



TRABAJO FINAL DE GRADO

**RESPONSABILIDAD, DEBERES Y
OBLIGACIONES DE LOS PADRES, EN LA
CRIANZA Y EDUCACIÓN DE SUS HIJOS
MENORES DE EDAD ANTE LA DISOLUCIÓN DEL
VÍNCULO ENTRE LOS ADULTOS.**

MARCELA IVONNE ONTIVEROS

ABOGACÍA

AÑO 2018

Este trabajo está dedicado a los pilares de mi vida: mis padres, hermanos y al tesoro máspreciado, mi hijo Emiliano.

RESUMEN

La presente investigación fue realizada con la finalidad de descubrir dentro del derecho de familia el impacto que tiene la Responsabilidad Parental, considerar las relaciones jurídicas entre progenitores e hijos, su regulación y los cambios fundamentales incorporados en el nuevo código civil y comercial de la Nación Argentina y en su ámbito de aplicación.

El gran aumento de disoluciones de los vínculos que unen a los adultos que se viven en los últimos tiempos, llevó a esta investigación a un profundo análisis. De esta forma se optó por reseñar los puntos sobresalientes para atender de manera adecuada lo que significa la separación de los padres cuando existen menores de edad. Es por ello que surge la necesidad de desarrollar cada ítems en forma separada con el fin de colocar a disposición de los que necesitan profundizar el tema, de toda la comunidad y público en general información que permita aclarar tanto en la teoría y en la práctica las instituciones que conforman la nueva regulación sobre Derecho de Familia.

Palabras clave: Responsabilidad Parental- Interés superior del niño-Autoridad parental- derechos de los padres- Derechos de los niños.

ABSTRACT

This research was carried out in order to discover within the family law the impact of parental responsibility, to consider the legal relations between parents and children, their regulation and the fundamental changes Incorporated in the new civil and Commercial Code of the Argentine nation and in its field of application.

The great increase of dissolutions of the bonds that unite the adults that live in the last ones, is taken to this investigation to a deep analysis. In this way; it was chosen to review the outstanding points to attend in a suitable way what it means the separation of the parents when there are minors. That is why the need arises to develop each ítems separately in order to place at the disposal of those who need to deepen the topic of the entire community and the public in general information that clarifies both in theory and in practice the institutions that make up the new regulation on family law.

Ney words: Parental responsibility- Superior interests of the child- Parental authority- Parental rights- children's rights.

ÍNDICE

Introducción General.....	8
CAPÍTULO I	
NOCIONES GENERALES:	
Introducción.....	11
1. Evolución y diferencias.....	11
2. Responsabilidad Parental. Definición Legal.....	13
2.1. Opiniones en torno a la naturaleza jurídica.....	15
3. Derecho Comparado	16
3.1. Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay.....	17
3.2. Código Civil Francés.....	17
3.3. Código Civil de Español.....	18
3.4. Ley de protección. de los Derechos del niño de Venezuela.....	18
Conclusiones parciales.....	19
CAPÍTULO II	
LEGISLACIONES VIGENTES QUE AMPARAN EL DERECHO DEL MENOR DE EDAD.	
Introducción.....	22
1. Ley 23.849	
Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.....	22
1.1. Principios fundamentales sobre la Convención sobre los Derechos del niño.....	23

1.1.1. La no discriminación.....	24
1.1.2. El interés Superior del Niño, Niña y Adolescente.....	24
1.1.3. La supervivencia y el desarrollo en la máxima medida posible.....	25
1.1.4. La participación.....	26
2. Constitución de la Nación Argentina.....	28
Ley 26.994	
Código Civil y Comercial de la Nación.....	27
4. Ley 26.061	
Protección Integral de los Derechos de niños, niñas y adolescente.....	30
Conclusiones Parciales.....	31

CAPITULO III

PRINCIPIOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.

Introducción.....	33
1. Principios Rectores de la Responsabilidad Parental.....	33
1.1 El interés superior del niño.....	34
1.2. La Autonomía Progresiva.....	37
1.3. El Derecho del niño a ser Oído.....	39
2. Recepción jurisprudencial.....	40
Conclusión parcial.....	42

CAPÍTULO IV

FIGURAS LEGALES QUE DERIVAN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

1. Titularidad y Ejercicio de la responsabilidad parental.....	44
2. Cuidado Personal.....	46
2.1. Recepción jurisprudencial.....	47
3. Delegación del Ejercicio.....	48
3.1 Delegación en el progenitor Afín.....	49
4. Deberes y Derechos de los Progenitores.....	51
4.1. Recepción Jurisprudencial.....	52
5. Plan de Parentalidad.....	53
6. Fin de la Responsabilidad Parental.....	53
6.1. Extinción.....	54
6.2. Privación.....	54
6.3. Suspensión.....	55
Conclusiones Parciales.....	56
CONCLUSIONES FINALES.....	57
BIBLIOGRAFÍA.....	61
Legislación.....	62

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas no solo se ha modificado la forma y la composición de la familia, sino que también cambió su significación para la sociedad. Se produjeron cambios en los vínculos afectivos, cuestiones de género, aumento de las rupturas de parejas y un notable aumento de la conflictividad que ella conlleva para la familia en proceso de separación. Como consecuencia, surge la necesidad de analizar e investigar sobre las nuevas regulaciones jurídicas en el Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto al marco legal protectorio sobre las personas y bienes de los hijos menores cuando existe una ruptura del vínculo entre los padres.

Para iniciar esta investigación, será fundamental analizar el contenido, los elementos y los principios de la Responsabilidad parental; tomando como prioridad las nuevas modificaciones y como institución, las encargadas de regular las relaciones paternos-filiales, con el objetivo principal de determinar las modificaciones introducidas en nuestro nuevo Código Civil y Comercial relacionadas a la protección sobre las personas y bienes de los hijos ante una ruptura del vínculo entre sus progenitores.

La continua evolución y los cambios producidos en el seno familiar requieren de una legislación eficaz que se ajuste a la realidad social actual. Un ejemplo de esta adaptación, lo constituyen las normas de protección y de consagración de los derechos de aquellos que por años estuvieron desprotegidos y no fueron tenidos en cuenta como sujetos de derecho: los niños, niñas y adolescentes.

Para enfocarnos en la temática a desarrollar, es necesario realizar un análisis comparativo con la anterior legislación y la actual, para así comenzar a internalizar los cambios, emplear la nueva terminología y poder trabajar en los respectivos capítulos.

El tipo de investigación seleccionado es el descriptivo, con la finalidad de detallar todas aquellas modificaciones introducidas en el Código Civil y Comercial de la Nación en materia de Responsabilidad Parental en el caso de la ruptura del vínculo de los padres buscando una investigación exhaustiva y profunda en los temas tratados.

La estrategia metodológica empleada es la cualitativa, por lo que se buscó analizar con profundidad, calidad y claridad los temas abordados. Además, se aplicó la técnica de

recolección de datos de análisis documental, tanto a las fuentes primarias como las secundarias.

Entre las fuentes primarias para profundizar puntos específicos se consultaron variados fallos de principales tribunales del país que permitieron abordar los temas con una mirada comparativa y de análisis detallados en el capítulo dos. Dentro de esta misma fuente se analizó la Constitución Nacional Argentina, el libro Segundo del Código Civil y Comercial de la Nación, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. En lo referido a fuentes secundarias se consultaron manuales o libros sobre la temática elegida entre los que se destacan Manual de Derecho de Familia de los autores Bossert y Zannoni y del libro Responsabilidad Parental del autor Rodolfo G. Jauregui, de la autora destacada en el tema de derecho de familia Marisa Herrera, entre otros.

La delimitación temporal de este Trabajo Final de Grado abarca desde la sanción del Proyecto de Reforma y su posterior puesta en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación hasta la actualidad.

En el primer capítulo, se analizarán determinados conceptos que permitirán realizar una aproximación a los nuevos conceptos y términos, de este modo establecer diferencias y similitudes con la anterior legislación y al mismo tiempo ayudarán a entender su evolución.

El capítulo segundo se centrará en el análisis del marco normativo nacional, las legislaciones influyentes y los documentos internacionales con la finalidad de identificar los avances del ordenamiento jurídico a través de un estudio de las razones y argumentos que justifican las diversas reformas.

El tercer capítulo analizará los principios rectores de la responsabilidad parental y los puntos sobresalientes de su implementación legal, de modo que al aplicarlos se pueda garantizar una vida plena y un desarrollo integral para el menor afectado por la disolución del vínculo que unía a sus padres.

Para finalizar este trabajo, el cuarto capítulo desarrollará un análisis crítico sobre la aplicación jurisprudencial y doctrinaria referida a la responsabilidad parental. Se expondrán

y compararán las principales posturas de los distintos órganos de resolución de controversias nacionales e internacionales.

El propósito de este Trabajo Final de grado es realizar un análisis exhaustivo de todas las figuras mencionadas ut supra, para comprender a fondo el porqué de la necesidad de su inclusión en el nuevo código e identificar sus fundamentos legislativos, con el objeto de comprender de manera acabada estas instituciones y poder identificar sus ventajas y desventajas.

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES

Introducción:

Antes de adentrarse en la temática en cuestión, será pertinente profundizar y transitar por institutos claves como la patria potestad regulada en el antiguo régimen y su comparación con la responsabilidad parental en el actual Código Civil y Comercial Argentino. Estos términos son claves para comprender los cambios y su evolución dentro del derecho de familia, aunque para llegar a tal aseveración se deberá transitar por diversos pasajes, conceptos generales, caracteres y tipologías a los fines de arribar a un análisis crítico y fundamentado.

El capítulo 1 tendrá por objetivo resaltar el cambio de la patria potestad hacia el nuevo concepto de responsabilidad parental. Para iniciar esta tarea, se presentará un encuadre jurídico de las figuras antes mencionadas finalizando con la nueva mirada de lo que significó dejar atrás una institución para dar lugar a una nueva.

1. Evolución y diferencias:

La patria potestad, en sus antecedentes históricos nació como un derecho absoluto, originario y exclusivo de los ciudadanos romanos sobre sus hijos e hijas. Comenzó siendo un derecho totalmente conferido al padre de familia, ya que su voluntad era la imperante en todas las familias de esa época. Esta potestad confería al “pater” derechos rigurosos iguales a los de amo sobre esclavos. Estos se aplicaban sobre la persona y los bienes de sus hijos; además, no se incluía deberes de los padres en relación a sus hijos, sino solamente los derechos que tenían sobre los menores. Eran facultades muy extensas las conferidas a los padres, que podían hacer con sus hijos lo que desearan, sin límite alguno, incluso ocasionarles la muerte. Durante los primeros siglos, la patria potestad fue considerada como la auténtica autoridad doméstica, debido a que el Estado la consideraba como una especie de escuela de disciplina y respeto. Su principal característica es que no tenían por objeto la protección del hijo. A lo largo de las distintas etapas históricas por las que atravesó la vida

de Roma, el derecho romano sufrió profundas transformaciones lo que produjo un debilitamiento de dicho sistema y por lo tanto cambios evolutivos en su naturaleza jurídica.

Como consecuencia de estos diversos impactos sociales, morales y políticos se comenzó a ver a la patria potestad como un oficio en interés del menor, un deber de corrección, asistencia y protección¹.

Los rastros del Derecho Romano se vieron reflejados en el originario Código Civil; al definir a la patria potestad como el conjunto de derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en la persona y bienes de dichos hijos, mientras sean menores y no estén emancipados².

Desde la implementación del nuevo Código Civil Comercial de la Nación la expresión “patria potestad” desapareció dejando atrás una época con un modelo de familia patriarcal, que en la actualidad ha caído en derogada, y la que fue reemplazada por el modelo de familia comunicativa y cooperativa. En consecuencia, esto llevó al reemplazo de la expresión “patria potestad” por “responsabilidad parental”, para referirse a los derechos y deberes entre padres e hijos, poniendo énfasis en el cuidado, protección y atención de los hijos. Término que se utiliza tanto en nuestra legislación como en la de otros países.

También, en los fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación se hace alusión a la palabra potestad tomándola como de origen latino, centrada en la idea de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente a satisfacer el interés superior del niño o adolescente presentando la modificación terminológica de patria potestad a responsabilidad parental. Instituto aceptado en varios países del globo; en algunos ordenamientos se ha reemplazado el concepto de patria potestad por la de autoridad parental; otros por responsabilidad parental.”(Highton, Kemelmajer y Lorenzetti 2011, pp.106-107)

¹ Suárez Blázquez, G. La patria potestad en el derecho romano y en el derecho alto medieval visigodo. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [en línea] -2014 - n. 36, pp.159 -187. ISSN 0716-5455. Recuperado el 10/06/18 de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173832127005>

² Art. 264 del Código Civil de la Nación Argentina.

