prudentia*”, desprendimiento a su vez del término “*iuris*” (que significa: derecho) y del término “*prudentia*” (derivada de la voz: “*prudens*”, que equivale a conocimiento o sabiduría).

Según Ulpiano –destacadísimo jurista romano-, “La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas con la ciencia de lo justo y de lo injusto”. En tal sentido, los romanistas contemporáneos Gavernet y Mojer, refieren que a criterio de los romanos el conocimiento de la realidad implica verdadera sabiduría, siendo por ello que “Sólo el conocimiento de la verdad contenida en la realidad permite aplicar adecuadamente a los hechos el derecho” (2003, p.20).

A siglos de distancia de aquella época, ¡cuánta actualidad se avizora!

Parece decirle al juzgador que la premisa fundamental para decidir ajustado a derecho radica en poder desentrañar la esencia de cada cosa y la verdadera voluntad de cada sujeto. Realmente, ¡suena aleccionador!

Ya en el desarrollo del capítulo, y en tarea de hilvanar fallos relacionados a la cuestión bajo estudio, será objeto de análisis permanente la siempre latente pregunta de investigación destinada a examinar si el ejercicio de la responsabilidad parental puede ser armonizado con el principio de la autonomía de la voluntad de la persona.

Por ello mismo merecerá un apartado especial discernir respecto de las implicancias de la directriz trazada por la CDN, cual resulta ser el “Interés superior del niño”. En este sentido, el acceso efectivo del mismo a la justicia sólo será verdad -y no se convertirá en letra muerta- si se respeta el derecho a “ser oído”. Es que, sólo así, podrá conocerse desde su propio intelecto –quizás en oportunidades con auxilio profesional- la real autonomía de la voluntad de ese niño-sujeto de derecho.

Tal circunstancia práctica y concreta permitirá concluir al cabo –y por ello la pertinencia de incorporar fallos que reflejen la actividad jurisprudencial- si realmente ese modo de brindar soluciones a los conflictos surgidos como consecuencia de las relaciones humanas dentro del nuevo concepto de responsabilidad parental, permite o no, armonizar con el principio de la autonomía de la voluntad de la persona.

De tal modo, la respuesta a la hipótesis de trabajo irá contorneando precisiones, dentro del marco de actividad jurisprudencial que si bien deja vislumbrar una copiosa doctrina autoral, particularmente en lo que respecta a la aplicación jurisprudencial, entendemos, no deja de hallarse en estado de gestación.

Y es justamente esa lectura del cuadro situacional la que nos permite augurar una perspectiva futura saludable en el entendimiento que todos los poderes del Estado en

general, y los operadores del derecho en particular, tienen claro que la instrumentación de las medidas tendientes a fortalecer el desarrollo integral de la niñez es un camino iniciado pero sin retorno. Allanarlo no parece ser sólo una sugerencia, es una obligación del Estado.

4.1. Cuestiones generales

Durante alrededor de una década, distintos gobiernos, organizaciones no gubernamentales, dirigentes, expertos, educadores y especialistas de todas partes del mundo trabajaron analizando y diagramando un conjunto de normas tendientes a la promoción del desarrollo de los derechos de los niños.

De tal modo, se obtuvo como resultado un documento consensuado que basa su espíritu en la protección y el desarrollo armonioso del niño, intentando compatibilizar sus reglas con los principales sistemas jurídicos del mundo, dando vida a la Convención de los Derechos del Niño.

Como ya se ha dicho en su momento, al tratarse de una Convención en lugar de una declaración como los tratados antecesores, obliga a los Estados que la hayan incorporado. Y ello no es un dato menor.

En primer lugar, los Estados Partes, deben armonizar no sólo sus cuerpos normativos, sino que además se hallan obligados a adoptar herramientas y políticas acordes por un lado, y por otro y se hallan compelidos a abstenerse de tomar cualquier medida que eventualmente pudiere abrogar los derechos de los niños.

Asimismo, también se ejerce sobre los Estados Partes un adecuado contralor. Y lo hace, a través del Comité de los Derechos del Niño, que es un organismo cuya sede está

en Ginebra (Suiza) y tiene como función vital verificar la aplicación de los términos de la CDN.

Para ello, requiere en forma periódica a los distintos gobiernos adheridos a la CDN que elaboren informes del estado de situación en que se encuentran las condiciones de desarrollo de los derechos de los niños en sus respectivos países, los que son exhaustivamente analizados por un grupo de expertos independientes que conforman dicho Comité.

Si tenemos en cuenta que la CDN se encuentra ratificada por casi doscientos (200) países, advertiremos la trascendencia internacional de la misma y podremos afirmar que se erige en el tratado de derechos humanos con mayor adhesión en el mundo. Vale destacar que tanto Estados Unidos (por razones de técnica legislativa) y Somalia (por cuestiones políticas) no han ratificado aún este acuerdo.

De ello se desprende que dentro del marco de la comunidad internacional, merced a los esfuerzos de los Estados Partes, y sin perjuicio de los valores éticos y culturales que la propia diversidad ofrece, es posible perseguir objetivos comunes, reflejados en este caso a la formulación de programas orientadores a la protección de los derechos de los niños⁴⁵.

Ergo, ha venido al mundo para cambiar las cosas. Semejante aspiración tiene como eje central el reconocimiento del niño como un ser integral, un ser humano titular de sus propios derechos.

