

UNIVERSIDAD SIGLO 21

Trabajo final de graduación



El cuidado personal del hijo ejercido de forma compartida y su vinculación con el interés superior del niño.

Soraya Raquel Charette

Abogacía

2018

Resumen

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, el término “tenencia” se vio sustituido por la expresión “cuidado personal del hijo”. De esta manera se considera al niño, niña u adolescente como una persona y se deja de pensar en él como una “posesión” que se tenía bajo guarda. El cuidado personal alude a aquellos deberes y obligaciones que los progenitores tienen diariamente para con sus hijos. En este Trabajo Final de Graduación se abordará como tema de investigación el cuidado personal del hijo y su relación con el interés superior del niño.

La legislación civil sostiene la idea del cuidado personal del menor de forma compartida entre los progenitores estando juntos o separados. De esta manera, se logra que ambos padres asuman el compromiso de compartir el cuidado del menor, sin que ninguno de ellos pueda desligarse de esta función. El interrogante que se plantea para este trabajo es determinar justamente si resulta suficiente, a fin de garantizar el interés superior del niño, que el cuidado personal sea de manera compartida.

Palabras claves: Tenencia- Cuidado personal del hijo- Forma compartida- Interés superior del niño.

Abstract

With the entry into force of the Civil and Commercial Code of the Nation, the term "tenancy" was replaced by the expression "personal care of the child". In this way, the child or adolescent is considered as a person and one stops thinking of him as a "possession" that was kept under guard. Personal care refers to those duties and obligations that parents have daily to their children. In this Final Graduation Work, the personal care of the child and its relationship with the best interests of the child will be addressed as a research topic.

The civil legislation supports the idea of the personal care of the minor in a shared way between the parents being together or separated. In this way, both parents are able to assume the commitment to share the care of the child, without any of them being able to dissociate themselves from this function. The question that arises for this work is to determine exactly if it is sufficient, in order to guarantee the best interests of the child, that personal care is shared.

Keywords: Tenure - Child's personal care - Shared form - Child's best interests.

*Un padre no es solo el que da la vida,
un padre es aquel que está presente,
que acoge, atiende y guía en seguridad
construyendo cada día un sendero
de instantes significativos en la vida de un niño.*

Valeria Sabater

Índice

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I RESPONSABILIDAD PARENTAL	10
1. INTRODUCCIÓN	11
2. DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDAD PARENTAL.....	11
3. NATURALEZA JURÍDICA.....	14
4. EVOLUCIÓN.....	14
5. PRINCIPIOS GENERALES	18
5.1 EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	18
5.2 LA AUTONOMÍA PROGRESIVA DEL HIJO	20
5.3 EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO	22
6. CONCLUSIÓN PARCIAL	24
CAPÍTULO II EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL	25
1. INTRODUCCIÓN	26
2. DIFERENCIA ENTRE EJERCICIO Y TITULARIDAD	26
3. DESACUERDO	29
4. DELEGACIÓN DEL EJERCICIO.	30
5. CONCLUSIÓN PARCIAL	32
CAPÍTULO III CUIDADO PERSONAL DEL HIJO	34
1. INTRODUCCIÓN	35
2. CONCEPTUALIZACIÓN	35
3. DE LA TENENCIA AL CUIDADO PERSONAL DEL HIJO	37
4. MODALIDADES DE CUIDADO PERSONAL DEL HIJO.....	40
5. CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO Y ALIMENTOS	42
6. EL CUIDADO PERSONAL DEL HIJO COMO SANCIÓN.....	44
7. CONCLUSIÓN PARCIAL	46
CAPÍTULO IV CUIDADO PERSONAL E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO ..	48
1. INTRODUCCIÓN	49

2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y SU VINCULACIÓN CON CUIDADO PERSONAL	49
3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....	53
4. CONCLUSIÓN PARCIAL.....	56
CONCLUSIÓN FINAL.....	57
ANEXO.....	60
LISTADO DE LA BIBLIOGRAFÍA	62
DOCTRINA.....	62
LEGISLACIÓN	63
JURISPRUDENCIA.....	64

INTRODUCCIÓN

Cuando los matrimonios o las parejas deciden terminar con el proyecto de vida que tenían en común se presentan algunas situaciones para todos los miembros de ese grupo familiar. Una de ellas radica en quién tendrá el cuidado personal de los hijos. Estas disputas y faltas de acuerdo entre los progenitores resultan muy dolorosas para los hijos y recae en el juez la obligación de determinar cómo será el régimen de cuidado personal que se implementará siempre priorizando el interés superior del niño.

Lo que actualmente se conoce como cuidado personal de los hijos con anterioridad a la entrada en vigor del CCyCN recibía el nombre de tenencia. Para la codificación derogada cuando los progenitores ya no convivían la regla era que la tenencia correspondiera a uno solo de los progenitores, entonces, se cuestionaba si bajo esta modalidad no se garantizaba el interés superior del niño.

El CCyCN establece que el cuidado personal del hijo, es decir, esos deberes y obligaciones que los progenitores deben cumplir cada día debe realizarse de forma compartida. Frente a ello surge el problema de investigación que se plantea para este Trabajo final de Graduación que es determinar si ¿Resulta suficiente, a fin de garantizar el interés superior del niño, que el cuidado personal del mismo se ejerza de manera compartida entre ambos progenitores? El objetivo general que se ha planteado para esta investigación consiste en analizar si resulta suficiente el cuidado personal de los hijos por parte de los progenitores, de forma compartida, a fin de garantizar el interés superior del niño. Dentro de los objetivos específicos se perseguirá analizar la legislación nacional que regula el cuidado personal de los hijos, se establecerá una comparación entre la regulación que establecía el Código Civil y la actual. Además, se delimitará en qué consiste el cuidado personal del hijo, se diferenciará el concepto tenencia del de cuidado personal del hijo y se analizará el principio de interés superior del niño y su alcance. Asimismo, se determinará si resulta vinculante el derecho del niño a ser oído y su autonomía progresiva al momento del acuerdo sobre el cuidado personal del niño.

La hipótesis de investigación que se pretenderá demostrar consiste en que el cuidado personal de los hijos de forma compartida resulta suficiente a los fines de no afectar el interés superior del niño, siempre que los hijos puedan, conforme a su

autonomía progresiva, decidir si consideran que es lo mejor para ellos. Los niños a medida que crecen van adquiriendo autonomía y pueden tomar decisiones respecto a determinadas cuestiones que los tienen como protagonistas. Respecto al cuidado personal compartido será el niño o adolescente la persona indicada para determinar si eso es lo que le hace bien o prefiere que el cuidado personal se realice de otra manera.

Dentro del marco metodológico en que se desarrollará este trabajo final de graduación se va a utilizar el tipo de estudio descriptivo, el cual consiste en seleccionar una cuestión o problemática, reconocer la información sobre ella y luego realizar la descripción sobre el tema (Sampieri, 2006). La estrategia metodológica será cualitativa, ya que se busca conocer lo real, más que lo abstracto; lo global y concreto, más que lo disgregado y cuantificado, lo único, lo particular, lo específico, por ello tiende a limitarse a la exploración profunda de un limitado número de casos facilitando un mejor abordaje de la realidad y por lo tanto un enriquecimiento de la misma (Méndez, 1991).

En el presente trabajo, se procurará brindar una visión actual de la temática en investigación. Es por ello que el instituto en estudio, será analizado a la luz del Código Civil y del Código Civil y Comercial, más precisamente entre los años 2010 y 2017. De esta manera, se podrá lograr un conocimiento preciso y contemporáneo. En cuanto al nivel de análisis, se analizará doctrina y jurisprudencia nacional e internacional para poder vislumbrar cómo se regula el cuidado personal del hijo tanto en el derecho interno como en el comparado.