Analizar estos cambios, implicó necesariamente realizar una comparación para concebir su función desde el antiguo régimen y desde una mirada contemporánea focalizada en el nuevo Código Civil Comercial para lograr una precisión y claridad técnica en su conceptualización. La primera aproximación a la que nos llevó fue que la patria potestad daba la idea de que los “pater” tenían poder sobre los hijos menores. Y en contra posición la responsabilidad parental que tiene una función de atención, protección, cuidado y acompañamiento de ambos padres tendiente a favorecer su desarrollo integral.

2. Responsabilidad Parental. Definición Legal

El cambio conceptual y jurídico de la responsabilidad parental tuvo sus fundamentos en la incorporación de la Argentina al Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, como así también el impacto que tuvo la Convención de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Ambas tienen como objetivo primordial, el reconocer su condición de sujetos de pleno derechos, el considerar su interés superior que permitirá el goce y verdadero disfrute de sus derechos. El hacer hincapié en que se debe considerar y tener en cuenta sus opiniones, el respetar su autonomía progresiva considerando que no se logra de un día para el otro sino en forma gradual y por ende disminuir la necesidad de guía, orientación, de protección de los padres. Todo esto es lo que llevó a considerar que la regulación de la responsabilidad parental debía empezar a ajustarse a los nuevos cambios.

Por lo tanto la asistencia, protección y representación jurídica de los hijos menores por sus padres determinan cuales son los derechos y deberes destinados a promover y amparar su bienestar. Implican reconocer relaciones jurídicas fundadas en la autoridad paterna y materna, cuyo ejercicio tiende al cabal cumplimiento de los fines a que obedece: ante todo, la formación integral de los hijos. Es así que a través de la familia se concretan imperativos fundamentales, tales como: la autoridad de los padres, que implica cuidarlos físicamente, orientarlos en la educación, en la religión, etc.; como así también suplirlos en su incapacidad para con la administración de sus bienes. (Bossert & Zanoni, 2016, p. 371).

El autor explica en los fundamentos que el cambio obedece a que “la regla de la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes ha permitido pasar de una noción de potestad o poder de los padres sobre los hijos a la responsabilidad, cuyo ejercicio requiere tener consideración, con respecto al hijo. Prosigue la argumentación sosteniendo que el “vocablo responsabilidad” implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados a satisfacer el interés superior del niño o adolescente (Jáuregui, 2016, p. 27).

Entre las voces doctrinarias reconocidas de María Victoria Famá, y Marisa Herrera, se empieza a expresar la necesidad de modificar el concepto de “patria potestad” dado que el mismo era un concepto que debía caducar porque solo se remitía a la idea de poder y de posesión sobre objetos y se alejaba a la función de cuidado y acompañamiento de los padres. De aquí podemos entender que el término de responsabilidad hace mención a las responsabilidades y deberes que deben tener los padres para con los hijos. (Famá y Herrera, 2005)

Por lo tanto la asistencia, protección y representación jurídica de los hijos menores por sus padres determinan cuales son los derechos y deberes destinados a promover y amparar su bienestar. Implican reconocer relaciones jurídicas fundadas en la autoridad paterna y materna, cuyo ejercicio tiende al cabal cumplimiento de los fines a que obedece: ante todo, la formación integral de los hijos. Es así que a través de la familia se concretan imperativos fundamentales, tales como: la autoridad de los padres, que implica cuidarlos físicamente, orientarlos en la educación, en la religión, etc.; como así también suplirlos en su incapacidad para con la administración de sus bienes. (Bossert & Zannoni, 2016, p. 371).

Todos estos cambios tomaron mayor relevancia como lo mencionamos ut supra con la ratificación de la Convención sobre los derechos de los niños. Está muy claro que significó dar vuelta la página sobre la concepción que se poseía sobre la infancia y la adolescencia. La mirada tutelar y asistencialista que se tenía ha sido sustituida por el paradigma de la protección integral.

Luego de haber comprendido la evolución y función del concepto de responsabilidad parental estamos en condiciones de remitirnos al artículo 638 del nuevo Código Civil y Comercial que la define como, “el Conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”³.

Del concepto podemos entender puntos básicos que servirán para una mejor comprensión del instituto de la responsabilidad parental. En primera medida, que la responsabilidad parental corresponde a ambos progenitores, se encuentren juntos o separados. Es una obligación de ambos, por lo que tanto la madre como el padre participarán

³ Art.638 del Código Civil y Comercial de la Nación

en el desarrollo y crianza de los hijos menores de edad. En segundo lugar, apunta al conjunto de deberes y derechos para con los hijos, ya no existe el predominio del derecho de los padres sobre la persona de los hijos. Y por último, es muy claro el fin que persigue el instituto que no es más que la protección integral de los hijos menores, tal como lo establece el artículo 18 de la Convención de los Derechos del Niño.

2. 1. Algunas Opiniones en torno a la naturaleza jurídica del concepto:

El autor R. Jáuregui, toma la idea de Grossman en cuanto a la responsabilidad parental que se ve reflejada en la importancia del acompañamiento de los padres en la crianza de los hijos menores de edad. Sostiene que debe ser ejercida conjuntamente para satisfacer en forma igual y paralela el cuidado, desarrollo y educación. En otras palabras opina que es una función en cabeza de ambos progenitores satisfacer las necesidades del hijo, teniendo como preocupación esencial su interés superior (Jáuregui, 2016, p.16).

Asimismo el autor Rébora, explica que desde tiempo atrás la potestad del padre sobre los hijos dejó de existir para convertirse dentro del derecho aquella que tiene una función puramente parental es decir aquella por la cual se brinda protección, se orienta, se educa no desde un rol omnipotente sino pensando en el otro como un individuo que necesita de otro ser para recibir protección, educación y así lograr desarrollarse integralmente (Jáuregui, 2016, p 16).

Por otra parte Borda, infiere en su concepto que la responsabilidad parental no solo se agota en los deberes legales de los padres para con sus hijos sino que implica derechos que son de condiciones naturales. Que es la misma naturaleza del humano la que les confiere esa misión de mantener su guarda, proveer a su alimentación, vestimenta, educación, protección y recreación. Entiende que el concepto de institución no se agota en los deberes que se impone a los padres, ni en la función social contenida en el cumplimiento de esos deberes. Implica también derechos, que los hombres tienen en su calidad de tales, y que son, por tanto, verdaderos derechos naturales (Jáuregui, 2016, p. 16).

3-Derecho Comparado:

Para el análisis de este punto y poder aplicar el derecho comparado nos remitimos a La Convención sobre los Derechos del Niño, tratado internacional de las Naciones Unidas que tuvo sus orígenes en el año 1989, ley que pone su atención en que los niños menores de edad tienen los mismos derechos que los adultos, en que cada estado debe asegurar medidas especiales de protección y asistencia, garantías que pueden encontrarse en los diferentes códigos y los que serán profundizados mediante la comparación de los derechos en el tema que se investiga. Partiendo del conocimiento de este tratado internacional donde participaron varios países y por el fin que persigue la investigación surgió la necesidad de confrontar distintas legislaciones, para tener una visión global del tema y cómo es abordado por cada campo normativo. Por tal motivo se seleccionó códigos de estados participantes del tratado internacional mencionado que hayan tomado sus principios rectores para su aplicación tomando el Código Francés y Código Civil Español por la accesibilidad de sus textos encontrados para su lectura y por la relevancia de sus aportes en el tema abordado y para trasladar esta mirada a países que al pertenecer al continente europeo existe la idea de que sus normas pueden presentar abismales diferencias. Por otro lado se sumó a este análisis el Código de Uruguay y la Ley de Protección de los Derechos de los Menores de Venezuela por pertenecer a nuestro continente, los cuales nos pueden aportar semejanzas y diferencias en el tema abordado tanto con la legislación vigente en la Argentina como las que se analizará.

Comparar el Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay, Código Civil Francés, Código Civil Español y La Ley de Protección de los menores en Venezuela permitirá descubrir características de nuestro propio derecho y lograr conexiones entre el sistema jurídico y la historia de nuestro país y comprenderlo mejor. Por eso es de menester importancia iniciar la interpretación de un ordenamiento jurídico interno teniendo en cuenta su comienzo en los Tratados Internacionales que cada país ha ratificado, estos constituyen un compromiso ante la comunidad internacional y ante los ciudadanos del propio Estado.

3.1. Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay:

El artículo 8 del Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay al que se hará alusión toma dos de los principios fundamentales de la convención de los derechos de los

niños; los cuales fueron tomados como base en varios países como inspiración en la regulación de sus códigos, incluido nuestro país. Entre los cuales encontramos el derecho del niño a ser oído y el que responde al interés superior del niño.

El Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay es entendido como una norma imperativa que establece a todas las personas a garantizar todos sus derechos inherentes a la persona humana.

Todo niño y adolescente goza de los derechos inherentes a la persona humana. Tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades, y en la forma establecida por la constitución de la República, instrumentos internacionales, este Código y las leyes especiales. En todo caso tienen derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida. Podrá acudir a los tribunales y ejercer los actos procesales en defensa de sus derechos, siendo preceptiva la asistencia letrada. El juez ante quién acuda tiene el deber de designarle un curador, cuando fuere pertinente, para que lo represente y asista en sus pretensiones. Los jueces, bajo su más seria responsabilidad, deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de lo establecido en los incisos anteriores, debiendo declararse nulas las actuaciones cumplidas en forma contraria a lo aquí dispuesto⁴.

Lo analizado nos demuestra que este país tuvo en cuenta los principios rectores de la convención de los derechos del niño, la importancia de los valores tradicionales y culturales para la protección y el desarrollo armonioso del niño reconociendo sus necesidades específicas.

3.2. Código Civil Francés:

El artículo 388-1 del código Civil Francés brinda la nueva perspectiva sobre la infancia en su país propuesta por la convención y ratificadas por muchos países. Toma al niño como un individuo capaz, que puede emitir su opinión, como miembro de una familia y comunidad con derechos y responsabilidades. Esa opinión deberá ser apropiada y tenida en cuenta según la edad, madurez y desarrollo integral.

El Código Francés ante cualquier procedimiento que afecte al menor de edad y cuente con capacidad de discernimiento, garantiza que será oído, ya sea solo, en compañía de un

⁴Art. 8 del Código de la Niñez y la Adolescencia del Uruguay. *Impo.com.uy*. Recuperado el 22/05/18 de: <http://www.impo.com.uy/bases/codigo-ninez-adolescencia/17823-2004/8>

abogado o con una persona de su elección. Si esta elección no pareciera conforme al interés del menor, el juez podrá preceder a la designación de otra persona. La audición del menor no le confiere la calidad de parte en el procedimiento⁵.

3.3. Código Civil Español:

El Código Civil Español en su artículo 154 expresa que en caso que los padres vivan separados y no logren consensuar de común acuerdo el cuidado de los hijos menores de edad será el juez quién decidirá lo más acertado y favorable para ellos, decidirá al cuidado de qué progenitor quedarán antes de que sus progenitores tomen decisiones que les puedan afectar. El juez oirá, antes de tomar esta medida a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso a los que fueran mayores de doce años⁶.

El artículo analizado en nuestro país es el llamado cuidado personal unipersonal el cual es otorgado por el juez excepcionalmente cuando sea grave el incumplimiento de una conducta de unos de los progenitores del menor.