Y en tal sentido, en algunos países -por ejemplo, Argentina- ha producido una mutación normativa y jurisprudencial de singular importancia puesto que da vida a una

⁴⁵ Recuperado el 10/06/2016 de http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30229.html

serie de nuevos institutos –por caso, la responsabilidad parental- que tienen como norte el reconocimiento de la autonomía de la voluntad del ser humano, y particularmente del menor de edad.

En particular, una de las mayores mutaciones normativas se ha dado en el marco del derecho de familia, siendo de fundamental importancia la misma puesto que, una de las singulares funciones de aquel radica en que sus normas constituyen herramientas indispensables para el dinamismo y el cambio social.

Como lo tiene dicho autorizada doctrina, esos cambios no se producen por obra y arte de la mera existencia de la propia ley 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” (Cataldi, 2015, p.130).

4.2. *Interés superior del niño. Derecho a “ser oído”.*

Avanzando en el desarrollo de esta elaboración y habiéndose dado tratamiento en el apartado anterior a las cuestiones generales que hacen a la Convención de los Derechos del Niño, se abordará en el presente y en particular, su “derecho a ser oído”.

De tal modo, hemos de comenzar afirmando que al ser ratificada la CDN por nuestro país *a través de la Ley Nacional N° 23.849 (1990)* y luego incorporada a la Constitución Nacional en su reforma de 1994 (ver art. 75, inc. 22 CN) se han sentado las bases de un nuevo derecho de familia, constitucionalizado, universalizado y humanizado - tal como lo solía denominar Germán Bidart Campos -, que refleja a la sociedad actual intentando hacer frente a una materia pendiente, cual resulta ser la de modificar nuestras

leyes relacionadas con la infancia y el derecho de familia, adaptándolas a la luz de los derechos humanos.

Es que, tal como oportunamente fuere reseñado los tiempos actuales parten de una relación “paterna-filial” que podríamos llamar “democratizada”, en la que, gradualmente se ha reconocido el “derecho a ser oído” de niños y adolescentes, factor esencial en la recomposición del sistema de diálogo a través del reconocimiento del otro como persona “aunque se encuentre en desarrollo”.

Coetáneamente, los avances científicos permiten hoy arribar a un mayor conocimiento de la psiquis humana, pudiendo concluir que la formación de dicha estructura se origina durante la infancia, razón más que suficiente para entender que, desde ese entonces, el sujeto debe ser provisto de la contención necesaria que le permita utilizar las herramientas para hacer frente a las vicisitudes de la vida.

Recién así podrá tener el niño la oportunidad para forjar su propio destino en un ámbito de libertad puesto que, al cabo, se trata nada más ni nada menos del desarrollo de las nuevas generaciones respetando los derechos de la misma especie, es decir, los derechos humanos.

Ahora bien, ese norte señalado por la CDN puede caer en letra muerta si el Estado no propicia las circunstancias necesarias para ello, ya que la formación de la estructura psíquica del infante puede verse alterada si el mismo padece hambre, si no tiene contención familiar, si no tiene acceso a controles médicos y otros factores que resultan determinantes.

Por ello, como ya se ha reseñado más arriba, bienvenida esa saludable mutación comunicacional dada en el marco de la relación padre/hijo evidenciada en la época actual. Pero la misma necesita ser reflejada en otras relaciones que exceden el seno familiar.

Ergo, debe también ser considerada en el marco de las demás instituciones ya que la CDN obliga a los Estados Partes a instrumentar políticas en tal sentido.

De tal modo, incluidos dentro de los llamados derechos de participación, se encuentran los derechos de los niños a ser escuchados, otorgándole voz a los fines de que se puedan respetar e interpretar debidamente las expresiones de su voluntad.

El art. 12 de la CDN prevee que debe ser garantizado el derecho de los niños a ser oídos y expresarse libremente en todos aquellos procesos, sean judiciales o administrativos, que le conciernen en tanto se hallen implicados sus derechos.

El entramado social y familiar actual nos enfrenta a una realidad compleja signada por la amplitud de sujetos convivientes en el marco de nuevos núcleos familiares. Ante este panorama, el Estado-parte se encuentra compelido a orientar políticas tendientes a dotar de herramientas que permitan la plena participación del niño en los procesos.

Esta participación reviste determinadas características, a saber: la misma puede ser directa o indirecta –a través de un representante-; puede ser citado o impulsar su propia comparecencia; sus motivaciones deben ser evaluadas, consideradas y decididas.

Se apunta a garantizar la participación del menor y su derecho a ser oído en todos los asuntos que le conciernen, y particularmente los relacionados a la responsabilidad parental (juicios de divorcios, alimentos, tenencia, visitas, lugar de residencia, etc.)

Al respecto, autorizada doctrina autoral tiene dicho que: "La ley ritual debería fulminar con la nulidad toda actuación judicial que afecte a un niño y en la cual éste no haya tenido la debida participación. La preservación del interés del niño reclama que los asuntos que le conciernen no se ventilen a sus espaldas, y su condición de sujeto de derechos obsta a que pueda ser objeto de marginación" (Mizrahi, 2004, p.113).

4.3 *Recepción jurisprudencial de los derechos del niño.*

El presente apartado pretende, aunque someramente, demostrar que el marco regulatorio en vigencia se muestra apto para dar variadas respuestas a la problemática social actual.

A sabiendas del abarcador alcance de la temática analizada y lo complejo de la misma, se pretende con extractos de distintos fallos, graficara la cuestión examinada.