La estructura base de este trabajo de grado constará de cuatro capítulos de desarrollo y análisis para posteriormente desarrollar las conclusiones finales sobre el tema en marras. En el primer capítulo se partirá por introducir al lector en el marco de la responsabilidad parental a través de su definición, la naturaleza jurídica y la evolución legislativa que ha tenido a lo largo del tiempo hasta llegar a ser la figura que se presenta en la actualidad. Asimismo, dentro de este capítulo se analizarán los principios fundamentales de la responsabilidad parental. En el capítulo siguiente se trabajará sobre el ejercicio de la responsabilidad parental estableciendo la diferencia existente con la titularidad. Además, de plantear qué sucede en caso de desacuerdo y la necesidad de delegar el ejercicio de la responsabilidad parental en terceras personas. El tercer capítulo tratará sobre uno de los derechos que derivan de la responsabilidad parental y es el cuidado personal del hijo, denotando los cambios que se han producido desde el

antiguo régimen de tenencia hasta la actualidad. En el último capítulo se tratará el cuidado personal del hijo y su vinculación con el principio de interés superior del niño. Posteriormente, se expondrán las conclusiones a las que se ha arribado tras el desarrollo y análisis de tema en cuestión.

Capítulo I

Responsabilidad Parental

1. Introducción

A través del paso del tiempo y de las distintas interpretaciones legislativas las figuras legales pueden ir variando en pos de brindar mayores beneficios a quienes encuentran en ellas su amparo. Este es el caso de la responsabilidad parental que ha debido evolucionar desde su clásica concepción de poder de los padres sobre los hijos en la antigua Roma hasta llegar a reconocer en la actualidad al niño, niña o adolescente como un sujeto de derecho.

En este primer capítulo se partirá por explorar qué es y en qué consiste la responsabilidad parental, descubriendo también la naturaleza jurídica de esta figura tan trascendental del derecho de familia.

Además, se realizará un recorrido por los antecedentes más relevantes de este instituto para terminar por reconocer a los tres principios rectores que actualmente le sirven como fundamento y ellos son: el interés superior del niño, la autonomía progresiva del hijo y el derecho del niño a ser oído.

2. Definición de responsabilidad parental

Al ser derogado el Código Civil que había regulado los derechos de las personas durante tantos años se producen numerosas modificaciones en los institutos que esta codificación albergaba. En el ámbito del derecho de familia uno de los principales cambios reside en dejar en el olvido la antigua expresión de patria potestad para comenzar a denominar al instituto responsabilidad parental. Esta es una expresión que tiene un significado muy importante dentro de los nuevos paradigmas del derecho.

La idea del cambio de denominación del instituto surge en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación y se fundamenta en la idea del:

“status jurídico del niño, niña y adolescente como sujeto de derecho. Se prevé que las tareas de cuidado personal que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención” (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015 p.13)

Además, dentro de los fundamentos del Anteproyecto se ha dado un importante valor al lenguaje al reconocer su importancia simbólica y pedagógica (Mizrahi, 2018) ya que, la expresión patria potestad denotaba una superioridad o poder que no condice con la verdadera esencia del instituto y con la posición que el niño ocupa dentro de la familia.

La expresión patria potestad que se utilizó durante muchísimo tiempo denota la existencia de un poder que recae directamente desde el padre hacia el hijo y la presencia de una relación de subordinación, de dominio, en donde el hijo es considerado una cosa que se encuentra bajo el imperio de su progenitor (Krasnow,2017). El término potestad toma su significado de los inicios del instituto en Roma donde el *pater* resultaba el centro de la familia y todos dependían exclusivamente de él.

Es frente a lo expuesto que debía de propiciarse un cambio en la denominación que se otorgaba al instituto buscando así una adaptación a la realidad familiar y reconociendo que la responsabilidad es un deber que recae sobre los padres respecto a sus hijos de guiarlos a lo largo de la vida e ir desprendiéndose de esa responsabilidad a medida que se desarrollan física y psicológicamente alcanzando de esta manera su autonomía.

El Código Civil y Comercial regula la responsabilidad parental en el Libro Segundo, Título VII y 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”¹. Esta responsabilidad implica el ejercicio de un deber por parte de ambos progenitores que tiende a satisfacer el interés superior del niño. La responsabilidad parental encuentra su regulación dentro del código de rito civil, aunque es un deber que tendría que resultar tácitamente del simple hecho de ser progenitores.

Dentro de los instrumentos internacionales que mayor protección brindan a la niñez se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual concibe a la responsabilidad parental como:

Un instituto previsto para la formación integral, protección y preparación del niño para “el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad” y para “estar plenamente

¹ CCyCN Art. 638

preparado para una vida independiente en sociedad”. No solo incluye las funciones nutricias (alimento, sostén y vivienda), sino también las funciones normativas, esto es, aquellas tendientes a la educación, diferenciación y socialización².

La finalidad que guarda el instituto de la responsabilidad parental en la actualidad, según lo expresa Krasnow (2017, p.327) tiene: “una función que deben asumir los progenitores, con miras a la protección de los hijos menores. Queda en el recuerdo encuadrarlo como un poder diseñado en interés de los padres”. Los progenitores no se encuentran solos en el desarrollo de esta función, sino, que el Estado es quién legitima el efectivo cumplimiento de la misma.

El cambio en la perspectiva social de la familia ha llevado a que la relación filial sea mucho más horizontal, en donde los niños, niñas y adolescentes son considerados sujetos activos dentro de esta relación que continúa teniendo su base en el respeto por los padres (Mizrahi, 2017) pero que permite el desarrollo independiente de cada uno de los miembros que conforman la familia dentro de una base igualitaria.

Si bien la doctrina mayoritaria apoya el cambio respecto a dejar atrás a la patria potestad para dar la bienvenida al nuevo concepto de responsabilidad parental autores como Bossert y Zannoni (2016, p. 372) disienten con esto al sostener que:

No compartimos la terminología adoptada. Desde luego debe desterrarse el “autoritarismo del poder” en las relaciones entre los padres o progenitores y sus hijos menores de edad, pero -convengamos- debe no sólo admitirse, sino que es menester fortalecer y convalidar desde todos los estamentos la auténtica e indelegable autoridad de los padres -o de los progenitores-, no sólo como referentes y modelo de vida para sus hijos, sino también como modo de hallar los límites y los cauces que requiere la natural impetuosidad de la juventud. En otras palabras: los progenitores no son responsables por generación espontánea, sino que lo son porque se les atribuye de un modo u otro no haber ejercido adecuadamente la autoridad sobre sus hijos, no haberles impedido traspasar los límites, no haber dado adecuado cauce a sus ímpetus y, en su caso, haber causado daños.

La autora de esta investigación no comparte lo expresado por tan respetados juristas, ya que resultaba injusta la existencia de una relación totalmente vertical y subordinada al progenitor y con este cambio no se le otorga una total libertad al niño o

² Convención de los Derechos del Niño. Preámbulo.

adolescente, muy por el contrario, los padres siguen cumpliendo un rol activo dentro de esta relación, pero desde una perspectiva de igualdad, libertad y reconocimiento del hijo como sujeto de derecho.