3.4. Ley orgánica de Protección de los Derechos del Niño de Venezuela:

El contenido de la Ley Orgánica de Protección de los Derechos del niño de Venezuela posee rango constitucional en su país, al igual que los códigos de los países analizados anteriormente se remonta también a la materia de protección de la infancia tomada de la convención sobre los derechos del niño en lo que respecta a las instituciones familiares. Entiende que la principal tarea sobre la responsabilidad y deberes sobre los hijos menores de edad le cabe a sus padres , pero obliga a las instituciones y autoridades del Estado a ser garantes en la protección integral, a que se cumplan sus derechos, a asegurar políticas, programas y asistencia apropiada que permitan garantizarlo y que en forma conjunta con

⁵Art.388-1del Código Civil Francés. Recuperado 22/05/18 de:

https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf

⁶Art.154del Código Civil Español. *Asesoriayempresas.es*. Recuperado el 22/05/18 de:

http://www.asesoriayempresas.es/legislacion/JURIDICO/25730/codigo-civil-libro-i-de-las-personas-articulos-17-a-332#A0154_00

las familias puedan asumir adecuadamente sus responsabilidades y obligaciones ante conflictos que surjan entre los derechos e intereses de los niños. El artículo 80 de la Ley Orgánica hace referencia a uno de los variados derechos de los niños expresando que debe ser prioridad el interés del niño, también asume la importancia de que sus opiniones sean tomadas en cuenta en función de su desarrollo. Considera que en todos los ámbitos donde se desenvuelven niños y adolescentes debe primar el derecho a ser oído y a tener en cuenta su opinión. Todos los niños y adolescentes tienen derecho a: a) Expresar libremente su opinión en los asuntos en que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tomadas en cuenta. Este derecho se extiende a todos los ámbitos entre ellos: el ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreacional⁷.

Conclusión Parcial:

Este primer recorrido de la investigación nos permite comparar el antiguo régimen y el actual código civil y comercial sobre la evolución y los fundamentos del concepto de la responsabilidad parental, comprender los deberes y obligaciones de los progenitores para con los hijos menores de edad y no emancipados.

Uno de los puntos sobresalientes del capítulo es la marcada diferencia del antiguo instituto patria potestad, el cual suministraba a los padres un poder sobre el niño como objeto de posesión entendido el menor no como sujeto de derechos sino como una cosa de su propiedad por lo consiguiente sin derechos. En sentido contrario el nuevo concepto de responsabilidad parental es entendido como el conjunto de deberes y obligaciones de los progenitores, cuyo objetivo principal se orienta hacia el acompañamiento de los hijos haciendo especial énfasis en el interés superior del niño.

Otro de los puntos a destacar es la garantía que se le da a esta nueva visión de parte del estado que ante todas las situaciones en la que estén involucrados los intereses de los niños podrá ser tomada en cuenta su opinión, considerando su madurez y su autonomía progresiva, de este modo poder tomar la mejor decisión que lo afecte lo menos posible en el

⁷ 6Art 80 Ley Orgánica de Protección de los Derechos del Niño de Venezuela. *LOPNA.doc* Recuperado 22/05/18 de: [https://www.unicef.org/venezuela/spanish/LOPNA\(1\).pdf](https://www.unicef.org/venezuela/spanish/LOPNA(1).pdf)

desarrollo de su vida, estableciendo como función esencial de los padres. También acompañar en el crecimiento de los hijos hacia su propia autonomía conforme a sus características psicofísicas.

Comprender la evolución y diferencia de los conceptos patria potestad y responsabilidad parental fue el primer objetivo de este capítulo, partiendo desde aquí se inicia una comparación con códigos vigentes de otros países que nos permitirán a través de la búsqueda de los mismos analizar, relacionar y percibir el reflejo de esta nueva mirada de protección de los menores, y los deberes y obligaciones de los padres.

Del análisis y comparación de los códigos seleccionados es importante remarcar que en el Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay y en el Código Francés se encuentra el primer punto coincidente con el Código Civil Español y con nuestro Código Civil y Comercial. Expresan que ante determinadas situaciones, procedimientos donde estén involucrados hijos menores de edad y donde se corra el riesgo de que los progenitores tomen decisiones que pueda afectar sus vidas, o que dificulten su desarrollo, será el juez quién decidirá lo más conveniente para sus hijos, respetando y escuchando su voz, teniendo en cuenta su opinión y su autonomía progresiva. Lo que resuelva el juez será en función del interés superior del niño/a. Es muy claro que estas normas garantizan a los hijos menores de edad todos sus derechos inherentes como persona humana.

Se incorpora en el análisis del derecho comparado la Ley Orgánica de Protección de los Derechos del Niño de Venezuela la cual expresa que hay que dar prioridad a la protección integral del niño, niña y adolescente. Es una ley que asegura las políticas, los programas y la asistencia apropiada que permiten garantizar la protección para los hijos menores y favorece a que en forma conjunta con las familias puedan asumir adecuadamente sus responsabilidades y obligaciones ante conflictos que surjan entre los derechos e intereses de los niños.

Otro punto importante a tener en cuenta es la fuente de donde parten todos estos códigos al igual que la Ley de Protección de los Derechos de Menores de Venezuela, que utilizan los principios rectores de la Convención de los derechos del niño tomando la obligatoriedad de los estados de garantizar, promover y proteger los derechos del niño, niña

y adolescente. Apuntan a que en los temas donde se vean afectados lo menores serán los esfuerzos de las políticas públicas y el accionar de la sociedad los que brindarán las garantías de protección.

El capítulo I nos permitió establecer las primeras relaciones entre los conocimientos de distintas legislaciones e iniciarnos en el estudio de las ciencias jurídicas, comparar los conocimientos y afrontar la problemática de investigación con mayor sensibilidad e iniciar la búsqueda de soluciones en materia del derecho de familia acordes a las sociedades en constantes cambios y así entender en qué grado de desarrollo se encuentran y centrarnos en un profundo estudio de nuestra legislación vigente.

CAPÍTULO II

LEGISLACIONES VIGENTES QUE AMPARAN LOS DERECHOS DE LOS MENORES DE EDAD

Introducción:

Comprender la importancia de las legislaciones internacionales que sirven de base a las normativas nacionales y alcanzar su relación resulta necesario para entender el origen y la fuente de origen de los principios que regulan la responsabilidad parental, tema que debemos investigar y que serán abordados y profundizados en el capítulo siguiente.

En este capítulo se analizará la legislación internacional; Convención sobre los Derechos del Niño que ampara los derechos de los menores de edad, que tiene plena aplicación en nuestro país y en todos los países que ratificaron su adhesión, siendo sólo Estados Unidos el que aún no participa.

Para comenzar, se hará un repaso de los artículos que tienen relación con el tema investigado, partiremos de la Convención de los Derechos del Niño que es un tratado internacional tomado como fuente de inspiración por otras normas en lo que respecta al derecho de familia por lo que merece su análisis, luego se continuará con nuestra Constitución Nacional, continuando con nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, y finalizando con la ley 26.061, Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.

La selección de normas a desarrollar son instrumentos legales que expresan los derechos de los niños, enuncian un conjunto de normas de protección y garantías de la infancia y tienen vinculación directa con todo lo relacionado a los deberes y obligaciones de sus progenitores.

El capítulo II como objetivo primordial se propone luego de entender estas normas protectoras en beneficio de los menores de edad conocer y analizar la responsabilidad que asume nuestro estado para velar por las garantías, asistencias especiales, y ejecutar planes de acción que las harán cumplir.

1- LEY 23.849

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño:

La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado internacional que guía el camino al cual deben aspirar las políticas públicas de la mayoría de los países y la sociedad en los temas que afectan los derechos de los menores de edad.

Es un tratado que cuenta con el mayor número de países adherentes, actualmente ciento noventa y cuatro son los estados que lo han ratificado. Tiene diferencias con otros tratados anteriores, porque reconoce a los niños, niñas y adolescentes tomándolos como sujetos de derechos, esto explica que son reconocidos como personas y como tal esos derechos deben ser respetados. Enuncia que los adultos son sujetos que tienen derechos y obligaciones que cumplir.

Con la reforma de la Constitución en nuestro país en el año 1994, se introduce los tratados internacionales dándoles un rango jerárquico superior a las leyes de nuestro país. Es así como se incorpora la Convención sobre los Derechos del Niño. Es en esta instancia, cuando se comienza a hablar de una protección integral de los niños; surge un cambio en la forma de analizarlo, dicho en otras palabras es la forma de concentrar, considerar y proteger la infancia como sujetos de derechos dejando de ser objeto de derechos de sus padres o tutores.

Con este tratado el Estado pasa de ser intervencionista en las relaciones familiares, para convertirse en una fuente de garantías necesaria para el cumplimiento de sus derechos, y como lo mencionamos ut supra para lograr la protección de los menores.

La Convención de los Derechos del Niño importa un tránsito fundamental del Estado intervencionista (ley 10.903), al Estado garantista, que agrupa los principios constitucionales e internacionales humanitarios, destacando la función de las familias, posicionando al niño, niña y adolescente como sujeto de derecho y como eje de protección (Lloveras y Bonzano, 2010)

1.1- Principios fundamentales de la convención:

La Convención de los derechos del Niño enumera cincuenta y cuatro artículos, en ellos se definen los derechos humanos básicos que disfrutaban los niños y niñas menores de 18 años, los cuales se ven reflejados en los principios que lo rigen, es decir aquellos que

garantizan el interés superior del niño, niña y adolescente, la supervivencia y el desarrollo en la máxima medida posible, una plena participación en la vida familiar, cultural y social. También aquellos que garantizan la no discriminación; el derecho a la supervivencia; a la protección contra influencias peligrosas, los malos tratos y la explotación.

1.1.1- La no discriminación:

En su Artículo 2 establece que los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.⁸

Este principio hace alusión a que todos los Estados partes deberán respetar todos los derechos que en ella se establecen garantizando su aplicación sin distinción alguna y respetando la jurisdicción de cada niño, asegurando medidas tendientes a la protección contra toda forma de discriminación. Fue incorporado en todos los instrumentos básicos de los derechos humanos para establecer claramente que no existe causa que justifique el trato desigual de niños y para establecer que los menores más vulnerables y desfavorecidos cuenten con dicha protección.

Es uno de los Principios fundamentales que fue receptado por varios países en donde se lo tomó como fuente de inspiración para las legislaciones propias para favorecer la protección de sus niños menores ante actos discriminatorios.

1.1.2- El Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente:

Es el principio rector considerado el eje central de esta Convención, definido y reconocido en el art. 3 inc.1 al establecer que todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las

⁸ Art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño. *Unicef.org*. Recuperado el 28/05/2018 de: <https://www.unicef.org/argentina/spanish/7.-Convencion>

autoridades administrativas o los órganos legislativos deberán priorizar el interés superior del niño⁹.

Cuando se enuncia o menciona Interés Superior debemos entender que implica dar prioridad, tener consideración primordial al bienestar de los niños y niñas menores de 18 años. Centrarse en el interés superior del niño es entender la relación con los demás principios generales de la convención sobre los derechos del niño tales como la no discriminación, (analizada ut supra) el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo así como el derecho del niño a ser escuchado entendiendo que debe prevalecer ante cualquier otro interés que vaya en su perjuicio.

La adecuación al interés superior del menor, por tanto, se sitúa como el punto de partida y de llegada en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno tanto a la defensa y protección de los menores, como a su esfera de su futuro desarrollo profesional. (Palazzo, 2015, p. 159).

Elementos como las opiniones del niño, su identidad, la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones, los cuidados, la protección y la seguridad del niño, su situación de vulnerabilidad y su derecho a la salud y a la educación son fundamentales para la determinación del interés superior del niño. Estos pueden variar según cada caso entre un niño y otro, y entre un contexto y otro, pero el requerimiento de un equilibrio objetivo en la evaluación del interés superior del niño es un dato indiscutible.

Siempre se tendrá en cuenta que al interpretar o analizar sobre Interés Superior del Niño se hará referencia a que frente al conflicto de dos o más principios, derechos e intereses plenamente aplicables siempre será innegable primar el que otorgue mayor beneficio al menor.

1.1.3- La supervivencia y el desarrollo en la máxima medida posible:

Este principio que regula la normativa se funda en la dignidad misma de todo ser humano, en las características que le son propias a todos los niños, y siempre pone énfasis en la necesidad de sus capacidades y desarrollo integral. Es el principio que espera que los

⁹ Art. 3 inc. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. *Unicef.org*. Recuperado el 28/05/2018 de: <https://www.unicef.org/argentina/informes/convenci%C3%B3n-sobre-los-derechos-del-ni%C3%B1o>

estados entiendan el término “desarrollo” como la forma más amplia de abarcar el desarrollo tanto mental, moral social, mental, físico y espiritual del niño. Apuntando siempre a que dicho proceso sea el más óptimo. Lo encontramos expresado en el art. 6 apdo. 1) Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2) Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño¹⁰.

Este principio hace referencia a los recursos necesarios para supervivir y alcanzar el pleno desarrollo del niño. Incluyen además de alimentación, vivienda, educación, salud recreación, etc. No sólo consiste en que existan los medios sino se deben garantizar su cumplimiento.