Al respecto, nuestra legislación admite la posibilidad de realizar acuerdos de ejercicio compartido de la patria potestad. Por esta razón, y tal como ha sido recepcionado jurisprudencialmente, “Se homologan los acuerdos, siempre que no afecte el interés del niño. Los padres son los que están en mejores condiciones de definir si puede ser cumplido. Siempre se debe escuchar al niño o adolescente para definir su mejor interés”.⁴⁶

Paralelamente, como fiel reflejo de la legislación y de la necesidad de adaptación a las demandas sociales, señera jurisprudencia ha marcado definiciones en tal sentido, dejando sentado que “La tenencia compartida o alternada podrá articularse mediante convenios a través de los cuales los interesados buscan compartir de una manera más o menos igualitaria el trato y responsabilidad respecto de la formación educativa de los hijos, destacándose la participación de ambos padres en la ejecución de los atributos emergentes de la patria potestad, con el objetivo de garantizar el contacto permanente del

⁴⁶C.N.Civ., Sala J, 1998/11/24, “P, F. E. y P, E. N.”, L.L. 1999-D-477

menor y de brindar un modelo de organización familiar que se asemeje a la familia intacta”.⁴⁷

Y si bien es cierto que, para el caso de progenitores no convivientes debe mantenerse el ejercicio de la responsabilidad parental en cabeza de ambos, no lo es menos que, sea por decisión jurisdiccional o por voluntad de ellos, pueda atribuirse el ejercicio de la función a sólo uno de ellos, favoreciendo el interés superior del niño.

Esta directriz ha sido recogido jurisprudencialmente, al entenderse que mantener el ejercicio compartido de la patria potestad significa sostener en la conciencia de los progenitores la responsabilidad que sobre ambos pesa respecto del cuidado y educación de los hijos, no obstante la falta de convivencia; preservando de tal modo 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 patrimonio de los hijos”.⁴⁸

Se requiere una posición activa de ambos padres y que ellos no abandonen su función de tales, por el hecho de no ser convivientes. Es decir, se intenta de este modo revitalizar la dinámica que conlleva la tarea formativa de un niño, reclamando trato frecuente, acciones e intercambios indispensables para profundizar los vínculos afectivos.

Esta idea central halla franca correlación con la repercusión del tema dentro del marco del derecho comparado y particularmente puede señalarse que en la “Conferencia Internacional sobre la Igualdad Parental” llevada a cabo en el año 1999 en Langedac (Francia) los delegados de todos los países participantes concluyeron que la custodia compartida representa los mejores intereses de los niños, los padres y la sociedad en

⁴⁷ ST Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, 1997/10/08, “B., A. B. c. T., M. H.”, L.L. 1998-F-569

⁴⁸ CNCiv., Sala F, 1987/10/23, “G., M. M. y Otro”, L.L.1989-A-95; CNCiv., Sala D, 1995/11/21, “L de A., M. C. y A., J. E.” L.L., 1996-D-678

general, determinándose como prioridad que merecía el sostén de cada Estado, la promoción de este principio.⁴⁹

Ahora bien, en los acuerdos que los padres puedan celebrar, los hijos ya no serán un “convidado de piedra”, y justamente el interés de éstos será el límite de los padres para diagramar el plan o sistema de organización.

Aun así, también los jueces tienen dicho que “...la palabra del menor no es vinculante y debe valorarse con los restantes elementos del juicio”.⁵⁰

Todo aquel que es padre puede en carne propia constatar diariamente que, muchas veces, los menores emiten opiniones o deseos incompatibles con su mejor interés. Pues bien, será tarea del juzgador –a veces con el auxilio de profesionales de distintas áreas– desentrañar o desenmascarar la voluntad real subyacente.

Particularmente, para aquellos casos en que los hijos ponen de manifiesto su negativa a la revitalización de vínculos, se instrumentan herramientas profesionales terapéuticas tendientes a su rehabilitación, pero de ningún modo podrán ser obligados o forzados, puesto que con ello se derrumbaría su capacidad plena como “sujetos de derecho”.

En tal sentido, jurisprudencialmente se ha afirmado que “Resulta lesivo a los derechos del niño compelerlo por vía violenta a tener trato con el progenitor. La visita forzada o la imposición de una convivencia conflictiva, contraría los deseos del hijo de manifestar sus verdaderos afectos”.⁵¹

⁴⁹Recuperado el 07/06/2016 de <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=1932-D-2008>

⁵⁰ CNCiv., Sala H, 1997/10/20, “L., D. A. c. D., N. B. s. tenencia de hijos”, L.L. 1998-D-261

⁵¹ CNCiv., Sala E, 20/02/1989, “B., L. C. c. C., O. A.”, E.D.,136-685

Por ello, bien puede afirmarse que, si luego de la intermediación profesional puesta al servicio tendiente a arbitrar los medios necesarios para una recomposición de lazos, aun así, la situación conflictiva perdura, habrá que dar lugar al mantenimiento del statu-quo, y de tal modo, no alterar la situación de hecho en la que se encontraba el menor. Es posible que, durante esa etapa, las circunstancias emocionales, psíquicas o de madurez del menor, no sean las adecuadas y será necesario diferir su tratamiento.