3. Naturaleza jurídica

En el punto anterior se presentó brevemente una conceptualización en torno a lo que se entiende por responsabilidad parental y la función que la misma cumple dentro de la relación padre e hijos. Al buscar delimitar la naturaleza jurídica de la institución que se viene analizando los tribunales nacionales han realizado una importante tarea al sostener que: “es una verdadera función social que los padres deben desempeñar en orden a la humanización de sus hijos, con la pertinente garantía del Estado”³.

Entonces, puede enmarcarse a la responsabilidad parental como un instituto cuya naturaleza jurídica radica en una función de carácter socializador y que tal como lo sostiene Capolongo, (2016, p. 398) “recae en cabeza de ambos progenitores y se manifiesta en el conjunto de facultades y deberes destinados primordialmente a satisfacer el interés superior del niño o adolescente”. Los progenitores asumen una importante responsabilidad frente a la crianza y formación de sus hijos debido a que ellos también aprenden a ser padres en el mismo proceso.

Bossert y Zannoni (2016) reconocen que la responsabilidad parental es un derecho – deber que se ejerce siempre en interés de los hijos y no en búsqueda de los intereses particulares de los progenitores. Necesariamente es un conjunto de derechos subjetivos que recaen sobre ambos padres y que se presenta como una institución cuyo ejercicio resulta oponible *erga omnes* si algún tercero quisiera desconocerlo.

4. Evolución

³ CSJN “M. D. H c/ M. B. M. F.”(2008)

La patria potestad es una institución del derecho de familia que se tiene presente desde épocas arcaicas y que cuya evolución se ha ido concibiendo debido a los cambios que se manifiestan dentro de la estructura familiar y en la manera en que se presenta la relación filial.

Sus orígenes se encuentran en Roma, donde la familia se exhibía como el ámbito sociopolítico propio de las ciudades estados y en donde el *pater* tenía un especial dominio y poder sobre sus hijos legítimos que no se reducía solo a ellos, sino que se hacía extensivo a sus descendientes e incluso a sus hijos adoptivos. El poder ostentado por el *pater* era de carácter absoluto y devenía de una jefatura doméstica que lo ponía por encima de todos los miembros de su familia (Bossert y Zannoni, 2016). Puede considerarse que la tradición romana ha llegado incluso hasta la actualidad en algunos países donde el hombre sigue siendo la cabeza de la familia y su potestad debe de ser respetada por sus hijos y su esposa. Esta es una realidad que no permite a la mujer gozar de un derecho igualitario dentro de su propia familia.

El paso de la patria potestad a la responsabilidad parental no sucedió de un momento para otro, sino que debió realizarse una ardua labor para cambiar esta idea que se encontraba fuertemente arraigada en los sistemas jurídicos a nivel mundial. A pesar del enorme esfuerzo que se realiza aún al corriente siguen existiendo ordenamientos jurídicos que continúan implementando el uso de la patria potestad dentro de la relación paterna filial.

En la República Argentina se produjeron un derrotero de hechos hasta llegar a la consolidación del sistema de responsabilidad parental. Si se retorna a la época anterior a la entrada en vigencia el Código Civil puede observarse que se mantenían con fuerza las leyes españolas derivadas de la época de la corona. En Las Partidas se regulaba la patria potestad como un poder que recaía de manera insoslayable sobre los hombres y se aplicaba cual especie de señorío sobre sus descendientes, pudiendo ser ejercido tanto por los padres como por los abuelos (D'Antonio, 1979).

Era una especie de poder hereditario que no podía ser ostentado por un hombre si su antecesor no había fallecido y sólo derivaba de un vínculo marital legal por lo que se excluía a los hijos nacidos fuera del matrimonio. Entonces, bien puede considerarse

que la patria potestad era una obligación que los progenitores asumían sobre sus hijos legítimos y que se desestimaba para otros hijos.

En sus inicios el Código Civil se refería a la patria potestad como “un conjunto de derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados”⁴. Cabe hacer la salvedad de que la codificación reconocía a la patria potestad como un derecho propio de los padres desde el momento de la concepción, entonces, ya desde el vientre materno el hijo legítimo estaba predestinado al poder de su progenitor, ya sea en su persona como en sus bienes y que debería ser de esta manera mientras no se emancipara por edad o matrimonio.

La definición que otorgaba el Código Civil fue modificada en el año 1919 tras la sanción de la ley 10.903 de Patronato de Menores. Tras esta reforma el concepto de patria potestad se amplió y no sólo se presentaba como un derecho del padre, sino que se reconocía también a la madre. El artículo había quedado redactado de la siguiente manera:

La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos, desde la concepción de éstos y en tanto sean menores de edad y no se hayan emancipado. El ejercicio de la patria potestad de los hijos corresponde al padre; y en caso de muerte de éste o de haber incurrido en la pérdida de la patria potestad o del derecho de ejercerla, a la madre. El ejercicio de la patria potestad del hijo natural corresponde a la madre o al que reconozca al hijo o a aquel que haya sido declarado su padre o su madre⁵

Pero esta no fue la única transformación que debió soportar la regulación de la patria potestad, ya que en el año 1985 la ley 23.264 también aportó modificaciones como la posibilidad de ejercer la función parental de forma unilateral cuando los progenitores no convivieran. Con esta legislación se dio un paso muy importante ya que se logró que la codificación civil se adaptara a los estándares imperantes dentro del derecho comparado (Krasnow, 2017)

⁴ CC. Art 264

⁵ CC. Art 264

La incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos tras la Reforma Constitucional del año 1994 también trajo aparejado importantes directivas que sirvieron de basamento para producir un cambio en la regulación de la patria potestad. Dentro de estos lineamientos Lloveras (2016, p. 416) reconoce como ejes para la regulación legal de la relación filial a la “igualdad de derechos entre hombres y mujeres, el derecho de todo niño, niña o adolescente a mantener vínculo con ambos progenitores, la autonomía progresiva del niño”. Estos siguen siendo algunos de los puntos más fuertes con que cuenta la regulación de la responsabilidad parental.

Al convocarse a una comisión para la reforma del Código Civil se comenzó a trabajar en la idea de dejar atrás al instituto de la patria potestad y pasar a denominarlo como responsabilidad parental. Herrera, Caramelo y Picasso, (2015 p.13) consideran que el cambio en la designación del instituto radica en la necesidad de reconocer: “El status jurídico del niño, niña y adolescente como sujeto de derecho”.

Desde el Anteproyecto se reconoce que la patria potestad es un instituto típico del derecho de familia que implica necesariamente un derecho deber y que no tiene por finalidad ponderaciones de los progenitores, sino que se centra principalmente en el interés superior del niño, niña o adolescente (Ignacio, 2018). En este mismo sentido se manifiestan Bossert y Zannoni cuando reconocen que radica en la:

Asistencia, protección y representación jurídica a los hijos menores por sus padres determinando la adscripción de ellos al núcleo familiar e implican reconocer relaciones jurídicas fundadas en la autoridad de los progenitores, cuyo ejercicio tiende al cabal cumplimiento de los fines a los que obedece: primordialmente, la formación integral de los hijos (2016.p.371)

A partir de la entrada en eficacia del Código Civil y Comercial la responsabilidad parental ha quedado regulada en el artículo 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”. El citado artículo establece con claridad el tipo de responsabilidad que tienen ambos progenitores para con sus hijos, que se encuentra destinada a lograr su protección, desarrollo y formación de manera integral. Siendo una responsabilidad de carácter transitoria, ya que deberá ir cediendo las responsabilidades de los progenitores a los hijos en la medida de que estos adquieran mayor autonomía.