1.1.4- La participación:

Mediante este principio rector de la presente ley el niño toma un rol activo en el ejercicio de sus derechos, se puede decir que se torna efectivo el posicionamiento como sujeto de derecho al poder ejercerlo por sí mismo.

b). Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado...Los niños tienen derecho a decir lo que sienten y/o lo que piensan. Sus opiniones deben ser tomadas en cuenta. Siempre bajo la autoridad de sus padres o representantes, se les reconoce un nivel de participación acorde a su nivel de madurez en las decisiones que puedan involucrarlos.

Todos los derechos que se definen en la Convención son inherentes a la dignidad humana y el desarrollo armonioso de todos los niños y niñas. La Convención protege los derechos de la niñez al estipular pautas en materia de atención de la salud, la educación y la prestación de servicios jurídicos, civiles y sociales¹¹.

Es otro de los principios fundamentales por el cual los niños y niñas tienen derecho a emitir su opinión sobre cuestiones que afecten su vida. Principio que garantiza a los niños que, al poder expresar su opinión se los escuchará respetando su edad evolutiva y madurez.

¹⁰ Art. 6 inc. 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño. *Unicef.org*. Recuperado el 28/05/18 de: <https://www.unicef.org/argentina/informes/convenci%C3%B3n-sobre-los-derechos-del-ni%C3%B1o>

¹¹ Art.12. de la Convención sobre los Derechos del Niño. *Unicef.org*. Recuperado el 28/05/18 de: <https://www.unicef.org/argentina/informes/convenci%C3%B3n-sobre-los-derechos-del-ni%C3%B1o>

Ofrece la oportunidad de ser escuchado en los procedimientos judiciales o administrativos, ya sea en forma directa o por medio de un representante cuando exista alguna situación de su vida que deba resolverse.

Disfrutar de sus derechos ayudará a los niños, niñas a su crecimiento y a prepararse para desempeñar una función activa en la sociedad.

2- Constitución Nacional Argentina:

Nuestra actual Carta Magna que fue sancionada en el año 1.853 y reformada en el año 1.994, no presenta de manera expresa conceptos de familia, ni hace alusión precisa a los deberes y obligaciones de los progenitores para con sus hijos menores. Puede inferirse que queda librado a la interpretación tanto de los juristas como de los doctrinarios y al marco jurídico en que vaya a ser aplicada la norma. Puede entenderse que la Constitución Argentina se enrola en una tesis amplia de familia en la cual se incluye a todo el grupo parental.

En el artículo 75 inciso 22 de La Carta Magna expresa que se le confiere al Congreso de la Nación el poder de aceptar o rechazar Tratados y/o Acuerdos Internacionales, es así como se incorpora la convención de los derechos de los niños como aquel tratado internacional que regulará los derechos humanos y lo pertinente al derecho de familia, otorgándole rango constitucional. Es a partir de este momento cuando se comienza a hablar de protección integral en los niños. Surge un cambio en la forma de analizarlo, dicho en otras palabras es la forma de concentrar, considerar y proteger la infancia como sujetos con derechos.

El artículo 14 bis hace referencia a los derechos de las familias y sus beneficios, siendo responsabilidad y tarea del estado tomar todas las medidas necesarias para su cumplimiento.

El Estado otorgará los beneficios de (...), la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna¹².

Por último no debemos dejar de señalar que todas las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no enumerados y permitiendo aquellas que puedan nacer de los principios de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno¹³.

Se puede concluir entonces que, aunque la Constitución no exprese el concepto de familia, sus deberes y obligaciones, la protege de manera implícita, sobre todo a partir del año 1994, año en el que se incorporan determinadas convenciones y/o tratados internacionales con jerarquía superior a las leyes nacionales dentro las cuales hacen hincapié sobre la familia como institución protectora, con derechos y deberes que de ella emergen.

3. LEY 26.994

Código Civil y Comercial de la Nación:

La Ley que inicia el camino hacia la modificación del nuevo código civil y comercial es la N° 26.994, es dable recordar que para tal fin se formó una comisión de juristas, los cuales presentaron un anteproyecto al Congreso de la Nación en los que se detalló los métodos y principios que lo inspiraron. Estos principios fueron tomados de la Convención de los Derechos del Niño, de la Constitución Nacional, de los Derechos de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes; con el objetivo primordial de enfocar en los derechos humanos de las personas y adecuarlos a los cambios sociales que se vienen generando en los últimos tiempos como consecuencia de los cambios en las familias y por el aumento de la finalización de los vínculos afectivos entre los adultos.

Podemos destacar como primer gran avance, el paso de un código que, respetando la tradición del siglo XIX, tenía una mirada patrimonialista, de posición sobre el

¹² Art. 14 Bis de la Constitución Nacional Argentina.

¹³ Art. 33 de la Constitución Nacional Argentina.

menor a un nuevo Código, que enfoca la persona como sujeto de derechos. Surge entonces en el año 2012 el anteproyecto de un nuevo Código Civil y Comercial que presentó lineamientos generales expresando esta nueva mirada en materia de derecho de familia; que es lo que investigamos en este trabajo; también sobre los niños, sobre los deberes y obligaciones de los progenitores.

Toma de la convención de los Derechos del niño el principio rector, el interés superior del niño destacando que ante el conflicto de derecho o de intereses plenamente aplicables, siempre se tendrá en cuenta aquel que brinde un mayor beneficio según el caso a resolver. Tiene en cuenta la autonomía progresiva del menor conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, disminuyendo la representación de los progenitores con el desarrollo de su autonomía progresiva. Por último en lo que respecta a los principios rectores fundamentales es el derecho a ser oído, a que su opinión sea tenida en cuenta dependiendo de la edad y madurez del menor.

Incorporamos al Código, por ejemplo, la autonomía progresiva de los niños de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y de la ley 26.061; también los derechos de las personas con discapacidad. Ningún artículo debe interpretarse en forma aislada (Kemelmajer de Carlucci, 2013, p.106-107).

Nuestro código Civil y Comercial en los artículos 638 al 704 trata sobre la responsabilidad parental. La define en el art. 638 como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado (concepto analizado en el capítulo I)

4- LEY 26.061

Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

En el año 2005 Argentina promulgó la Ley 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, la cual fue una adecuación de lo

expresado en la Convención de los Derechos del niño. Tiene la intención de garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de sus derechos.

Significó un cambio sustancial en el cual los niños, niñas y adolescentes dejaron de ser objeto de tutela del Estado para pasar a ser sujetos con Derechos. Así se supera ley de Patronato (Ley 23.064), que fue la primera ley de menores de América Latina que durante el siglo pasado sus derechos estaban intervenidos como se dijo anteriormente por el estado y la que daba facultades de tutela a los jueces para disponer de ellos.

Esta ley nos marca que el estado no debe ser patrón sino el generador del cumplimiento de los derechos de los niños y niñas para su bienestar, mediante políticas públicas conscientes en los derechos de los niños y niñas, también favoreciendo una protección, en que la situación económica no puede ser motivo de la separación del niño de su familia, pero sí establece y obliga al Estado a brindar apoyo a la familia con programas posibles de educación, vivienda y salud.

La carencia de estos criterios no puede ser motivo de la separación del niño de su familia, pero sí establece y obliga al Estado a brindar apoyo a la familia para evitarlo.

El artículo uno de la Ley 26.061 interpreta que esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes de la República Argentina, garantizando el ejercicio, disfrute pleno y efectivo, reconocido tanto en la legislación nacional como en la de los tratados internacionales en los que la Nación tome adhesión. Todos los derechos que esta ley reconozca deben asegurar y garantizar que responderán al interés superior del niño¹⁴.

Continuando con el artículo 2 de la ley se menciona claramente que lo expresado en dicho instrumento legal será de aplicación obligatoria en todos los actos concerniente a la vida de un menor de edad, tanto para procedimientos judiciales o administrativos.

¹⁴ Art. 1 de la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Los principios que venimos desarrollando como el derecho a opinar, a ser oídos son derechos y garantías de orden público, irrenunciable e intransmisible¹⁵.

Posteriormente en el art. 3, la ley 26.061 explica que el interés superior del niño, niña y adolescente hace referencia a que cuando exista un conflicto entre los derechos de los menores de edad frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros¹⁶.

La ley reconoce en su artículo 7 a la familia como la que debe asegurar a sus hijos menores el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías y que tanto el padre como la madre tienen responsabilidades y obligaciones en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos aún sin continuar con el vínculo que los unía¹⁷.

Podemos encontrar dentro de la ley de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescente la primera evocación de Responsabilidad Coparental. Hasta el momento no se nombró en ninguna otra ley precedente lo atinente a los deberes y obligaciones de los progenitores respecto a sus hijos menores de edad, dejándolo expresamente plasmado en la Responsabilidad familiar.

Esta ley garantiza a los niños, niñas y adolescentes el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, además de contar con la asistencia de un letrado especializado y participar en todo procedimiento judicial que lo afecte¹⁸. Es importante destacar que la misma es de aplicación obligatoria ante cualquier acto de naturaleza que tenga relación con las personas menores de 18 años de edad.

Conclusiones parciales:

Luego de analizar el tratado internacional, la Convención de los Derechos del niño, se puede establecer que, la Constitución Nacional, el Código Civil y Comercial de la Nación y

¹⁵ Art. 2 de la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

¹⁶ Art. 3 de la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

¹⁷ Art. 7 de la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

¹⁸ Art.27 de la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

la Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, toman como base los principios fundamentales del mencionado tratado y en su conjunto forman los principios rectores de la responsabilidad parental.

La Convención sobre los Derechos del Niño viene a instituir con fuerza de ley internacional a todos los Estados partes una nueva mirada para con la niñez, visión que va de la mano con los derechos humanos. Reconoce al niño como sujeto de derechos, activo, autónomo y participativo, con capacidades. Expresa como actores responsables de su cuidado a la familia, el Estado y la sociedad.

En el análisis de nuestra Constitución Nacional no están detallados los principios ni definiciones sobre la responsabilidad parental, enuncia en forma general los derechos de los niños al mencionar las obligaciones que tienen las familias para con sus hijos, lo encontramos precisamente como lo mencionamos anteriormente en el artículo 75 inciso 22, a diferencia del Código Civil y Comercial de la Nación y la Ley 26.061 lo exponen en sus artículos analizados en este capítulo y hacen eco de los principios fundamentales tomados de la Convención de los Derechos del Niño, también analizados ut supra, de esta forma brindan un marco protectorio para el niño sujeto de derechos, lo reconoce como persona titular de todos los derechos que gozan las personas humanas, tanto de derechos civiles, como políticos, económicos, culturales, sociales y ambientales.

Las legislaciones analizadas hacen eco de todos los derechos inherentes a los niños y de los cambios producidos en materia de familia. Coinciden y entienden que por su condición de persona, todo niño menor de edad en desarrollo, goza de ellos siendo estos instrumentos legales la garantía de su cumplimiento.

CAPITULO III

PRINCIPIOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Introducción:

Los principios rectores o generales son los puntos sobresalientes y transversales que regulan la responsabilidad parental, podemos decir que en ellos se puede plasmar la finalidad de este instituto. Fueron expresados por primera vez por la Convención de los Derechos del Niño, instrumento legal e internacional que sentó como base el “Interés Superior del niño” para garantizar la protección integral de los menores de edad. De aquí surge, también el derecho del niño a ser oído deslindando esta obligación a los Estados intervinientes de amparar y garantizar este derecho. Tiene en cuenta la opinión del niño en todo lo referente al desarrollo de su vida respetando su autonomía progresiva que se desarrollará según su evolución madurativa. Estos tres principios son una clara muestra de la función social que implica asumirlos y son la garantía por parte del estado para hacerla cumplir.

Los principios enunciados por la Convención de los Derechos del niño lo expresa el art. 639, del Código Civil y Comercial de la Nación donde expresa que la responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: a) El interés superior del niño; b)- La autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c)-El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez¹⁹.

Luego del análisis y comprensión del concepto de la responsabilidad parental enfocada desde los tres principios fundamentales de los derechos del niño encontraremos el sentido y funcionalidad de la misma, como así también los lineamientos para aplicar las principales líneas rectoras de las que se desarrollaran en estos capítulos.

1- Principios rectores de la Responsabilidad Parental:

1.1-Interés superior del niño:

¹⁹Art.639. Código Civil y Comercial de la Nación.