Al respecto, debe subrayarse que, como pauta de referencia “El statu quo es una de las circunstancias más importantes a sopesar en estas cuestiones, ya que se parte de la base de que debe evitarse todo cambio si no existen graves perjuicios o poderosas razones que lo justifiquen, pues en lo posible se debe tratar de no alterar las condiciones de hecho en las que vive el menor. En otras palabras, debe evitarse cualquier cambio en el régimen de vida de los menores, en procura de la estabilidad necesaria para la formación equilibrada de la personalidad, salvo razones graves que lo motiven”.⁵²

4.4. *Perspectiva futura.*

Repasando el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño podrá advertirse que el instituto de la responsabilidad parental está orientado al desarrollo de los niños de modo tal que su personalidad pueda aflorar en forma equilibrada, armoniosa y plena.

Claramente, el norte consiste en sustentar su formación integral, brindándole la protección que le permita ir preparándose para tener la posibilidad de desarrollar una vida independiente dentro del marco social.

⁵² C.Civ. y Com. San Nicolás, 2003/04/24,” B., N. A. c. N.,M. V.”, L.L.B.A., 2003-778

Ello equivale decir que el Estado deberá garantizar y cubrir al niño una serie de necesidades primarias que le permitan el acceso a la alimentación, a la vivienda, a la contención familiar y educativa, etc.

Las circunstancias apuntadas, entre otras, le posibilitarán adquirir libremente su capacidad de discernimiento, y de tal modo se irá tallando una personalidad independiente que, al cabo, habrá consolidado su proceso de socialización como “sujeto pleno de derechos”.

Ahora bien, las autoridades estatales, en cumplimiento de las directrices trazadas en la CDN tendrán como tarea sublime la de imprimir políticas tendientes al cumplimiento de tales fines. Y los tres poderes del Estado se encuentran comprometidos y obligados al respecto.

En tal sentido, podrá el Poder Ejecutivo –entre otras cosas- promover proyectos destinados a habilitar partidas presupuestarias para definir subsidios (sin que ello implique necesariamente caer en la usanza del “clientelismo político”), tal el caso de las AUH.

En este caso puntual, bien puede entenderse que el Estado se halla en deuda, toda vez que, a la fecha no se advierte una programa claro y son varias las críticas que merecen las AUH.

Aparte de la cuestión formal –basada en que las mismas no fueron establecidas por ley –sino por decreto- siendo que había interesantes proyectos, como por ejemplo el de las legisladoras Carrió y Carca- se le cuestiona el rasgo de “universal” ya que, aproximadamente un 20% de los niños no recibe ningún tipo de seguridad social; como además se concluye que no ha logrado resolver factores estructurales como el hambre infantil.

Al respecto, el enfoque crítico más agudo ha sido elaborado por la Universidad Católica Argentina (UCA) en el revelador informe del Observatorio de la Deuda Social Argentina en el que se afirma que "todavía no llega a ser universal ni genera condiciones más equitativas de inclusión social", como así tampoco se advierte una "contribución indirecta sobre la reducción del trabajo infantil".

En este sentido, las conclusiones del informe de la UCA sostienen que "la universalización del derecho a un ingreso ciudadano para la niñez no debería asociarse a una mayor vigilancia social, sino de un cambio cualitativo en la política social".⁵³

Asimismo, los legisladores asumirán como premisa adecuar y acondicionar las normas del derecho interno de modo tal que permitan compatibilizar con los principios orientadores establecidos en la CDN y viabilizar política afines.

En este aspecto, y siendo que en otro capítulo de esta elaboración se ha efectuado un desarrollo particular del marco regulatorio, cuyos rasgos fueron oportunamente analizados, se visualiza un compromiso del legislador con la temática en cuestión y por ello el avance dado en cuanto al marco normativo vigente.

Sin perjuicio de ello, la sociedad mira atenta el desempeño de los legisladores en esta cuestión y pone sobre sus espaldas la carga de seguir avanzando en el fortalecimiento de políticas de Estado, acordes a las surcadas por la CDN

Ya dentro del ámbito judicial, serán los jueces y operadores del derecho quienes, aplicando e interpretando el derecho vigente, otorguen soluciones a los conflictos que emergentes del marco de la sociedad, teniendo como eje central el respeto del niño como sujeto pleno de derechos.

⁵³Recuperado el 06/06/2016 de http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo1/files/Informe_Especial_AUH_-_ODSA-UCA_2007-2010-.pdf

Y en ese sentido, a fin de garantizar su formación integral, se han conocido respuestas jurisprudenciales modernas que bien reflejan la problemática de la sociedad actual.

En relación a ello la jurisprudencia misma resalta la importancia de calificada doctrina autoral, al reproducir que: "... la tenencia compartida permite al niño mantener un estrecho vínculo con ambos padres; promueve la participación activa de ambos padres en la funciones de educación, amparo y asistencia; atenúa el sentimiento de pérdida de quien no tiene la guarda estimulando las responsabilidades del progenitor no guardador; atenúa el sentimiento de pérdida padecido por el hijo; incentiva a ambos padres a no desentenderse de las necesidades materiales del niño; facilita el trabajo extradoméstico de ambos padres (Grosman, C., " La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", L.L. 1984-B, 806); evitan que existan padres periféricos, posibilita que el menor conviva con ambos padres; reduce problemas de lealtades y juegos de poder (Chechile, A.M., "Patria potestad y tenencia compartidas luego de la separación de los padres: desigualdades entre la familia intacta y el hogar monoparental", J.A. 2002-III-1308).⁵⁴

Esta orientación jurisprudencial luce adecuada a los designios del nuevo plexo normativo y de algún modo muestra una interesante sintonía. Y si es cierto que para muestra sirve un botón, bienvenida sea esta muestra.