5. Principios generales

El Código Civil y Comercial de la Nación dentro del Título VII del Libro Segundo regula el instituto de la responsabilidad parental y se fijan taxativamente los principios mediante los cuales deberá de tutelarse la relación entre los progenitores y sus hijos. Los principios bases de la responsabilidad parental son: el interés superior del niño, la autonomía progresiva del hijo y el derecho a ser oído y que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez.

Estos preceptos actúan de manera equilibrada de tal forma que como lo sostiene Krasnow (2017, p. 337) “cuando la madurez del niño, su ámbito de autodeterminación se extiende, serán menores las facultades de los progenitores para intervenir en el ejercicio de estos derechos”. Con ello no quiere decirse que los progenitores dejen a sus hijos a su libre albedrío, sino que de forma paulatina irán disminuyendo su nivel de responsabilidades hasta permitir que el hijo pueda actuar de manera autónoma.

5.1 El interés superior del niño

El interés superior del niño es un principio que obliga a su respeto en cualquier situación donde se encuentren comprometidos los derechos de los menores de edad y debe de ser tomado como un norte a seguir al momento de tomar una decisión que involucre al niño, niña o adolescente teniendo en cuenta siempre las situaciones particulares y de vida de cada persona. D'Antonio (2010) sostiene que el interés superior del niño debe ser considerado como un estándar jurídico que determina la conducta que resulta considerada como socialmente correcta.

Dicho principio ha sido receptado por la Convención sobre los Derechos del Niño donde el artículo 3 párrafo 1 se sostiene que: “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 atenderá será el interés superior del niño”. El interés superior del niño al que se refiere la Convención se centra principalmente en el cumplimiento de dos funciones básicas:

Constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. El principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos del niño con los adultos que lo tienen bajo su cuidado. La decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para la menor. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto se prioriza el del niño⁶

Es mediante la Convención sobre los Derechos del Niño que se comienza a considerar al niño como sujeto de derecho y se reconoce el deber prioritario de velar por su interés superior cuando existan medidas que puedan afectarlo directamente (Lloveras, 2016)

Ignacio (2018, p. 2) reconoce que el interés superior del niño debe de considerarse como un concepto conformado de tres partes:

Un derecho subjetivo que "se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño", un principio jurídico fundamental que "se satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño" y una norma de procedimiento incluyendo "una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño, así como la justificación de las decisiones.

Para la jurisprudencia y la doctrina no ha resultado una cuestión menor poder otorgar una conceptualización acabada y abarcativa en su totalidad de lo que el interés superior del niño significa. La mencionada seguidamente puede ser considerada como una de las conceptualizaciones más vastas respecto al interés superior del niño sostenida por los tribunales:

El conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado y, entre ellos, el que más conveniente sea en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, por lo que debe quedar excluida toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso, máxime cuando en materia de menores todo está asignado por la provisoriedad, en tanto lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente. La evaluación del

⁶ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores "M. G. R. c/ E. A. I. L. s/ régimen de visitas" (2008)

interés superior del NNA es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada uno⁷

Al referirse al interés superior del niño de cierta manera se están dejando de lado los intereses de los otros miembros que conforman el grupo familiar cuando en realidad debería de existir una lógica armonía entre los derechos del niño y los de su familia. Cuando se prioriza el interés superior del niño se reconoce un derecho subjetivo que va a constituir un medio para el logro de la tutela de dicho interés (D'Antonio, 2010).

5.2 La autonomía progresiva del hijo

La Convención sobre los Derechos del Niño también se refiere a la autonomía progresiva del niño, niña o adolescente al sostener 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 Convención⁸.

Desde este instrumento internacional se busca atender a que sea tenida en cuenta la capacidad evolutiva del niño, para que de esta manera a medida que se desarrolle y adquiera un mayor grado de madurez pueda ir responsabilizándose de sus propios actos. Con esto no quiere decirse que los progenitores no acompañen en el proceso y puedan orientar sobre la toma de decisiones de sus hijos, sólo que es como lo dice la expresión una autonomía progresiva que se va a ir presentando de manera paulatina dependiendo de las capacidades del niño hasta llegar a no requerir más del consentimiento de sus progenitores en la realización de los actos cotidianos de su vida.

⁷ CBA "P. R. A. s/ inscripción de nacimiento fuera de término" (2015) Rubinzal Online

⁸ Convención sobre los Derechos del Niño. Art 5

Dentro del marco legislativo nacional es la ley 26.061 ⁹la que alude a la capacidad progresiva del niño y la posibilidad con que cuenta de ser oído frente a una controversia en la que sus derechos se vean involucrados. La autonomía progresiva del niño puede ser pensada como una demarcación necesaria para saber hasta qué punto llega la responsabilidad de los progenitores y cuándo los hijos comienzan a valerse por sí mismo.

Doctrinarios como Krasnow, Di Tullio y Radyk (2015, p. 282) entienden a la autonomía progresiva del niño como un límite y lo expresan argumentando que:

La 'responsabilidad' implica el ejercicio caro de una función en cabeza de ambos progenitores y que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente; y se destaca que la mencionada autonomía progresiva de los niños conforma un 'límite' a las atribuciones de los padres.

Advertir en los niños y adolescentes la posibilidad de incrementar sus capacidades conforme a su edad y desarrollo madurativo resulta una cuestión fundamental a fin de que pueda asegurarse el cumplimiento de los derechos que los tienen como titulares. Los niños son sujetos de derecho y también personas que se encuentran en formación, es por ello que se hallan a expensas de que sus derechos puedan tener un mayor grado de vulneración. Frente a esto lo esencial radica en otorgar

⁹ Ley 26.061 Art 27 Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte

al niño, niña o adolescente una protección integral de todos sus derechos hasta tanto pueda acrecentar su autonomía y menguar la necesidad de amparo.

5.3 El derecho del niño a ser oído

El derecho a ser oído constituye una de las libertades cardinales de las que todo niño goza y resulta un condicionante necesario frente a su reconocimiento como sujeto de derecho. Cuando los progenitores deciden cesar con su matrimonio o unión convivencial los niños suelen quedar en medio de discusiones sobre cuidado personal, alimentos, etc. que los involucran de forma directa.

Durante mucho tiempo desde la doctrina y la jurisprudencia se consideraba que la opinión del niño, aunque este fuera el principal involucrado, no resultaba necesaria y se negaba su derecho a ser oído. Esta visión dio un giro importante al ser considerado por la Convención sobre los Derechos del Niño la posibilidad de que todo niño, niña o adolescente pueda expresar sus pensamientos y deseos ante el juez. Dicha Convención dispone en el artículo 12. 1 que:

1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

Cuando el niño cuente con la posibilidad de crear una valoración propia sobre la situación que le toca atravesar tiene el derecho de que un juez lo escuche (Zannoni, 2012). Los niños cuentan con la posibilidad de expresarse y manifestar aquellas situaciones que pueden resultar trascendentales para su vida.

Siempre en estas situaciones debe de valorarse el grado de madurez que el niño tenga y la edad que determinará la posibilidad de que comprenda el alcance de sus decisiones. Kemelmajer de Carlucci (1994, p. 177) ha sostenido que:

Debe tenerse en claro que oír al menor no significa aceptar incondicionalmente su deseo; en otros términos, la palabra del menor no conforma la decisión misma; el niño no debe pensar que él debe elegir entre su madre y su padre, y que de su opinión, exclusivamente, depende la decisión judicial; el juez resolverá priorizando el interés del menor y para tomar esta decisión tendrá en cuenta sus argumentos, lo que no implica acogerlos plenamente pues del mismo modo escucha al litigante, aun que no comparta la solución que la parte le propone.