Este principio nos encamina a tomar todas las decisiones y medidas para el reconocimiento y protección de los derechos de los niños. No tiene una definición exacta, pero nos explica y relaciona un marcado progreso en las garantías y protección de los derechos humanos en general; con la idea de que todas las personas -incluidos niños- gozan de los derechos consagrados para los seres humanos. Es considerado como el principio interpretativo fundamental para toda decisión a resolver en relación al niño de modo que satisfaga tanto el interés buscado para los niños como el procedimiento correcto que demuestre que se ha tenido en cuenta explícitamente tal derecho.

Se debe considerar y tener presente que desde la aprobación de la Convención de los Derechos de los Niños, todo lo referente a los menores que sean tomados por instituciones públicas o privadas de bienestar social deberán responder considerando su interés superior, siendo obligación de los estados partes tomar todas las medidas que garanticen su protección y cuidado cuyo cumplimiento permitirá un amplio desenvolvimiento de sus potencialidades²⁰.

Por último, no debemos olvidar que el interés superior del niño es el principio rector principal sobre el cual se fundan la regulación de los derechos y funciones de la responsabilidad parental. Plasma la importancia que cumplen los menores de edad dentro de sus familias y como miembro de la sociedad, convirtiéndose en un mandato a hacer cumplir por cada Estado en particular.

1.1.2 Recepción Jurisprudencial.

Tomar como modelos las disposiciones jurisprudenciales emanadas por tribunales superiores nos sirve de aporte como punto inicial para aplicar la toma de decisiones sobre algunas cuestiones que por lo general se presentan referidas a controversias sobre la vulneración de los derechos fundamentales y entender la aplicación de diversas teorías doctrinarias que contribuirán al análisis e interpretación del derecho positivo como ejemplo el caso V. C. M. G. CONTRA V. J. C. POR AUTORIZACION nos permite entender la

²⁰ Art. 3. Convención sobre los Derechos de los Niños.

aplicación de las distintas normativas mencionadas ut supra, analizadas e incorporadas al nuevo código civil y comercial.

Este caso enfrenta como autora a la madre y como demandado el progenitor de una menor en la Cámara 1º de Apelaciones de Familia de la provincia de Mendoza. El mismo se inicia con la presentación de un recurso de apelación interpuesto por el demandado, en donde la autora solicitó autorización judicial para poder realizar un viaje con la hija de ambos, menor de edad a la ciudad de España por el lapso de dos años quedando autorizada a entrar y salir de la Argentina por dicho lapso, en compañía de su padre o su madre y/o la persona hábil que estos designen, la que será válida mientras no sea revocada judicialmente. El apelante sostiene que no hay garantías de que su hija retorne de España ya que el verdadero motivo del viaje es que allí vive la pareja de la madre y que el motivo también es el crecimiento profesional de la autora. Que ello sería perjudicial para el desarrollo socio afectivo de la menor debido a que él no es un padre ausente y a que la menor se encuentra vinculada con la familia paterna. La actora contesta el traslado de la expresión de agravios solicitando se mantenga la sentencia en todas sus partes.

Luego de analizar las alegaciones de las partes la Asesora de Menores dictamina que la autorización otorgada no responde a los intereses de la menor sino a los de su madre.

Considera que no corresponde hacer lugar a la autorización solicitada por la madre para viajar con la menor a España y permanecer en dicho país por el lapso de dos años, dada las siguientes circunstancias: a) la actora no probó los hechos afirmados como fundamento de su pretensión; b) el verdadero motivo del viaje de la actora es poder estar con su pareja y el perfeccionamiento profesional y la idea de obtener un trabajo invocado por la misma, atendiendo al tiempo transcurrido desde la petición (dos años), carecen de todo sustento objetivo; c) el viaje aparece injustificado para la niña, frente al posible perjuicio de su superior interés (art.3.1 CDN, art. 3 ley 26.061), ya que implicaría una drástica modificación de su modo de vida, el cambio de escuela o colegio, la interrupción de sus vínculos afectivos con su padre, hermanos, amigos y familiares maternos, para sumirla en una situación traumática o al menos difícil de manejar y procesar, como es tener

que adaptarse a otra sociedad, a otro tipo de enseñanza, con otras costumbres y pautas culturales .

El Fallo que se menciona resuelve sobre las modificaciones pretendida en la vida cotidiana de la menor, teniendo en cuenta el interés superior de la niña, principio rector de la Convención de los Derechos del Niño tomada por nuestro Código Civil y Comercial de la Nación.

La responsabilidad parental constituye una institución legal y social cuyo objetivo es garantizar el desarrollo integral de la niña, niño o adolescente acordes a sus necesidades a la cual la actora deja de lado por asuntos personales considerándose que pueden llegar a ser perjudiciales.

Como bien cita el fallo el art. 3 inciso 1 de la convención de los Derechos del niño: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Se interpreta que la fundamentación se basó atendiendo a las características que podrían ser desfavorables al desarrollo de la menor, el cambio de vida, de escuela o colegio, la interrupción de sus vínculos afectivos con su padre, hermanos, amigos y familiares maternos considerando que la autorización para que la menor permaneciera en otro país no contaba con una justificación sólida. Como así también se basó en la modalidad compartida indistinta y en donde la decisión de un progenitor no será perjudicial para los hijos, como se puede interpretar en la autorización que la autora solicita sin considerar ante todo el interés superior de su hija.

Se toma el artículo 3 de la ley 21.061 el cual responde, como dijimos, al Interés Superior del niño, niña y adolescente entendiéndolo como el principio que debe permitir la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esa ley. Teniendo en cuenta la mención de este artículo los derechos que sirvieron de sustento para la decisión judicial debemos nombrar:

-Respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural.

-Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde los niños, niñas y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia

En conclusión se debe destacar que este fallo fue muy importante debido a que el tribunal intentó proteger en todo momento los intereses de la menor en el marco de la promoción y protección de sus derechos atribuyéndole un contenido preciso con fundamentos de cada una de las decisiones tomadas²¹.

2- La autonomía progresiva:

La definición de este principio nos remite a la normativa internacional, Convención de los Derechos del Niño, ya que es esta fuente la que inicia el reconocimiento de este derecho que hace referencia a la evolución de la madurez de los niños. Este instrumento legal expresa que a los niños se les debe brindar dirección y orientación para que en relación a la evolución de su madurez ejerzan sus derechos, tal como lo podemos ver reflejado en el artículo 5 de la Convención, que establece que los estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención²².

Del artículo antes mencionado se desprende que el principio de autonomía progresiva responde a que el menor de edad podrá decidir y elegir según su proyecto de vida, intereses y deseos cómo ejercerlo de acuerdo a la evolución de sus facultades. Esto explica que los

²¹ C.A. de Familia. Mendoza, “C. G. POR LA MENOR V. C. M. G. CONTRA V. J. C. POR AUTORIZACION”, Expte.: 541/15.

²² Art.5 de la Convención de los derechos del Niño.

niños van adquiriendo la capacidad de ejercer y poner en práctica sus derechos a medida que se van desarrollando como personas.

La concepción moderna de infancia que aporta la Convención sobre los Derechos del Niño permite igualar los derechos humanos entre los niños y adultos surgiendo la idea del niño como sujeto pleno de derechos, reconociéndoles, dándoles una mayor autonomía y disminuyendo la representación de los progenitores en el ejercicio de esos derechos.

También encontramos este reconocimiento en la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, en el artículo 3 inciso d) que impulsa a respetar la edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales del niño. En consecuencia la capacidad progresiva reconoce las facultades de los menores conforme a la madurez y etapa de desarrollo evolutivo²³.

La autonomía progresiva es entendida por la mayoría de los autores consultados como Marisa Herrera, R. Jauregui, Zannoni como el principio legalmente jurídico fundamental que inspira al derecho privado, principio que sustenta la libertad individual acorde a la edad de madurez de los niños permitiendo desarrollar la autonomía de la voluntad como un potencial para regular sus derechos y obligaciones; es decir, gozar y poder ejercerlos.

La convención de los derechos del niño consagra como nuevo universo jurídico a los tres principios rectores, el interés superior de niño, el derecho del niño a ser escuchado y el respeto por la autonomía progresiva. Entendido este último principio como la capacidad de los menores de ejercer autónomamente según su madurez, sus propios derechos. Esto significa que al tener los hijos mayor autonomía en el ejercicio de sus derechos disminuye la representación de los progenitores en tales actos.

Siguiendo las palabras de la autora Marcela Zeledón, se concluye que los niños gozan de una autonomía progresiva cuando alcanzan el desarrollo de ciertos derechos tanto los niños, niñas y adolescentes, cuando alcanzan libertades acorde a su madurez y a las diferentes

²³ Art.3 inc.d Ley de Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

etapas de la infancia; los padres no son quienes deciden por ellos, sino que su rol es de orientación y dirección propia, para que el niño ejerza sus derechos (Zeledón, 2015).

La función primordial de este principio es facilitar o posibilitar que todos los niños puedan ejercer por sí mismos sus derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico. Podrá lograrse siempre y cuando los progenitores brinden a sus hijos cuidados, sustento que lo ayuden de manera gradual y a medida que adquieren el desarrollo de sus potencialidades.

3- El derecho del niño a ser oído:

Cuando hablamos del derecho del niño a ser oído decimos que es el principio que garantiza a todo niño, niña y adolescente que esté en condiciones de formar un juicio propio a expresar su opinión libremente en asuntos relacionados a su vida, otorga al niño el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte²⁴.

Nuestro estado incorpora el derecho del niño a ser oído a través de la Ley 26.061 en el artículo 3 inciso b) el cual expresa que se debe respetar el derecho de las niñas, niñas y adolescentes a ser oídos y a que sea tenida en cuenta su opinión²⁵. En concordancia con lo anteriormente expresado el artículo 24 regula que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho, en todos los ámbitos en que se desenvuelvan sea el estatal, familiar, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo a participar y expresar de modo libre su opinión en los asuntos que los involucren y en los cuales tengan interés y que sus dichos sean tomados en cuenta de acuerdo a su madurez y grado de desarrollo²⁶.

El derecho del niño a ser oído es el principio que considera que todos los niños según su madurez están en condiciones de formar un juicio propio, y es el Estado el que debe evaluar y adoptar todas las medidas necesarias para respetar y hacer cumplir este derecho incluyendo no solo el recabar la opinión sino la obligación de tenerla en cuenta en función de la edad y madurez del niño.

²⁴ Art. 12. Convención de los Derechos de los niños.

²⁵ Art. 3 Inc. b. Ley 21.061 Ley de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescente.

²⁶ Art. 24 Ley 21.061 Ley de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescente.

Para el caso de los niños y niñas, conviene dejar perfectamente en claro que escucharlos no significa lisa y llanamente seguir sus deseos, sino ponderarlos para contestar sus pretensiones en derecho y prueba. El juez debe dar intervención a los profesionales de los equipos interdisciplinarios, quienes aseguran una escucha (Jáuregui, 2016, p.142).

Se debe considerar que existen distintos niveles de comprensión que pueden variar no solo por la edad biológica sino por la información, experiencia, la cultura y nivel de apoyo familiar. Esa opinión no tiene porqué ser tomada tan exhaustiva en todos los aspectos o consecuencias sino una comprensión del asunto que se trata, es decir que debe ser escuchado en los asuntos que los afecten con la mirada de encontrar soluciones, aún por igual sin importar discapacidad pueden formar una opinión libremente. Esta libertad de opinión hace alusión a que el niño se pueda expresar sin presión, sin manipulación, que la misma sea propia y no de otros.

3.1 Recepción jurisprudencial.

La recepción jurisprudencial sobre los derechos de los niños menores es muy amplia desde la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación hasta la actualidad, de los existentes se puede hacer referencia al siguiente fallo a modo de interpretar los principios antes desarrollados. El caso que se presenta es emitido por la ASESORIA DE FAMILIA E INCAPACES s/ Medidas de Protección (SSB)” (Expte. N° 145 - Año 2015 CAT). Podemos analizar que la Cámara de Apelaciones de Trelew, Provincia de Chubut reafirmó el derecho de la niña a ser oída durante el proceso y a ser sujeto activo de una decisión que ella juzgaba traumática y perturbadora de su vida.

En la resolución se interpreta la aplicación del Código Civil y Comercial que entró en vigencia ese mismo año, por lo tanto es el que correspondía aplicar por ser el nuevo ordenamiento que empezaba a regir. Resulta de este instrumento legal la aplicación del artículo 26, que es muy claro al expresar que, la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo

proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona, derecho aplicado al caso.