Las demandas sociales de los tiempos que corren necesitan respuestas acordes con la pluralidad familiar, con padres no siempre convivientes, nuevos roles sociales y laborales en función del sexo, etc. Aun así, y durante ese transcurrir, las soluciones

⁵⁴ S.C.B.A., " A., S. c/T., M.C. s/Tenencia", Causa N° 108748, del 09/12/2010. www.scba.gov.ar . Recuperado el 20/06/2016 de <http://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=65270>

alternativas posibles, deben tener en claro -parafraseando a Grosman- que “... podrá truncarse la vida amorosa de los padres, pero su unidad como pareja de progenitores constituye un lazo perenne que se inscribe en la continuidad social...”⁵⁵.

4.5. Conclusiones parciales

Intentando describir la aplicación del nuevo plexo normativo sobre el que se regula el funcionamiento de las relaciones interpersonales de la sociedad actual se ha transitado mayormente este capítulo del T.F.G., destacando referencialmente sus aspectos prácticos.

Al respecto, a través de su hilo discursivo se fueron aplicando secuencialmente los nutridos frutos logrados a partir de la aplicación jurisprudencial, adoptándose diferentes fallos relacionados con las cuestiones analizadas.

Habiendo abordado en principio una serie de cuestiones generales que nos introdujeron en el tratamiento del tema, hemos preliminarmente advertido que nuestro país se encuentra obligado a instrumentar progresivamente herramientas que posibiliten la efectiva concreción de las premisas sentadas en la CDN.

Como Estado Parte de aquella Convención, el Estado Argentino trazó políticas tendientes al “*aggiornamento*” de diferentes leyes y ello ha merecido un apartado especial en otro capítulo de esta elaboración. En su devenir, bien puede visualizarse cómo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos impregnó a todo el Derecho, en general y al Derecho de Familia, en particular.

⁵⁵ Recuperado el 20/06/2016 de http://www.derecho.uba.ar/multimedia/transcripcion/tr_grosman_01.pdf

Del nuevo plexo normativo nacional vigente bien puede observarse, parafraseando al destacado jurista y actual Presidente de la Excma. Corte Suprema de Justicia, Ricardo Lorenzetti, una vinculación directa entre el derecho privado y el derecho público, reflejado en la efectiva “constitucionalización del derecho privado” que porta el nuevo Código Civil y Comercial (Lorenzetti, 2012,p.581).

De tal modo aparece claro y no existe resquicio para la duda, que la directriz trazada desde la CDN obliga al Estado Nacional. Y si sus premisas no son cumplidas, el mismo puede ser objeto de sanciones, motivo por el cual, como Estado-Parte debe sustentar un piso mínimo de derechos humanos que permitan solidificar su legislación.

Compatibilizada y “*aggiornada*” entonces la legislación nacional, quedó asegurado ese “bloque” normativo de máximo rango que cualquier Estado-Parte debe respetar por cuanto incluye lo que se ha dado en llamar proceso de democratización de la familia abriendo el horizonte de nuevos paradigmas.

Conforme surge de lo tratado en el presente capítulo, así también lo entendieron nuestros jueces.

Y con la secuencial cita a fallos en la que se centraliza el actual capítulo, justamente lo que se pretende demostrar es la aplicación e interpretación de los nuevos preceptos legales, con un norte bien marcado en hacer efectivo el derecho del niño a ser oído (a veces con el auxilio de profesionales) ya sea en todos los procedimientos –sean administrativos o judiciales- en los que se encuentren inmiscuidos sus intereses.

Esta aplicación jurisprudencial dada, avizora una perspectiva futura alentadora puesto que, aún a nuestro entendimiento, hallándose en estado gestacional, ya demuestra horizontes prometedores.

Bien puede ello afirmarse, toda vez que las voces de los “iuris-prudentes” modernos tienden a posibilitar la apertura de la libertad individual dentro de las relaciones familiares, asegurando la igualdad de los hijos como verdaderos sujetos de derecho, la de sus padres –sean convivientes o no-, todo ello dentro del marco de una sociedad multiforme y pluricultural, que prioriza la autonomía de la voluntad de todos los sujetos involucrados.

Al cabo, se trata de no borrar con el codo lo que hemos escrito con la mano, cuando en la Introducción a éste capítulo, con palabras de eximios romanistas afirmamos que “Sólo el conocimiento de la verdad contenida en la realidad permite aplicar adecuadamente a los hechos el derecho”.

Conclusiones Finales.

Si existe alguna circunstancia que ha quedado clara a lo largo de esta elaboración es, inequívocamente, y a criterio de quien suscribe, que la reforma legislativa operada recientemente en nuestro sistema normativo era imprescindible a los fines de dar respuestas actuales a las demandas del nuevo y complejo tejido social en el que vivimos.

Habiéndose trazado oportunamente objetivos específicos, se ha considerado conveniente explicar el antiguo funcionamiento del régimen patriarcal, el concepto de “patria potestad” y su incumbencia en el Código de Vélez Sarsfield. Cumplido ello, se procedió a efectuar una redefinición de dicho concepto y su aproximación a la comprensión –ya más abarcadora- del instituto de la responsabilidad parental.

En el desarrollo de la investigación pudo advertirse que se encuentra agotado el régimen patriarcal sobre el que giraba el sistema familiar tradicional, centro de protección jurídica del Código de Vélez. Profundizaron su debacle tanto las mutaciones sociales que están a la vista como la compleja conflictiva familiar con la que hoy nos toca convivir.