Se coincide con el pensamiento de la reconocida jurista, ya que los niños al conocer que existe un derecho que les permite ser escuchados pueden, debido a su pensamiento débil, considerar que pueden manipular una decisión judicial. Cuando la verdadera finalidad del derecho que se les concede se encuentra en escuchar sus argumentos y que sea el juez quien tome la decisión sobre lo que considera mejor para el cumplimiento del interés superior del niño.

El niño, niña o adolescente no asume el rol de parte dentro del conflicto que se desarrolla entre sus padres (Zannoni, 2012). Como se verá más adelante, al niño le asiste un derecho del que no puede ser privado, pero eso no implica que necesariamente deban sus palabras resultar vinculantes al momento en que el juez tome una decisión. Que el niño ejerza su derecho a ser oído no simboliza que “deba decidir en coincidencia con él. No se le confiere la intervención como juez o árbitro, sino como sujeto de derecho interesado en participar en procesos judiciales que afectan algún aspecto de su vida” (Carrara Casares, 1997, p. 1387)

La participación del niño en un proceso no debe ser concedida como un acto de parte, ni tampoco empleado como un medio probatorio, solamente sirve para informar al juez de la situación en que se encuentra involucrado y sus impresiones acerca de ella (D'Antonio, 2010).

Algunos autores, tal es el caso de Bidart Campos (1998) reconocen que al niño no solamente le asiste el derecho a ser oído, sino también a recibir defensa por parte de lo que se conoce como abogado del niño. Entonces, los niños, niñas o adolescentes cuentan con dos vías para hacerse oír: una es actuando a nombre propio y la segunda se lleva adelante mediante un abogado que lo represente y sea quien exprese su voluntad.

6. Conclusión parcial

Desde un principio la patria potestad fue considerada como un derecho que correspondía a los padres, primeramente al hombre y luego ampliada a la mujer, teniendo prioridad sus intereses y dejando de lado a los del hijo, quien en realidad debía de resultar la prioridad.

La responsabilidad parental en la actualidad es un conjunto de derechos y deberes que recae sobre quienes se encuentran emplazados como progenitores con total independencia de cómo se haya originado el vínculo filial y guarda como finalidad la concreción de los intereses del niño, niña o adolescente por sobre los de sus progenitores.

Como institución la responsabilidad parental busca el logro de la formación integral, la protección y la formación del niño o adolescente para que pueda formar su propia personalidad y constituirse en una persona autónoma. La responsabilidad parental no se reduce al derecho deber de los padres de brindar educación, vivienda y alimentos a sus hijos, sino que implica un logro mucho más amplio y complejo que es la formación integral de los menores.

La responsabilidad parental está fundada en tres fuertes cimientos como son el interés superior del niño, la autonomía progresiva y el derecho del menor a ser oído cuando sus derechos se encuentren involucrados en cuestiones relacionadas a decisiones familiares. Dichos principios se presentan de manera concatenada, ya que cuando el niño, niña o adolescente va adquiriendo un mayor grado de autonomía es capaz de expresar con sólidos argumentos frente al juez lo que considera mejor para su vida y lo que llevaría al cumplimiento de su interés superior. Aunque resulta importante destacar que, si bien los principios derivados de la responsabilidad parental son cumplidos, no quiere decirse que deban concederse a favor del niño si el juez considera que no resultan aplicables a la realidad de vida que el menor tiene.

Capítulo II

Ejercicio de la responsabilidad parental

1. Introducción

Ya se ha hecho referencia a la responsabilidad parental como un derecho deber de los progenitores frente a sus hijos, a la preeminencia que debe otorgarse al interés superior del niño, a la adquisición de su autonomía progresiva que le permitirá de a poco convertirse en un ser autónomo y delimitar la responsabilidad de sus progenitores.

En este siguiente capítulo se continuará desarrollando la institución de la responsabilidad parental desde la perspectiva de su ejercicio y titularidad estableciendo las diferencias existentes entre estas cuestiones que involucran a ambos progenitores. También, se analizarán aquellos puntos en que los progenitores no lleguen a un acuerdo respecto al ejercicio de la responsabilidad parental y la posibilidad con la que cuentan de delegar la resolución del conflicto en manos de la justicia mediante un proceso abreviado debido a que existen derechos de los hijos que se encuentran comprometidos.

Si bien podría considerarse que la regla es que los progenitores sean quienes tengan la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental también puede llegarse a situaciones que esto sea imposible y que deba delegarse esa responsabilidad en un pariente o tercera persona que la asuma durante cierto tiempo.

2. Diferencia entre ejercicio y titularidad

La titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental involucran de manera conjunta e igualitaria a ambos progenitores, salvo que alguno de ellos se encuentre privado¹⁰ o suspendido¹¹ de poder ejercerla. Desde la jurisprudencia se ha reconocido que:

¹⁰ CCyCN Art. 700.-Privación. Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por: a) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata; b) abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero; c) poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo; d) haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo. En los supuestos previstos en los incisos a), b) y c) la privación tiene efectos a partir de la sentencia que declare la privación; en el caso previsto en el inciso d) desde que se declaró el estado de adoptabilidad del hijo

No cabe duda de que si la ley reconoce a ambos padres la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, no existe medio más bondadoso que el ejercicio en forma conjunta de ella, sin perjuicio de que en algunos supuestos ha de ser menester una debida adecuación a las particularidades del caso¹²

La responsabilidad parental implica para los progenitores tanto su titularidad como su ejercicio, en donde el primero consiste en el “conjunto de deberes y derechos que los progenitores detentan como representantes legales de sus hijos” (Krasnow, 2017, p.338). La titularidad corresponde al o a los progenitores y no puede ser transferida en cabeza de otra persona.

Dentro de los derechos y deberes que emergen de la titularidad de la responsabilidad parental se encuentran los contemplados en el artículo 646 del CCYCN y son:

- a) cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo;
- b) considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo;
- c) respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos;
- d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos;
- e) respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un

¹¹ CCyCN Art. 702. El ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure: a) La declaración de ausencia con presunción de fallecimiento; b) El plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres (3) años; c) La declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio; d) La convivencia del hijo o hija con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales; e) El procesamiento penal o acto equivalente, por los delitos mencionados en el artículo 700 bis. El auto de procesamiento debe ser comunicado al Ministerio Público a los fines de lo previsto en el artículo 703, teniéndose en cuenta la asistencia letrada establecida en el artículo 26, segundo párrafo y a la autoridad de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente en cada jurisdicción, a efectos de que proceda en sede civil, a los fines de este artículo. Se deberá observar lo previsto en el artículo 27 de la ley 26.061. No se procederá a suspender el ejercicio de la responsabilidad parental en los términos del presente inciso en los casos del artículo 700 bis incisos a) y b), cuando en los hechos investigados o en sus antecedentes mediare violencia de género.

¹² CN Civ., sala J, 24/11/1998, ED, 185-102.

vínculo afectivo;

f) representarlo y administrar el patrimonio del hijo

A diferencia de la titularidad de la responsabilidad parental el ejercicio implica “facultades y responsabilidades respecto a la persona y los bienes de los hijos” (Krasnow, 2017, p.338) y puede resultar delegado cuando existan razones especiales de gravedad o se encuentre comprometido el interés superior del niño.