Como lo expresa el fallo la norma es de tal claridad que afirma el derecho de la menor, no solo a ser oída, sino a participar de la decisión que la involucra. La madre de la menor no se hallaba en dominio de sus emociones y no tenía al presente estabilidad anímica como para lidiar eficazmente con una menor en las condiciones en que se encontraba. Motivo que permitió a la menor dar su opinión y ser escuchada por considerar que el contacto que, desde un primer momento la menor negó, podía hacerle más mal que bien en tanto se mantengan las actuales condiciones.

En cuanto a la sentencia de primera instancia, que había autorizado a la menor a permanecer durante tres meses junto a una tía abuela y ordenaba concretar encuentros con su madre y el gradual retorno a su hogar, la jueza Natalia Spoturno manifestó que “parece dictada para otra causa. No se tuvo en cuenta ni la opinión de la adolescente ni los consejos de los profesionales intervinientes. El derecho que tienen las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados y que su opinión sea tenida en cuenta posee jerarquía constitucional desde la reforma constitucional de 1994, uno de los tres principios fundamentales que rigen los derechos de los menores.

Agregó que, en la audiencia realizada tras la apelación, la menor -que cuenta en la actualidad con 14 años de edad- se mostró “madura, serena y conocedora de la situación que la tiene como protagonista”, podemos interpretar aquí la aplicación del principio de autonomía progresiva.

Es así que, tal como aconsejó su médico tratante y también su psicóloga, es ella quien debe determinar si está o no preparada para tomar contacto con su madre y el modo de hacerlo. La jueza consideró, coincidiendo en consecuencia su opinión con la del vocal preopinante, que no se respetó su superior interés forzándola a atravesar por situaciones para las cuales tal vez no esté aún preparada o no lo esté su madre²⁷.

²⁷ C. A. Trelew, “ASESORIA DE FAMILIA E INCAPACES s/ Medidas de Protección (SSB)”, (2015). Expte. N° 145.

La decisión del caso deja claro que el tribunal respetó y tuvo en cuenta las expresiones de la niña. Y como manifiesta la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 12, deben valorarse teniendo en cuenta cada caso particular, la autonomía del menor, el criterio propio expresado, si existió influencia de los padres u otro tercero en lo expresado, el grado de madurez para entender acontecimientos pero por sobre todo su voluntad. También deja entrever que, al reconocerle su autonomía no se basa la decisión en otorgarle poder en todos los conflictos que lo incluyan, sino que siempre se tomará y deberá prevalecer su interés superior, esto no significa que deba hacerse lo que la menor desea sino que, este principio que siempre va a garantizar la satisfacción de todos los derechos inherentes a los niños menores de edad sobre sus expresiones y de acuerdo a su grado de madurez.

Como consecuencia de todo lo expresado la decisión se fundó primero sobre el interés superior de la niña, el derecho a ser oída y tuvo en cuenta la autonomía de la menor ya que entendía perfectamente sobre la situación planteada y contaba con la madurez necesaria. Estos principios con sus fundamentos en los instrumentos legales permitieron la resolución final de la controversia.

Conclusiones Parciales:

El principal objetivo de este capítulo fue comprender la aplicación de los principios que rigen y que a la vez son la fuente de origen de la responsabilidad parental. Para su correcta aplicación fue necesario realizar un recorrido de los tres puntos rectores con el objetivo de enmarcar las figuras legales que derivan de ellos para ser aplicadas según cada caso particular.

Con respecto a la autonomía progresiva, se entiende que es concebida como una concepción flexible basada en la madurez y desarrollo evolutivo del menor, y será por este principio que tendrán los menores la posibilidad de ejercer sus derechos. Implica tener una mirada renovada de los niños. En relación a este punto se incorpora como novedad la responsabilidad parental de los progenitores adolescentes, figura que sirve como ejemplo y gran adelanto en la materia de autonomía progresiva ya que a partir de ella serán los padres adolescentes los que tendrán la crianza y la toma de decisiones relacionadas a sus hijos.

En conjunto con los otros principios mencionados ut supra completan el análisis de los principios rectores más relevantes.

CAPÍTULO IV

FIGURAS LEGALES QUE DERIVAN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

En el capítulo anterior se buscó interpretar los principios que rigen la responsabilidad parental, es decir la fuente de origen de la misma. En este apartado se relacionarán dichos puntos con las figuras legales que puedan originarse ante situaciones que se desencadenan ante la disolución del vínculo afectivo que une a los adultos y de cuya relación se encuentren afectados los hijos menores de edad y no emancipados.

Las figuras legales derivadas de la responsabilidad parental que se desarrollarán están señaladas en el artículo 640 del Código Civil y Comercial, expresa tres figuras a tener en cuenta: a). Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental. b). El cuidado personal del hijo por los progenitores. c). La guarda otorgada por el juez a un tercero

1 -Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental:

Hablar de titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental pareciera que son palabras que tienen igual significado, pero entre ambas existe una marcada diferencia. La titularidad hace referencia específicamente al conjunto de deberes y derechos que la ley reconoce a ambos progenitores salvo que existiera la extinción o suspensión; mientras que el ejercicio es la posibilidad de hacer valer los derechos y deberes que los progenitores tienen sobre los hijos menores y no emancipados. Estos pueden ser ejercidos en forma conjunta tomada o de forma unilateral siendo esta última la excepción del ejercicio de la responsabilidad parental. Nuestro Código Civil y Comercial toma como regla general el ejercicio de forma conjunta con modalidad indistinta. (Zannoni y Bossert, 2016).

Existen situaciones en la que la relación padres e hijos lleva a que el ejercicio de la responsabilidad parental se manifieste según cada caso.

En el caso de cese de convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, lo cual implica una modificación en la vida familiar, les corresponde el ejercicio a ambos progenitores. El fundamento sería que así como de la misma manera ejercían ambos progenitores durante la convivencia se continúe en los diferentes actos de la vida cotidiana de sus hijos después de la disolución del vínculo entre los adultos. De esta forma el cese de la convivencia en

relación a los hijos afecte con la menor incidencia jurídica posible, permitiendo de esta forma mantener el ejercicio compartido de la responsabilidad parental. Podemos interpretar en este caso que comparten tanto la titularidad como el ejercicio.

En el caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, le corresponde al otro ejercer de manera unilateral tanto la titularidad como el ejercicio de la responsabilidad parental²⁸.

Otro es el caso de hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial y con doble vínculo filial, en el primero mencionado le corresponde el ejercicio al único progenitor. En este supuesto, el de niños sólo con una filiación, comparado a la antigua legislación que nos regulaba no hubo modificaciones, se mantiene el sistema por el cual tiene el ejercicio de la responsabilidad aquel que también posee la titularidad de manera única²⁹.

En caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno estableció por declaración judicial al otro progenitor el ejercicio de la responsabilidad parental, le corresponderá al progenitor que lo reconoció. Puede suceder que en pos del interés del o de los hijos de los progenitores y estos de común acuerdo o con autorización el juez pueda pactar el ejercicio conjunto u otras modalidades³⁰.

Cuando los progenitores sean adolescentes entre 13 y 18 años podrán ejercer la responsabilidad parental de sus hijos estén o no casados. Pueden decidir en lo relacionado a las tareas que hacen a su cuidado, salud y educación. El nuevo código civil y comercial expresa una función primordial al progenitor del adolescente padre, que es oponerse a la realización de prácticas que resulten perjudiciales al niño, pudiendo también intervenir cuando los progenitores adolescentes omitan realizar acciones que favorezcan a su adecuado desarrollo.

²⁸ Art 641.Inc. C. del Código Civil y Comercial de la Nación.

²⁹ Art.641.Inc. D. del Código Civil Y comercial de la Nación.

³⁰ Art.641 Inc. E. del Código Civil y Comercial de la Nación.

En la variedad de supuestos mencionados con anterioridad se pretende que ambos progenitores tomen decisiones con madurez y sobre todo buscando consensos entre ellos que beneficien a los hijos. En casos de desacuerdo será el juez quién decidirá lo más conveniente para el o los menores.

2. El cuidado personal:

Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo.

El cuidado personal es el término que reemplazó al de tenencia, concepto que regulaba el anterior código. Ahora entendido como un deber que se genera ante la disolución de la convivencia y se relaciona con la forma de organizar la vida posterior a la vida en común que conjuntamente compartían padres e hijos. El sistema que responde a la idea de que la ruptura de los padres impacte lo menos posible en la vida de los hijos es el ejercicio de la responsabilidad y cuidado personal compartido.

O sea, que si mientras los padres vivían juntos, ambos llevaban delante de manera indistinta los actos de la vida cotidiana de los hijos, tal modo de vida debe mantenerse después de la ruptura (Herrera, 2015).

Explicado en otras palabras sería el dónde y con quién seguirán viviendo los hijos ante una separación emocional y física de los progenitores. Implica la organización de los actos de la vida cotidiana de los hijos al cesar el vínculo que unía a sus padres.

El cuidado personal adquiere relevancia jurídica cuando los progenitores dejan de convivir y es entonces donde es necesario resolver las cuestiones de la vida que involucran al niño, por lo tanto cuando los progenitores no convivan, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por ambos progenitores. Dentro del cuidado personal compartido pueden darse de forma alternada: la permanencia física se distribuye por períodos de tiempo según las circunstancias de cada grupo familiar o indistinto: el hijo reside de forma principal junto a uno de los progenitores, pero las decisiones y tareas relacionadas a su cuidado son compartidas.

Es importante resaltar que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación presenta como regla general o como primera medida al cuidado personal compartido con modalidad indistinta y como excepción el cuidado personal alternado o el cuidado personal unilateral, cuando no sea posible o resulte perjudicial para el hijo otorgar el cuidado personal compartido indistinto.

Estas dos modalidades que se establece para el cuidado de los hijos no deben por ningún motivo alterar, ni deben modificar el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental.

2.1. Recepción Jurisprudencial.

En la actualidad las decisiones judiciales se adaptaron a los cambios familiares y a las modificaciones del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, los numerosos fallos existentes dan cuenta de ello.

De acuerdo al tema analizado, puede mencionarse el ejemplo, J. A. V. c/ A. J. C. s/cuidado personal de hijos” - JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE FAMILIA N° 1 DE SAN ISIDRO (Buenos Aires) – 20/11/2015 caso en el que el Tribunal otorgó la tenencia conjunta con modalidad indistinta a ambos padres, incentivándolos a compartir la crianza, pretendiendo el progenitor demandante el cuidado unipersonal con exclusividad. El padre apelo la primera decisión y la Cámara rechazó tal pedido con el fundamento basado en el interés superior del niño, el que se refiere a que ante el conflicto de derechos o intereses plenamente aplicables, siempre deberá primar el que aporte mayor beneficio al menor. Se resolvió el pedido del padre del cuidado personal unipersonal en función de los lineamientos de la Ley 26.061 y la Convención de los Derechos del Niño al reconocerlo como un ser autónomo con derechos a mantener y preservar el vínculo con cada uno de los padres; dejando los conflictos entre los adultos afuera de tal decisión. También se basó en el derecho a que el menor debe ser cuidado y educado por quienes le dieron la vida según lo expresan los artículos 7 y 18 del mencionado documento legal. Lo resuelto contempla que las funciones parentales deben ser cumplidas en forma indistinta por ambos padres, sin condicionamiento a con quien viven. Una medida contraria implicaría no garantizar sus derechos, violar su centro de vida cotidiano ya que no había motivos fundamentados por el

padre que pusiera en peligro la vida del hijo y que hicieran que se tomara esta medida excepcional del “cuidado personal unilateral”.

Lo resuelto tiene relación con el Código Civil y Comercial en donde los artículos determinan que ambos progenitores deben asumir el cuidado personal del hijo, y de esta forma distribuir entre ellos los deberes y responsabilidades, para que los niños compartan su crecimiento y desarrollo con la colaboración y presencia de ambos.

El artículo 651 del Código Civil y Comercial de la Nación establece como regla general que a pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo.

3. Delegación del ejercicio:

Conforme al artículo 643 del Código Civil y Comercial de la Nación, los progenitores conservando la titularidad de la responsabilidad parental pueden delegar en un familiar el ejercicio de la misma. Esta delegación deberá homologarse por acuerdo de ambos padres o en caso del menor que tenga un solo vínculo filial por uno solo, dándole participación de parte del juez al niño y participando él o los padres en la crianza del menor.