Se entiende que a raíz de esta situación comenzaron a surgir adaptaciones legales e interpretaciones jurisprudenciales con la finalidad de amparar la problemática que presentaba la nueva concepción familiar, puesto que no se hallaban soluciones justas dentro del marco normativo primigenio.

Esos vientos de cambio insuflados también a través de la doctrina fueron dando forma a distintas leyes sancionadas oportunamente –que fueran objeto de estudio en el segundo capítulo- y, especialmente fue así como vio la luz de la vida el nuevo Código Civil y Comercial recientemente sancionado.

Retomando el plano de los objetivos específicos, resultó entonces determinante avanzar en el estudio del marco legal regulatorio sobre el que sienta sus bases el objeto central del trabajo emprendido.

Particularmente, se ha pretendido en el discurrir de esta labor dar tratamiento a uno de los institutos surgentes a partir del nuevo cuerpo normativo, resultando centro de atención de la tesis la “responsabilidad parental”, formulándonos como pregunta de investigación si en el marco de su efectivo ejercicio logra armonizar con el principio de la autonomía de la voluntad de la persona.

Y esta cuestión se ha entendido como central a lo largo de la presente elaboración, en cuanto ello permite conectar con la premisa básica sentada en la Convención de los Derechos del Niño que considera a los niños y adolescentes como verdaderos y plenos sujetos de derechos, con lo cual se advierte una participación más dinámica dentro de las relaciones jurídicas. Con ello queda plasmado que estos “nuevos plenos sujetos de derecho” tendrán la posibilidad de exteriorizar en forma autónoma su voluntad ante las autoridades que decidan asuntos de su incumbencia, reconociéndose de tal modo sus derechos humanos.

Ello nos habilita a concluir que el hombre comienza a saldar una vieja deuda que tenía con su propia especie.

Adviértase que se ha generado un nuevo paradigma dentro del derecho de familia, mutando el centro de protección jurídica y consecuentemente, pasó protegerse a la persona como integrante de relaciones jurídicas familiares.

Si bien la nueva normativa concede a los operadores del derecho -y en particular al Juez de familia- un rol protagónico, puede perfectamente concluirse que también permite que todos los sujetos involucrados en la problemática tengan participación en la

configuración del plan de parentalidad y, fundamentalmente, asegurando el derecho a “ser oído” del niño, ya sea desde su propia voz o a través del auxilio de profesionales específicos.

Y esta conclusión reseñada nos permite además armonizar con una serie de objetivos específicos trazados al inicio de la tesis, tales como investigar las implicancias del menor como sujeto de derecho en las relaciones jurídicas así como las diferencias étareas y sus consecuencias, analizar la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental, los caracteres en la configuración del mencionado plan de parentalidad, como así también describir la actividad y el rol que le cabe desempeñar a los operadores del derecho.

Avanzando en la investigación, fue el estudio de la nueva plataforma positiva lo que nos condujo a valorizar el ingreso cual punta de lanza de la doctrina de la “protección integral del niño”, a través de la Ley Nacional n° 26.061, punto de inflexión en la forma de concebir a la infancia y su relación con el Estado, con la familia y la comunidad, dejando marcado a fuego su destino.

De tal modo, nuestro derecho se adaptó a las Convenciones Internacionales, que a partir del cambio de nuestra Carta Magna en el año 1994, tenían jerarquía constitucional, colocando particularmente al menor como sujeto de derecho lo cual nos permite concluir que el legislador comenzaba a comprender y plasmar positivamente aquella mutación trasuntada en el ejercicio de las relaciones paterno/filial/Estado, para sancionar, finalmente el nuevo Código Civil y Comercial.

Dado así el marco legal adoptado, bien pudo entenderse –aunque apriorísticamente- que las bases para sustentar la vigencia del principio de la autonomía

de la voluntad de la persona durante el ejercicio de la responsabilidad parental, estaban sentadas.

No resultando ello una verdad irrefutable, ni mucho menos, hallamos conducente en el marco de la investigación emprendida, profundizar su desarrollo mediante el análisis de la efectiva aplicación de las herramientas y previsiones legales introducidas.

Impregnados del conocimiento de la dinámica funcional tanto de los sujetos de derecho que son parte en la conflictiva familiar, como asimismo de los agentes estatales cuya actividad se encuentra encomendada por ley, se apuntó la labor a la búsqueda de alternativas o soluciones dadas ante las problemáticas específicas de una sociedad que muestra estar “viva”, y en cambio permanente.

En ese devenir, pudo comprenderse que el legislador dejó previstas respuestas en concordancia con el grado de madurez y desarrollo adquirido por el niño, con lo cual, a medida que va creciendo y adquiere mayor madurez, se le confiere autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos como sujeto pleno. Asimismo, pudo gratamente colegirse la apertura con la cual se recibe el llamado “plan de parentalidad”, destinado a salir rápidamente de la disfunción y lograr ágilmente retomar una dinámica que permita mejorar la calidad de vida de los sujetos inmersos en la crisis familiar.

Con ello además, se intenta fortalecer el desarrollo integral del niño.

Puede quizás como crítica plantearse que, siendo que la obligación del Estado Argentino como Estado parte de la Convención de los Derechos del Niño excede la tarea de legislar, en tanto en su art. 4° le impone además adoptar medidas administrativas y de otra índole para hacer efectivos los derechos que ella misma reconoce, existen falencias notorias. En este sentido, la falta de impulso de políticas públicas de mediano y largo

plazo y partidas presupuestarias progresivas y sostenibles en el tiempo, han sido una variable frecuente cuyo balance ostenta saldo negativo.