El ejercicio de la responsabilidad parental se encuentra regulado en el artículo 641 del CCyCN donde se establece que:

El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde: a) en caso de convivencia con ambos progenitores, a éstos. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos contemplados en el artículo 645, o que medie expresa oposición; b) en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del inciso anterior. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades; c) en caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, al otro; d) en caso de hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial, al único progenitor; e) en caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, al otro progenitor. En interés del hijo, los progenitores de común acuerdo o el juez pueden decidir el ejercicio conjunto o establecer distintas modalidades

Mientras los progenitores conviven la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental se realiza de manera conjunta y las decisiones que uno de ellos toma respecto a sus hijos se consideran como consentidas por ambos. En cambio, cuando los progenitores cesan su convivencia la titularidad de la responsabilidad parental puede recaer sobre ambos progenitores y el ejercicio sobre el progenitor que conviva con el niño.

Resulta importante destacar que el ejercicio de la responsabilidad parental no es ilimitado, muy por el contrario, ya que encuentra su principal límite en el interés superior del niño y la finalidad que persigue este ejercicio está destinada a la formación integral del hijo dotándolo de todas las herramientas necesarias que le permitan desenvolverse de acuerdo al incremento de su autonomía.

3. Desacuerdo

Si al ejercer la responsabilidad parental se presentara algún tipo de desacuerdo entre los progenitores el CCyCN cuenta con la previsión normativa de delegar la situación a la justicia. Es por ello que en el artículo 642 se establece que:

En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público. Si los desacuerdos son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, el juez puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos funciones, por un plazo que no puede exceder de dos años

Debido a que en estos casos siempre se encuentra implicado el interés superior del niño es que se prevé una resolución rápida mediante un proceso abreviado y que los progenitores sean escuchados mediante la participación del Ministerio Público. Cuando existe conflicto entre los progenitores “sólo es útil un juez que se instale con su imperio en medio de la crisis de la familia, y que la apoye, acompañe y entrene en el proceso de organización o reorganización en que se encuentra” (Cárdenas, 1988, p. 67) a fin de otorgar una resolución y evitar la judicialización innecesaria de cuestiones que se encuentran relacionadas con los derechos de los hijos.

Frente al desacuerdo de los progenitores resulta fundamental que pueda otorgarse una solución rápida debido a que los intereses de los hijos se encuentran involucrados. Esta decisión debe realizarse “en función de las particulares circunstancias en que transcurre la vida del niño y no por remisión dogmática a fórmulas preestablecidas, generalmente asociadas a concepciones sustantivas de la vida”¹³. Cada desacuerdo entre los progenitores necesita ser analizado en virtud de la realidad que se presenta y no sólo centrarse en normas impuestas.

Respecto a la falta de acuerdo entre los progenitores sobre la responsabilidad parental de sus hijos se ha manifestado que:

¹³ STJ Santiago del Estero. “SUBNAF s/ MEDIDA EXCEPCIONAL DE LOS MENORES T.C.A. Y OTRA - CASACIÓN CIVIL.” Expediente N°18011 (2013)

Frente a la incapacidad de los padres de encarar con madurez la crianza de sus hijos que algún día proyectaron juntos, corresponde a los jueces decidir. Y la opción por la tenencia compartida, implica, ni más ni menos, recordarles que, a pesar de la ruptura conyugal, deben cumplir con aquel objetivo de educación y formación de los vástagos, colaborando para lograr lo que los dos dicen desear: lo mejor para sus hijos. No puede haber algo mejor para los menores que sus dos padres pensando en el beneficio para su desarrollo¹⁴.

Los progenitores podrán recurrir al auxilio del juez las veces que lo estimen necesario y podrán hacerlo de forma unilateral o conjunta. El juez competente para resolver la falta de acuerdo entre los progenitores será el del lugar donde la persona tenga su centro de vida. Desde la normativa se prevé la posibilidad de que el juez realice una designación unilateral de responsabilidad parental cuando entre los progenitores se presentarán reiterados desacuerdos. Esta atribución del instituto a uno de los progenitores se establecería por un período limitado de tiempo equivalente a dos años.

4. Delegación del ejercicio.

Durante la vigencia del Código de rito civil redactado por Vélez Sarsfield la patria potestad resultaba una institución de carácter intransferible. En la actualidad, la responsabilidad parental permite ser delegada, aunque la titularidad sea siempre de los progenitores el ejercicio puede resultar otorgado a otra persona.

En situaciones especiales el ejercicio de la responsabilidad parental puede recaer sobre una persona distinta a los progenitores. Esta delegación se realiza con la finalidad de garantizar el interés superior del niño cuando existan supuestos especiales de gravedad.

Se desconoce a ciencia cierta cuáles serían los supuestos de gravedad que abarca la normativa y este es un de los puntos a los que Belluscio (2016) hace referencia como que han quedado imprecisos en el CCyCN. Podría considerarse que el acceso a la salud

¹⁴ SCJ Buenos Aires causa C. 87.970 "B., G. S. CONTRA M. G., R. A. S/INCIDENTE DE MODIFICACIÓN DE RÉGIMEN DE VISITAS". (2007)

de un niño conformaría uno de estos supuestos de gravedad, ya que “se confirió al abuelo la guarda de una niña de cinco años con la finalidad de que pueda acceder al sistema de salud, dada la imposibilidad de los padres de brindarle cobertura de una obra social”¹⁵. Así mismo, pueden contemplarse también motivos de trabajo, viajes o enfermedades de los progenitores que requieran la delegación de la responsabilidad parental en un familiar para que el niño o adolescente no vea alterado su centro de vida.

Resulta tarea del juez delegar la responsabilidad parental durante el plazo de un año a un familiar del niño, niña o adolescente. Este período de delegación puede extenderse por un plazo igual si existieran razones que así lo requirieran. El acuerdo de delegación requiere como formalidad su homologación judicial y que se respete el derecho del niño involucrado a ser oído.

Si bien se hace referencia a que la delegación de la responsabilidad parental puede ser receptada por un pariente del niño en el Anteproyecto del Código Civil ya se reconocía que esta delegación también podía ser otorgada a un tercero que no fuera pariente (Belluscio, 2016). En consecuencia, los tribunales han reconocido el otorgamiento de la responsabilidad parental a personas no vinculadas por lazos de parentesco con el niño y lo sostuvieron al expresar que:

El acuerdo por el cual la madre de un menor otorgó la guarda asistencial de este a un matrimonio con quien no la unía ningún vínculo de parentesco debe ser homologado, pues la limitación para la delegación de aquélla exclusivamente en cabeza de los parientes de los padres avanza contra el interés superior del niño ocasionándole un daño en su persona al privarlo del amparo y protección que podrían brindarle los pretendidos guardadores y que su madre biológica no puede ofrecerle –por encontrarse desempleada, ser viuda y tener 6 hijos más–, pasando por alto la voluntad expresada del niño de vivir con aquéllos y visitar a su madre y a sus hermanos, teniendo plena conciencia de su situación y sintiéndose además cuidado y querido por la familia con la que la madre acordó su cuidado¹⁶

Entonces, la delegación de la responsabilidad parental no solo puede ser realizada hacia un pariente, sino que también puede extenderse al progenitor afín¹⁷ y

¹⁵ Tribunal Familia San Salvador de Jujuy. Sala III. Rubinzal Culsoni (2014)

¹⁶ Juzg. Familia 1ª Nom. Córdoba. Abeledo Perrot nº AR/JUR/74630/2015

¹⁷ CCyCN Art 674 El progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por

hasta incluso a terceras personas que puedan guardar un vínculo afectivo con el niño sin llegar a ser parientes, un amigo de la familia o los padrinos de bautismo o confirmación quienes suelen asumir esta tarea cuando los progenitores no pueden hacerlo.