Siempre que prime el interés superior de los hijos y por razones fundamentadas existe la excepción de delegar el ejercicio de la responsabilidad parental que puede derivar de la decisión de los progenitores o de una decisión judicial. Esta posibilidad debe ser reconocida como una de las tantas novedades que se introduce en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y por la cual no se pierde la titularidad de la responsabilidad sino que la mantienen los progenitores con el derecho de supervisar dicha delegación. La misma puede ser delegada a un pariente cumpliéndose con los requisitos mencionado al inicio del párrafo, fundadas en interés del hijo y con razones justificadas y no sólo por cuestiones económicas o materiales exclusivamente.

Las razones de delegación deben aprovechar el interés del hijo para que los progenitores ejerzan esa opción o facultad jurídica. Entendemos que no debe estribar en circunstancias que trasluzcan imposibilidades económicas o materiales exclusivamente. De ser así, eximiría al Estado de sus deberes y, por el otro podría ser un elemento para considerar judicialmente, sería apto para distorsionar el consentimiento requerido, que el

mismo no fue prestado sin ningún vicio, esto es discernimiento, intención y libertad. Subsiste la obligación alimentaria de los titulares. Se interpreta que la delegación de guarda a un tercero tampoco exime de responder por daños y perjuicios ocasionados por el niño. Siempre se debe escuchar al niño, niña y adolescente (Jáuregui, 2016, p.31).

Como lo descripto en el primer párrafo la delegación se realizará legalmente mediante una homologación judicial entre los progenitores y la persona a la que se le delega el ejercicio. Tiene un plazo de un año pudiendo renovarse judicialmente por un año más con razones debidamente fundadas. En todos los casos el juez deberá oír al menor antes de homologar el acuerdo.

3.1 Delegación en el progenitor afín

Existe otra posibilidad legal de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental que puede recaer en el progenitor afín, es decir que el progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente, también por motivos justificados que le impida al titular cumplir con la función o que exista la imposibilidad absoluta para poder asumirla. Al igual que en la delegación a un pariente requerirá homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente. El niño, niña o adolescente debe ser escuchado y valorarse su opinión y tomar las medidas que respondan a su interés superior.

4. Deberes y Derechos de los Progenitores:

Los deberes y derechos de los padres se encuentran enumerados como deber de cuidar del hijo, de convivir con él, prestarle alimentos, educarlos, considerar las necesidades específicas según sus características psicofísicas, respetar el derecho a ser oído, prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos, respetar y facilitar el derecho a mantener relaciones personales³¹.

El cuidado de los padres hacia sus hijos es uno de los deberes que informa la totalidad de la función de parentalidad ya que implica atender todo lo que forma parte de la vida del menor, su salud física, psicofísica, cuestiones personales, religiosas, morales etc. Cuando el artículo menciona el deber y derecho de convivir con los hijos es porque será

³¹ Art. 646 del Código Civil y Comercial de la Nación.

esta convivencia la que permitirá lazos afectivos, solidarios y prohíbe expresamente los malos tratos.

Nuestro Código Civil y Comercial establece que los deberes de los progenitores están basados en el principio de la autonomía progresiva de los menores y que se inspira en el interés superior del niño.

El deber de alimentos es el deber de asistencia que deben los padres hacia sus hijos sin que se produzca el cese del mismo con la mayoría de la edad, puesto que la mayoría de edad está estipulada en los 18 años, así mismo puede alcanzar la extensión si el hijo/a continúa con sus estudios profesionales y técnicos hasta los 25 años.

El código vigente, al receptor estos alimentos para el hijo mayor de edad que se capacita responde a la necesidad social de coadyuvar a la preparación de los hijos mayores para la inserción laboral (Lloveras, 2014, p. 176).

Su fundamento lo encontramos en el artículo 659 que expresa que la extensión de los alimentos, están estipulados con el objeto de satisfacer las necesidades de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión o empleo³². Otra modificación a tener en cuenta esta dada por el derecho que tienen los hijos no reconocidos a alimentos provisorios, el cual será factible siempre que pueda acreditar el vínculo invocado³³.

En cuanto a las personas que poseen legitimación para reclamar alimentos, lo menciona en el artículo 661 que la poseen: a) el otro progenitor; b) el hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada; c) subsidiariamente un pariente o el Ministerio Público.³⁴ Como podemos apreciar se hace mención especial al derecho-deber de alimentos, los cuales también fueron objeto de reforma.

³² Art.659 del Código Civil y Comercial de la Nación.

³³ Art.664 del Código Civil y comercial de la Nación.

³⁴ Art.661 del Código civil y Comercial de la Nación.

Cuando hace alusión a la educación, la que es de carácter obligatorio en nuestro país, es la obligación de los padres en inculcarla ya que favorecerá a su formación física, espiritual y moral lo cual le posibilitará una adecuada sociabilización.

Es de fundamental importancia mencionar el artículo 666 del Código Civil y Comercial, que expresa o prevé que la labor del cuidado del hijo reviste un valor económico, que será considerado a los fines de la obligación alimentaria cuando los ingresos de los progenitores no sean equitativas³⁵. La prestación alimentaria está prevista en nuestro instrumento legal tanto en dinero como en especie.

Los deberes y derechos de los progenitores analizados en los párrafos anteriores guardan relación con los arts. 5 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, reconoce a los progenitores derechos y deberes, ambos progenitores tienen obligaciones comunes respecto a la crianza y desarrollo, siempre bajo el criterio del interés superior del niño.

4.1. Recepción jurisprudencial:

En el siguiente caso tomado para su análisis y comparación existe reclamo de alimentos a favor del hijo mayor que continúa sus estudios, modificación incorporada en el art. 663 del Código Civil y Comercial.

El derecho alimentario de los hijos deriva de las obligaciones que impone la responsabilidad parental en cabeza de los progenitores, quienes deben proveer a los hijos lo necesario para la cobertura de todos aquellos rubros tradicionales y que hacen a una subsistencia en condiciones de decoro, adecuadas a las circunstancias personales relevantes de las partes en litigio, tratando de mantener el nivel social y económico del cual gozaban hasta el surgimiento del conflicto entre sus padres, es por ello que, para determinar una suma razonable en concepto de alimentos, deben ponderarse no sólo los ingresos del alimentante, sino también la condición social de las partes y sus modalidades de vida.

³⁵ Art. 666 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Tratándose del reclamo de alimentos a favor del hijo mayor que continúa sus estudios, corresponde al acreedor alimentario probar el supuesto de hecho previsto por la norma, sin que sea suficiente la mera prueba de estar inscripto en la matrícula, sino que el horario de cursada o el cumplimiento de otras obligaciones curriculares le impiden realizar una actividad rentada para sostenerse en forma independiente, aplicándose el principio de las cargas probatorias dinámicas art. 710, CCCN—, por tratarse de una excepción a la regla general fijada por el art. 658 de la normativa citada .

La sentencia que admitió el aumento de la cuota alimentaria fijándola en un 20% de los ingresos del alimentante debe confirmarse, por resultar equitativo, correspondiendo el 10% al hijo mayor de edad que continúa sus estudios, hasta la fecha en que alcance los 25 años, en los términos del art. 663 del Código Civil y Comercial entrado en vigencia, y el 10% restante a favor del hijo que aún es menor de edad, sin que la resolución produzca los efectos de la cosa juzgada, por lo que es pasible de revisión en la medida que cualquiera de las partes demuestre que los hechos han variado .

El caso demuestra que ayudar económicamente a los hijos mayores de 18 de años para que puedan estudiar o se formen profesionalmente pasó a estar regulado como una obligación más para el progenitor que no convive con él o con los hijos.

Del artículo 663 se interpreta que el hijo mayor que se capacita cuenta con la obligación de los progenitores de proveerles los recursos suficientes hasta que alcance la edad de 25 años si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse. Da cuenta de que la norma considera que los jóvenes siguen necesitando de sus padres para obtener un título y así desempeñarse en algún oficio arte o profesión. Es importante destacar que la obligación alimentaria regula la comida, vivienda, gastos de enfermedad, vestimenta, esparcimiento como así también la educación punto que se analiza.

Vale destacar que la jurisprudencia de este caso es muy importante debido a que el tribunal intentó proteger en todo momento los intereses del menor; como resultado de ello, el TAS ordenó la primera inscripción federativa de un jugador menor a favor del apelante³⁶.

5.-Plan de parentalidad:

Es de total importancia mencionar que el Plan de Parentalidad se incorporó a nuestro nuevo sistema normativo y marca la diferencia con el anterior sistema brindando a los progenitores ante la disolución del vínculo que los unía la posibilidad de presentar en forma detallada las modalidades, responsabilidades, régimen de vacaciones, fechas significativas, relación y comunicación cuando el hijo/a viva con el otro progenitor. Lo propuesto puede ser modificado en función de las necesidades y etapas del hijo. Puede entenderse como un convenio en miras de consensuar acuerdos³⁷. Este plan de acuerdos entre los progenitores podemos definirlo como un documento, un convenio regulador que se presenta para su homologación ante el juez, en el mismo los progenitores enumeran lo más claro posible los acuerdos en relación al cuidado y responsabilidades relativas de los hijos menores en común. Por lo general en estos convenios reguladores además de pactar lo referido a lo económico, se pactan el régimen de cuidado personal, de visitas con sus horarios, lugar de encuentros, retiro del menor, fechas festivas, de vacaciones, etc. Estos planes de parentalidad desde su incorporación intentan reducir en gran medida las situaciones conflictivas entre los progenitores posibilitando de esta forma el crecimiento sano, estable y lo menos traumático para los hijos.

6. Fin de la responsabilidad parental:

Dentro del capítulo nueve, título séptimo se describen todas las causales relativas a la limitación de la responsabilidad parental.

³⁶ C. A. Comodoro Rivadavia, sala B, “L. H. S. E. c/ L; N. R. s/ Alimentos”, (2015). Expte. 4186/15

³⁷ Art 655 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La responsabilidad parental puede concluir por causas como: extinción de la titularidad, por privación o suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental que se analizarán por separado.

6.1. Extinción de la Responsabilidad Parental:

La extinción de la responsabilidad parental se produce por pleno derecho, de forma inmediata y por causas objetivas, es decir por supuestos de hecho de los que subyace la imposibilidad de que los hijos puedan estar bajo el cuidado de sus padres.

El fallecimiento de uno de los progenitores extingue la responsabilidad parental de la que era titular pero no afecta al otro progenitor.

La profesión del progenitor en instituto monástico el cual radica su fundamentación en que las actividades que allí llevará hacen imposible ejercer la titularidad, resulta incompatible con el cuidado de los hijos, convirtiéndose en otra causal de extinción.

Alcanzar la mayoría es decir 18 años es una extinción automática diferente a la obligación alimentaria que se extiende hasta los 25 años. La norma introduce una limitación o excepción a la emancipación por matrimonio en el supuesto del matrimonio del hijo menor de 18 años.

Por último se presenta como causal de extinción la adopción de un hijo por un tercero, la cual se caracteriza por la transferencia de la responsabilidad parental³⁸.

6.2. Privación de la Responsabilidad Parental:

La privación de la responsabilidad parental debe ser entendida como una sanción, una medida de protección que se aplica a los progenitores por el incumplimiento de conductas graves que perjudican el saludable desarrollo de los hijos. Se encuentra regulada en el artículo 700 del Código Civil y Comercial, se diferencia con la extinción y la suspensión porque en esta causal se requiere de una sentencia judicial para que produzca efecto. La privación de la responsabilidad parental es consecuencia de una conducta perjudicial de cualquiera de los progenitores que ponga en peligro la integridad de su hijo menor, puede

³⁸ Art.699 del Código Civil y Comercial de la Nación.

ser por conductas tales como, ser condenado el progenitor como autor, coautor, instigador, o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo; el abandono del mismo, dejándolo en situación de desamparo; poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo y haberse declarado el estado de adoptabilidad de este³⁹.

Como ha comentado la Dra. Kemelmajer de Carlucci, en un precedente como integrante de la suprema Corte de Mendoza, la privación de la responsabilidad parental constituye una medida de extrema gravedad, que debe interpretarse de manera restrictiva, y decretarse en forma excepcional, aclarando que para algunos la mirada está centrada en la tipificación de las conductas de los progenitores (carácter punitivo) y para otros, la medida tiende especialmente a la protección del hijo (carácter protector), (Kemelmajer, 2015).