Asimismo, siendo que no existen índices reales de medición de la pobreza (más allá de los prestigiosos estudios de la UCA) resultaría útil que el Estado desarrolle desde los organismos públicos pertinentes, mecanismos direccionados a esos fines. Coetáneamente, entendemos que merece una severa reforma la Asignación Universal por Hijo (AUH), puesto que la ley que le dio vida persiguió un claro tinte eleccionario –basta repasar la fecha en que fue sancionada, julio de 2015- desentendiéndose de su carácter universal al dejar excluído un alto porcentaje de casos.

Prosiguiendo con el análisis de la concreta aplicación de las herramientas y previsiones legales incorporadas, y ya con el claro objeto de desentrañar si, efectivamente se hallan sustentadas las bases para armonizar el ejercicio de la responsabilidad parental con el respeto por el principio de la autonomía de la voluntad de la persona, nos sumergimos referencialmente en los matices prácticos que procura la aplicación jurisprudencial, desandando diferentes fallos relacionados con las cuestiones analizadas.

Su abordaje nos facilitó acceder al conocimiento de las respuestas dadas por los jueces a conflictos concretos puestos ante su conocimiento, pudiendo concluir que la directriz trazada por el marco normativo vigente –en particular el respeto por los principios establecidos por la Convención de los Derechos del Niño- adquiere mayor envergadura y relevancia a medida que su aplicación va avanzando.

Oportunamente se ha señalado –y vale repetirlo- que la aplicación jurisprudencial referenciada “avizora una perspectiva futura alentadora”, toda vez que –a criterio de quien suscribe- las respuestas que emanan de los fallos actuales encuentran una franca

correlación por el respeto de la libertad individual dentro de las relaciones familiares, priorizando la autonomía de la voluntad de todos los sujetos involucrados.

Habiendo sido confrontada de tal modo aquella verdad apriorística más arriba apuntada, conforme lo ilustran tanto la dinámica funcional de los sujetos de derecho que son parte en la conflictiva familiar y de los operadores del derecho, así como lo grafican los criterios jurisprudenciales en boga, ha quedado develada la respuesta a la hipótesis de trabajo formulada.

Ergo, podemos al cabo concluir que el principio de la autonomía de la voluntad de los sujetos de derecho ha encontrado terreno fértil para su germinación y florecimiento en la inconmensurable geografía del ejercicio de la responsabilidad parental.

Bibliografía

Doctrina

- Abella N. y Sabene S. (2016). “Responsabilidad parental: titularidad y ejercicio”, *Cuaderno Jurídico de Familia* (69), 3-20.
- Beroch, N. "La familia: Patria Potestad - Relaciones paternos filiales Instrucción escolar de los hijos - Reflexiones sobre el problema de la violencia escolar" UNLP 2008 (38), 58.
- Biscaro, B., "Algunas reflexiones sobre la reforma del Código Civil con relación a la patria potestad", *Revista Derecho de Familia* (52), p.133 y ss.
- Cataldi, M.M. (2015). El ejercicio de la Responsabilidad Parental y la noción de coparentabilidad. *Suplemento Especial. Nuevo Código civil y comercial de la Nación*. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental, 127-146.
- Chechile, A. (2015) “La responsabilidad parental y el cuidado personal compartido como principio y el proceso”. RCCyC., p 38. La Ley.
- Del Mazo, C.G. (2010). Capacidad y autonomía de la voluntad de niñas, niños y adolescentes Su intervención en los términos de la Ley 26.529. *Revista de derecho de Familia y de las Personas*(6), 212-240.

- Del Valle Messi M. y Danieli M.E. (2012), “Sistemas de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes: recorridos y perspectivas desde el Estado y la sociedad civil” Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
Recuperado el 12/05/2016 de
http://www.proed.unc.edu.ar/publicaciones/librosdigitales/Libro_sistemasdeproteccion.pdf
- Di Pietro, A. (1996). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma.
- Fama, M.V.y Herrera, M., "Crónica de una ley anunciada y ansiada". ADLA 2005-E, 5809.
- Filipi, M.C., Ghirardi, J.C. y Echenique, L. (1998). La patria Potestad y la Emancipación. Revista Verba Iustitae, (7), Recuperado el 03/04/2016 de
http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf000123-filipi-patria_potestad_emancipacion.htm
- Gavernet, H.R. y Mojer, M.A. (2003), *El Romano, La Tierra, las Armas. Evolución histórica de las Instituciones del Derecho Romano*. La Plata: Lex.
- Grosman,C. "El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres ¿Utopía o realidad?".*Nuevos Perfiles del Derecho de Familia*. (Kemelmajer de Carlucci, A. y Pérez Gallardo, L. (Coord.), Santa Fe: Rubinzal - Culzoni, 2006, p. 179 y ss.

- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado C. y Baptista Lucio, P. (1997), *Metodología de la investigación*. México: McGraw – Hill.
- Kemelmajer de Carlucci A., Herrera M., Lloveras N. (Dir.), (2014) *Tratado de Derecho de Familia.*, T. IV. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Krasnow A. (Dir.), (2015), *Tratado de derecho de familia*. Tomo III. La Ley.
- Lorenzetti, R.(Dir), (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. T. IV. Bs.As.: Rubinzal-Culzoni.
- Lorenzetti, R. (2012), “*Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación,*” L.L., 2012-C-581.
- Lloveras, N, y Salomón M. J., (2009). *El derecho de familia desde la Constitución Nacional.*, Bs. As.: Universidad
- Mizrahi, M.L., "El niño: educación para una autonomía responsable" LA LEY, 1993-E, 1269
- Mizrahi, M. L., (2004), "El derecho del niño a un desarrollo autónomo y la nueva exégesis del Código Civil". *Derecho de Familia* (26), 113. LexisNexis. Abeledo Perrot.