La persona que asume la responsabilidad parental del niño estará facultada durante ese tiempo a decidir todas aquellas situaciones que involucren su vida diaria. Cabe recordar que si bien los progenitores delegan la responsabilidad parental no se desentienden de sus hijos, ya que conservan la titularidad y los derechos de intervenir en la manera en que están siendo criados y la educación que reciben.

La delegación de la responsabilidad parental tal como lo indica Krasnow (2017) reside en el principio de solidaridad familiar en el que se asume una responsabilidad pensando en el bienestar del niño o adolescente.

5. Conclusión parcial

La responsabilidad parental como derecho deber corresponde a ambos progenitores en su ejercicio y titularidad, salvo que por algún motivo de los que expresa la ley se encuentren suspendidos o privados de ella.

La doctrina y la jurisprudencia realizan un reconocimiento consensuado sobre la factibilidad de la titularidad y el ejercicio conjunto de ambos progenitores sobre la responsabilidad parental. En donde la titularidad son todos aquellos derechos y deberes que los progenitores tienen como representantes de sus hijos y el ejercicio implica el llevar a la práctica los derechos y obligaciones que emergen de la responsabilidad parental.

Si entre los progenitores se presentará algún tipo de desacuerdo se podrá recurrir a un juez de forma unilateral o también hacerlo en conjunto para que entienda sobre la cuestión. Lo importante es que la falta de acuerdo sea resulta de manear rápida y

razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio

eficiente debido a que siempre se encuentran implicados derechos o responsabilidades sobre los hijos.

Un cambio importante que permitió el CCyCN es la delegación de la responsabilidad parental en la figura de los parientes, del progenitor afín o hasta incluso en algunas situaciones en terceras personas que no guaran vínculos con los niños. En estos casos se anteponen las necesidades de los niños por sobre la de los adultos a fin de garantizar sus derechos.

Capítulo III

Cuidado Personal del hijo

1. Introducción

En este capítulo se trabajará sobre uno de las figuras que resultan a consecuencia de la responsabilidad parental y es el cuidado personal del hijo. A partir de la entrada en vigor del CCyCN el cuidado personal del hijo resulta asumido por ambos progenitores como regla, pero puede presentarse la excepción de un otorgamiento unilateral.

Se comenzará por realizar una conceptualización de lo que se comprende por cuidado personal del hijo para seguidamente realizar un recorrido por la historia de la institución que partirá en el viejo concepto de tenencia hasta la actualidad. De esta manera, se podrá tener una mirada global del instituto y de la importancia que tiene dentro del derecho de familia.

A punto seguido, se realizará un análisis minucioso de las distintas modalidades de cuidado personal imperantes en estos días donde la regla es el cuidado del hijo compartido pudiendo presentarse dentro de las modalidades: alternada o indistinta.

2. Conceptualización

Dentro de las figuras legales derivadas de la responsabilidad parental se encuentra el “cuidado personal del niño por parte de sus progenitores”¹⁸. Son los padres las figuras centrales en cuanto al cuidado y la formación de sus hijos, aunque también desde el Estado se contribuye para tal finalidad.

Esta figura no es nueva dentro del derecho de familia sólo que se le ha cambiado la denominación, antes recibía el nombre de tenencia. El reemplazo se debe como lo afirma Belluscio (2016, p.17) a que al referirse a la tenencia “parecía colocar a los hijos en el lugar de una cosa u objeto de posesión” o tal como lo considera Krasnow (2017, p.329) el termino tenencia “es propio de los derechos reales, y se refiere a la ocupación y posesión de una cosa”. El término tenencia resultaba bastante impropio para el sentido real que tiene el instituto, los hijos no pueden ser ni si quiera pensados como objetos a los que se tiene bajo protección. Muy por el contrario, los progenitores deben velar por

¹⁸ CCyCN Art. 640 inc b

tomar las mejores decisiones respecto a la vida de sus hijos, para formarlos en valores y guiarlos de la manera correcta hasta que estos hayan alcanzado su autonomía.

Una crítica que se le hace al cambio de los vocablos es la expresada por Mizrahi (2017, p.1) quien sostiene que:

No obstante, la apuntada situación —esto es, la identificación entre el "cuidado personal" y la "tenencia"— no aparecería del todo clara en el articulado del Código dado que, en pluridad, un padre podría cuidar personalmente a su hijo sin residir, alojarse ni convivir con él. Complica todavía más la cuestión, y ratifica lo que acabamos de decir, la redacción del art. 648 del mencionado cuerpo legal, en tanto dice que "Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo". Es que para nada se alude aquí a un dato fundamental, cual es que ese progenitor —para que tenga cabida el "cuidado personal"— tiene necesariamente que convivir con su hijo; tal como se interpretaba cuando se utilizaba el vocablo "tenencia".

Que los niños, niñas y adolescentes puedan compartir el hogar con sus padres resulta lo más apropiado a fin de que estos puedan cumplir con las necesidades que se presentan a diario en la vida de sus hijos. Pero cuando se dan circunstancias bajo las cuales los progenitores ya no viven juntos los hijos deben convivir indefectiblemente con uno de ellos, ya que no cabe la posibilidad de que lo haga con ambos de forma sincrónica. Entonces, surge lo que se denomina cuidado personal del hijo y son “los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo”¹⁹.

Por su parte, Herrera, Caramelo y Picasso (2015, p.484) sostienen que se entiende como cuidado personal del hijo a:

Aquellas funciones relacionadas en forma directa con la vida cotidiana del hijo, que se relacionan directamente con su convivencia —cuestión que marca la diferencia entre cuidado personal y ejercicio de la responsabilidad parental—, pero no se restringen a ella, pues también comprenden la garantía de un adecuado contacto —que no se reduce a las “visitas” de un cuasi extraño—, en los casos en los que uno de los progenitores no conviva con el hijo/a. Así, se abandona definitivamente la terminología que contradice la concepción de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho.

¹⁹ CCyCN Art 648

El cuidado personal implica que los progenitores deben brindar protección y cuidado a sus hijos en todas aquellas situaciones que se presentan en la vida diaria. Debiendo los progenitores evaluar y decidir respecto al cuidado de su hijo de manera conjunta y siempre velando por los derechos del niño o adolescente sin interponer los conflictos propios que puedan existir entre los progenitores. El cuidado personal de los hijos no resulta una tarea sencilla de lograr de forma mancomunada si los progenitores anteponen sus diferencias personales a las necesidades de sus descendientes.

La participación activa de ambos progenitores en el cuidado personal del hijo tal como lo entiende Ignacio (2018, p.2) sirve para:

Garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al no colocarlos en una situación de permanentes tironeos e inestabilidades que por lo general ocasiona la ruptura de la vida familiar. Para ello es necesaria de parte de aquellos una comunicación fluída y una posibilidad concreta de consensuar todos los aspectos que hacen al cuidado de sus hijos

El cuidado personal del hijo no debe de ser confundido con el ejercicio de la responsabilidad parental, ya que el primero es una derivación del segundo que consiste en un “conjunto de facultades y responsabilidades que se tiene respecto a la persona y los bienes de los hijos, siendo posible ejercer esta función aunque no se conviva con el hijo” (Capolongo, 2016, p.401).

3. De la tenencia al cuidado personal del hijo

Hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación lo que hoy se conoce como cuidado personal de los hijos recibía la denominación de tenencia. El término tenencia resultaba mal empleado porque en realidad se estaba haciendo referencia a la guarda de los hijos menores y la convivencia con ellos una vez que los progenitores ponían fin a su matrimonio.