Existe la posibilidad de dejar sin efecto la sentencia de la privación de la responsabilidad parental. La misma tendrá lugar por decisión del juez atendiendo a que la rehabilitación de esta causal se justifique en el interés superior de los hijos. Es importante destacar que el estado reversible de la privación se dará cuando la decisión beneficie a sus hijos⁴⁰.

6.3. Suspensión de la Responsabilidad Parental:

La suspensión es una figura dentro del derecho de familia que se diferencia de la privación de la Responsabilidad Parental ya que no es una sanción sino que es consecuencia de la imposibilidad efectiva de cumplirse.

Las causas de suspensión se encuentran expresadas en cuatro incisos en el Código Civil y Comercial de la Nación. El primero, declaración de ausencia con presunción de fallecimiento difiere de la muerte por tener su grado de comprobación, no siendo así en la presunción de fallecimiento provocando la suspensión no la extinción.

El inciso segundo que describe el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres años suspende la responsabilidad parental durante el tiempo que dure la condena

³⁹ Art.700 Código Civil y Comercial de la Nación.

⁴⁰ Art.701 Código Civil y Comercial de la Nación.

con el fundamento que la persona que conviva en una institución carcelaria no puede ejercer la responsabilidad parental.

Otro punto es la declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio fundamentándose en la imposibilidad que generan los problemas graves de salud mental para ejercer la responsabilidad parental.

Por último expresa la suspensión que habla de la convivencia del hijo con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales⁴¹.

Conclusiones parciales:

El impacto de las nuevas modificaciones del Código Civil y Comercial descriptas en este capítulo se ven reflejadas en la relaciones civiles actuales de las personas físicas, alcanzando los derechos de familia, por lo tanto se hace necesario conocerlo y abordarlo desde este instrumento legal nacional que consideró todas las garantías necesarias para proteger y hacer cumplir los derechos de los menores. Nos brinda en cada figura las condiciones necesarias para aplicar los derechos humanos. Por ejemplo prevé el cuidado personal para los casos en que un progenitor lo ha asumido, considera la obligación de los progenitores de proveer alimentos hasta que el hijo alcance los 25 años si continua sus estudios y preparación profesional establece normas expresas al respecto por el “progenitor afin”, entre otras figuras analizadas ut supra. De acuerdo a las pautas mencionadas precedentemente se establece que será de ambos progenitores la obligación y el derecho de crianza de sus hijos, de alimentarlos y de educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque esté a cargo de uno de ellos .el cuidado personal.

⁴¹ Art.702 del Código Civil y Comercial de la Nación.

CONCLUSIONES FINALES:

El presente trabajo pretendió ser una guía de consulta con el objetivo principal de analizar las modificaciones incorporadas en nuestro Código Civil y Comercial en lo que respecta a los derechos y obligaciones de los padres para con los hijos menores de edad ante la disolución del vínculo que los unía, surge entonces a lo largo de la investigación la necesidad de focalizar en la nueva mirada de concebir a la infancia desde las legislaciones vigentes y así poder aplicarlas.

La Constitución Argentina, la ley de Protección Integral de los Niños, niñas y adolescentes y el Código Civil Comercial son los documentos legales que legislan y que hacen eco en sus normativas los principios que regulan el derecho de familia, y todo lo relacionado a los menores y sus derechos.

Vemos entonces, que la Convención de los Derechos del Niño hace referencia a que los menores deben ser tomados como sujetos titulares de derechos, ubicándolos en un lugar de interés central y prioritario tanto en el plano social como en el familiar. Es así como surge la visión nueva de los niños, ahora, reconocidos con un rol activo, relevante y fundamental en la fijación de sus intereses y en el ejercicio de sus derechos, un sujeto titular de derechos fundamentales, con la capacidad de ejercerlos por sí mismo considerando que dichas facultades deben estar acordes a su edad y maduración. El decir que considerarlo un ser activo marca la independencia con su familia, la que puede percibirse cuando empieza alcanzar cierto grado de autonomía y lo vuelve un sujeto con más libertades que puede hacerse escuchar y emitir opinión en todo lo que tenga que ver con el desarrollo de su vida.

En cuanto a la ley de protección integral del niño, niña y adolescente también analizada, toma los principios rectores de la convención de los derechos del niño y la incorpora a nuestra legislación por medio de la Ley 21.061 con la finalidad de proteger a los menores, establece como eje central el principio de interés superior, al que también se adhiere nuestro código civil y comercial.

Continuando con el análisis de los instrumentos legales, el Código Civil y Comercial entiende que los principios mencionados regulan la responsabilidad parental con la finalidad de proteger a los niños, los mismos son tomados como los puntos centrales en los que se

deberán posicionar los jueces para cualquier decisión que deban resolver en relación a la situación particular de cada caso.

Deja en claro que dentro del principio de la autonomía progresiva y del derecho del menor a ser oído su opinión será respetada por la autoridad competente, pero no será definitiva para el juez sin antes valorar otros factores que respondan a su interés para tomar una determinación final.

El juez como la máxima autoridad de un tribunal de justicia siempre deberá actuar en beneficio del interés superior del menor y según su progresiva autonomía, considerando que esta se alcanza en forma gradual, y esa ha de ser la garantía suprema para los padres de saber que se está actuando de la mejor manera en beneficio de sus hijos. Se garantizará entre una cantidad de derechos, la imparcialidad y brindará al acto una seguridad jurídica muy amplia, que generará equilibrio y tranquilidad entre las partes.

Además de estos principios que garantizan y rigen la responsabilidad no debemos dejar mencionar las figuras legales que se incorporaron y que marcan la diferencia con respecto al antiguo Código Civil que nos regulaba. La primera incorporación que considero relevante fue el cambio de concepto “patria potestad” por el de responsabilidad parental. El primero entendía al menor como un objeto de posesión respecto a sus padres, muy diferente al nuevo concepto el que está basado en los derechos y deberes de los progenitores hacia sus hijos menores para su protección, desarrollo y formación integral.

De este concepto podremos entender las figuras legales que vienen a regular lo inherente a todos los derechos y obligaciones que forman la responsabilidad parental y para iniciar debemos diferenciar dos figuras claves como, la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental. Ser titular hace alusión a los derechos y deberes que la ley concede a ambos padres sobre las personas y bienes de sus hijos, por otro lado es muy distinto hablar de ejercicio de la responsabilidad parental, esta figura implica actuar en función de su cumplimiento y hacer valer tales derechos y deberes.

Otra de las figuras legales destacadas que derivan de la responsabilidad parental es el cuidado personal el que garantiza a los niños el contacto cuando los padres no conviven. El mismo fue contemplado en los fundamentos del anteproyecto que dio origen a nuestro

Código Civil y Comercial reemplazando al concepto de “tenencia” por cuidado personal por entender que esta nueva expresión implicaba la obligación de derechos y deberes de ambos padres independientemente de con quien conviva y aseguraba el contacto con ambos padres.

No podemos dejar de mencionar los deberes y obligaciones de los progenitores, lo cual explica que los padres deben involucrarse en lo que respecta a educación, salud, a lo moral y alimentos. Son obligaciones que sirven de parámetros para tener en cuenta, para observar y considerar al momento de resolver una exigencia de justicia donde esté en juego el interés de un niño, niña o adolescente.

Hablar del deber de alimentos es dejar en claro que es el deber que no cesa por la mayoría de edad sino que se prolonga hasta los 25 años cuando el o los hijos continúan estudios profesionales o técnicos.

Considera que, ante el quiebre o ruptura del vínculo que unía a los progenitores la ley garantiza al niño derechos de protección y responsabilidad compartida, fijando como regla general la modalidad compartida, es decir aquella que se da en cabeza de ambos progenitores, tomando como única excepción el ejercicio unipersonal para casos donde exista imposibilidad de algunos de los padres para ejercerla en forma conjunta o en caso de que afecte al menor. Entiende que no existirá perjuicio en el derecho del otro progenitor de poder tomar decisiones a excepción que por medio de acuerdos homologados se pacte otras modalidades.

Existe la inclusión de la figura de los progenitores de entre trece y dieciocho años quienes pueden ejercer la responsabilidad parental con sus hijos, entendiendo que son titulares y pueden ejercer la crianza y protección de sus niños; con la salvedad que deben contar con el asentimiento de sus progenitores para actos que puedan afectar a sus hijos y con el único fin de proteger el interés superior del niño. Otro punto a considerar es la figura del progenitor afín, en el ámbito de la responsabilidad parental.

Continuando con el análisis debemos mencionar el derecho comparado que nos permitió pensar la evolución de los derechos del niño en diferentes sistemas jurídicos de países que ratificaron su adhesión a la convención de los derechos del niño, esto reveló

una serie de rasgos característicos similares en el reconocimiento de los derechos del niño, entre nuestro estado y los abordados en este trabajo.

En cuanto a la jurisprudencia argentina seleccionada se entendió de las mismas que el fin perseguido de la Justicia, es alcanzar y velar por el interés superior del niño reconociéndolo como un derecho pleno de la niñez y que es el estado, la sociedad, las instituciones, las personas las que deben luchar por el cumplimiento de los derechos, hacer conocer las vías y alternativas para la solución de conflictos.

Para finalizar considero que la investigación servirá para determinar la visión jurídica de los nuevos lineamientos incorporados en nuestra legislación y a la vez podrán ser los parámetros para identificar ventajas, desventajas, causas y efectos de los derechos de los niños.

BIBLIOGRAFÍA:

DOCTRINA:

- Bossert y Zannoni, A. (2004) *Manual de derecho de familia* (6ta Ed.) Buenos Aires: Astrea.
- Bossert y Zannoni (2016). *Manual de derecho de Familia*. (7° Ed.) Buenos Aires: Editorial Astrea
- Fleitas Ortiz de Rosas Abel y Roveda Eduardo G. (2004). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Lexis Nexs.
- Grosman, C. (2004) *El cuidado compartido después del divorcio o separación de los padres*. Santa FE. Rubinzal – Culzoni
- Herrera, Marisa. (2015). *Manual de Derecho de las Familias*. (1ra Ed.) Buenos Aires: Abeledo Perrot S.A.
- Jáuregui, R (2.016). *Responsabilidad Parental*. Santa FE. Rubinzal – Culzoni
- Kemelmajer de Carlucci, A. (1999). *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni
- López Díaz, C. (2005). *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*. (1ra Ed.) Santiago de Chile: Librotecnia.
- Lloveras. (2014) *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial T° IV*, Rubinzal Culzoni.
- Mazinghi, J. (1998). *Derecho de familia*. Tomo 4. (3° Ed. actualizada y reestructurada). Buenos Aires: Abaco
- Santos Belandro, R. (2012). *Minoridad y ancianidad en el mundo actual: un estudio desde el Derecho Internacional Privado comparado*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

LEGISLACIÓN:

- Carta Magna. Constitución Nacional de la República Argentina.
- Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo II. Art. 401 al 723. Marisa Herrera, Gustavo Caramelo Sebastián Picasso. Edit. Infojus. 2015
- Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II. Art. 401 al 704. Directores Julio César Rivera-Graciela Medina. Edit. Fedye Fondo.
- Código Civil y Comercial de la Nación. Art 638 al 704.
- Ley N° 26061. Ley de Protección Integral de los Niños, de las Niñas y Adolescentes.
- Ley 26.994. Ley de Aprobación de Unificación del código civil y comercial de la Nación.
- Ley 23.849. Convención sobre los Derechos de los Niños.

JURISPRUDENCIA:

- C.A. de Familia. Mendoza, “C. G. POR LA MENOR V. C. M. G. CONTRA V. J. C. POR AUTORIZACION”, Expte.: 541/15
- C. A. Trelew, “ASESORIA DE FAMILIA E INCAPACES s/ Medidas de Protección (SSB)”, (2015). Expte. N° 145.
- C. A. Comodoro Rivadavia, sala B, “L. H, S. E. c/ L; N. R. s/ Alimentos”, (2015). Expte. 4186/15

MATERIALES LEGALES LOCALIZADOS EN INTERNET:

- Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado el 17/07/2013 de http://www.lavoz.com.ar/files/proyecto_codigo_civil.pdf
- Convención sobre los Derechos del Niño. Unicef.org. Recuperado el 28/05/2018 de: <https://www.unicef.org/argentina/informes/convenci%C3%B3n-sobre-los-derechos-del-ni%C3%B1o>

- Suárez Blázquez, G. La patria potestad en el derecho romano y en el derecho medieval visigodo. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [en línea] -2014 - n. 36, pp.159 - 187. ISSN 0716-5455 Recuperado el 10/06/18 de:

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173832127005>.