- Ripoll, S. (s.f.), “Cambios en las políticas sobre infancia”. Recuperado el 12/05/2016 de <http://www.fcpolit.unr.edu.ar/cambios-en-las-politicas-sobre-infancia/>
- Rivera, J.C., (2014). Significación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, (10), 3-4
- Rivera, J.C., (2015) “Aplicación del nuevo Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite. Y otras cuestiones que debería abordar el congreso”, LL 2015-C,645
- Yuba, G. (2015). Los cambios de paradigma en el nuevo Código Civil y Comercial. Influencia en el Derecho de Familia.
http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/los_cambios_de_paradigmas_en_el_nuevo_codigo_civil_y_comercial.pdf. Recuperado (01,04,2016).
- Zabalza, G.(s.f.). Del derecho de familia al derecho de familias: las nuevas fuentes de parentesco y su impacto filiatorio. Recuperado 11/05/2016 de <http://www.unicen.edu.ar/content/del-derecho-de-familia-al-derecho-de-familias-las-nuevas-fuentes-de-parentesco-y-su-impact-0>

Legislación.

- Constitución Nacional

- Código Civil (Ley 340), arts. 264, 305,308

- Ley Nacional N° 26.994, de aprobación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, sancionada el 1/10/2014.

- Ley de Patronato de menores Nro. 10903, del 25/09/1919.

- Ley 23.264, sancionada el 25/09/1985

- Ley 26061 (art. 3).

- Ley 23849 (Sancionada 27/09/1990), arts. 1 y 2.

- Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 2, 3,6, 9,12, 18, 20,21.

- Ley N° 114, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada el 3/12/1998.

- Ley Nacional N° 27.077, de modificación de la puesta en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, sancionada el 16/12/2014.

- Decreto 191/2011, P.E.N., B.O. 28/02/2011, de designación de la “Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.
- Decreto 415/2006, art. 7.
- Ley Nacional 26589 el sancionada 15/10//2010
- Ley Nacional N° 27.077, de modificación de la puesta en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, sancionada el 16/12/2014.
- Ley Provincia de Buenos Aires Nro. 11453

Jurisprudencia

- C.S.J.N., 2008/04/29 “M. D. H. c. M.B.M.F.” Fallos 331:941
- SCBA, “P.,C. c/ S.B.d.P.,M. s/ Exhortos y oficios”, Causa N° 117351. del 16/04/2014. www.scba.gov.ar. Recuperado el 11/05/2016 de <http://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=92324>
- SCBA, “G.,F. S. s/Adopción”, AC. 72890 del 29/02/02. Recuperado el 14/05/2016 de <http://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=59736>

- SCBA, “S.,G. B. p. s. e h. m. S. ,M. A. c/T. ,L. s/Filiación”, AC. 89299 del 23/11/05. Recuperado el 14/05/2016 de <http://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=22989>
- S.C.B.A.,” A.,S. c/T., M.C. s/Tenencia”, Causa N° 108748, del 09/12/2010. www.scba.gov.ar . Recuperado el 20/06/2016 de <http://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=65270>
- C.Civ. y Com. Azul, sala I, “B.N. c. F., C. E.” del 04/12/2012. La Ley Online ar/jur/63707/2012.
- C. Apel. Civ. y Com., Sala II, Azul, “S. A., R. U. s/Restitución internacional” del 27/10/2015. *Rubinzal Online*. Recuperado el 11/05/2016 de <http://www.rubinzalonline.com.ar/fallo/13511/>
- CNCiv., Sala J, 1998/11/24, “P, F. E. y P, E. N.”, L.L. 1999-D-477
- ST Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, 1997/10/08, “B., A. B. c. T., M. H.”, L.L. 1998-F-569
- CNCiv., Sala F, 1987/10/23, “G., M. M. y Otro”, L.L. 1989-A-95
- CNCiv., Sala D, 1995/11/21, “L de A., M. C. y A., J. E.”, L.L. 1996-D-678

- CNCiv., Sala H, 1997/10/20, “L., D. A. c. D., N. B. s. tenencia de hijos”, L.L. 1998-D-261
- CNCiv., Sala E, 20/02/1989, “B., L .C. c. C., O. A.”, E.D.,136-685
- C.Civ. y Com., San Nicolás, 2003/04/24,” B., N. A. c. N.,M. V.”, L.L.B.A. 2003-778
- CCiv. y Com. Azul, Sala I, 2003/05/08, “ De la C., A.R. c. P.,M. R.”, L.L.B.A. 2003-997
- CCiv. y Com. Azul, Sala II, 2001/06/04 , “T., C. A. c. M., J.” , L.L.B.A. 2001-1425

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA
UNIVERSIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Gambarte Raquel Dolores
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	21.715.607
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	El ejercicio de la Responsabilidad Parental. Su relación con el principio de la autonomía de la voluntad.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	rgambarte@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	SI
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	-----

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: Junín, 12 de Septiembre de 2016.

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica: _____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.