El Código Civil establecía como regla que cuando los progenitores no convivían la tenencia correspondía a uno de los progenitores. En cambio, la codificación actual presenta un cambio muy importante en este plano y considera que el cuidado personal de los hijos corresponde a uno o ambos progenitores cuando no conviven.

Dentro del contexto normativo establecido por el Código Civil cuando los padres no convivían la patria potestad se encontraba relacionada con las figuras de la tenencia y la guarda. La primera en el caso de los hijos matrimoniales y la guarda cuando los hijos hubiesen nacido fuera del matrimonio y tenían doble vínculo filial. Todas las responsabilidades y atribuciones sobre el cuidado del hijo en su vida cotidiana recaían en el padre o la madre que convivía con él. Aunque la tenencia se establecía de manera preferente sobre la madre cuando el hijo tuviera menos de cinco años y respecto a los de mayor edad podía realizarse un acuerdo para determinar qué padre tendría la tenencia o a falta de acuerdo que fuera el juez quien lo estableciera. A simple vista queda claro que la legislación amparaba un régimen de unilateralidad en cuanto a la tenencia de los hijos (Van Donselaar, 2017).

Con anterioridad a la sanción de la ley 23.515, la expuesta anteriormente era la manera en que se regulaba la tenencia de los hijos. Un punto importante a destacar respecto a la tenencia es que el codificador no tomó como punto para la designación del instituto la culpabilidad o la inocencia de los cónyuges respecto a las causas que habían dado lugar al divorcio (Belluscio, 2016) sabiendo separar de manera lógica los conflictos que podían existir entre los ex esposos con respecto a la crianza de sus hijos.

Un cambio significativo sobre el instituto de la tenencia se presentó con la ley 2393 en donde se suprimió la posibilidad de que siempre el hijo menor de cinco años tuviera que estar al cuidado de su madre. Entonces, comienza a tenerse en cuenta el interés superior del niño y cuando no fuera cumplido de manera efectiva viviendo con su madre, el juez podía designar la tenencia del menor a su padre. Desde la jurisprudencia se reconocía que “el principio general y básico que domina la materia es que debe tenerse en cuenta el interés superior de los hijos, su convivencia y bienestar”²⁰

Con la ley 11.711 los hijos menores de cinco años estaban a cargo de su madre salvo que existieran razones lo suficientemente graves por las cuales debiera asignarse la tenencia a otro progenitor. Respecto a los hijos mayores de cinco años se presenta una variación importante ya que comienza a tomarse en consideración la culpabilidad o inocencia de los padres en cuanto al divorcio y sólo el que resultara inocente podía estar a cargo de los hijos. Si se presentaba la situación de que ambos cónyuges resultaran culpables era el juez quien debía determinar a quién correspondía la tenencia y

²⁰ CNCiv., Sala F “k.,E.S y otros”(1991)

correspondía considerar que fuera la atribución que menos afectara al menor y que se garantizara su interés superior. La ley 23.515 mantuvo la edad del hijo como referencia para el otorgamiento de la tenencia y se consideraba también que:

En materia de tenencia de hijos debe prevalecer, como factor decisivo de toda determinación judicial, el interés de los menores, su convivencia moral y material, ello sin perjuicio de que se contemplen los intereses y afectos de los padres en cuanto no se opongan a los de los hijos²¹

La tenencia de los hijos una vez concluido el matrimonio no es solamente una cuestión que se encuentre regulada por los códigos de fondo, sino que también los Tratados Internacionales y las legislaciones nacionales se han hecho eco de este tema. Tras la reforma constitucional del año 1994 fueron numerosos los instrumentos internacionales que adquirieron raigambre constitucional y que aludían a los derechos de los niños. El más destacado de ellos es la Convención sobre los Derechos del Niño que reconoce el deber de cuidado de los hijos a ambos progenitores y así lo afirma en el artículo 18.1:

Ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

Siguiendo la misma línea la ley nacional 26.061 establece que: “El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos”²². Puede considerarse que los mencionados resultaron fuertes argumentos al tiempo de reflexionar sobre un cambio respecto a la tenencia unilateral de los hijos y la posibilidad de un cuidado personal compartido que no sólo aunara los derechos y deberes de ambos progenitores, sino que a la vez pudiera cumplir de forma eficiente con el principio de interés superior del niño.

Ya con bastante antelación a las disposiciones del Código Civil y Comercial sobre el cuidado personal del hijo de forma compartida se había sostenido que mantener el ejercicio compartido significaba:

²¹ CCiv Com y de Garantías en lo Penal. Pergamino. “G.C.c.G.,N.M” (1999)

²² Ley 26.061 Art 7

La responsabilidad que sobre ambos pesa respecto del cuidado y la educación de los hijos, no obstante la falta de convivencia; y, además, preserva el fin querido por la ley, de que no sea uno sino ambos padres quienes tomen las decisiones expresa o tácitamente atinentes a la vida y el patrimonio de los hijos²³

El cuidado personal compartido implica “reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales, sus responsabilidades y deberes”²⁴ de esta manera es como la legislación entiende al instituto en la actualidad.

4. Modalidades de cuidado personal del hijo

Cuando los progenitores dejan de compartir sus vidas y disuelven el vínculo que los mantenía juntos es que cobra relevancia el cuidado personal de los hijos. Entonces, el cuidado personal del hijo puede ser ejercido por uno o ambos progenitores. Al referirse al cuidado personal compartido la jurisprudencia ha expresado que:

El cuidado personal compartido de los hijos menores de edad, de acuerdo al Código Civil y Comercial, es el equivalente a la “tenencia compartida” del Código Civil y se comprueba si hay alternancia en la guarda material, tomando a su cargo el progenitor no solo la custodia del hijo en los días de descanso sino también la atención de aquel en las actividades diarias²⁵

El cuidado personal de los hijos de forma compartida tal como lo afirma Lloveras (2014, p. 105) se fundamenta al unificarse dos derechos: “el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra, el derecho deber de los padres de crianza y educación de los hijos en el ejercicio de la responsabilidad parental”. Entonces, resulta el cuidado personal compartido un sistema en donde los progenitores de manera conjunta asumen sus derechos y reparten sus

²³ C.N.Civ., Sala f, "La Ley"(1989)

²⁴ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores “M. G. R. c/ E. A. I. L. s/ régimen de visitas” (2008)

²⁵ Cfamilia Mendoza “S.,S.L.en S y M. p/hom. de convenio c.M., M. s/incidente de modificación de convenio- medida precautoria”LL. (2015)

responsabilidades de forma equilibrada para de esta manera desarrollar eficazmente la responsabilidad que tienen para con sus hijos.

Tal como lo afirma Salzberg (1993, p. 161) este cuidado personal compartido se presenta en cuanto a la “autoridad y responsabilidad en relación a todo cuanto concierna al niño, el respeto de su derecho a continuar contando afectivamente y realmente, con un padre y una madre”. Que los progenitores no hayan podido seguir conviviendo es una decisión que les concierne sólo a ellos, lo cual no puede ni debe representar una ruptura en las obligaciones y derechos que se tienen como progenitor.

Desde la jurisprudencia se ha reconocido que al otorgar el cuidado personal del hijo de forma compartida no se busca la “igualdad matemática de tiempo con cada uno de los padres. Su principal objetivo es implicar e incluir a ambos instando a la colaboración en los principales actividades de los menores, sin desmerecer al otro”²⁶

El cuidado personal compartido se presenta de dos formas: alternada “el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia”²⁷. Los días que el hijo vive con su progenitor le corresponde a este organizar sobre las cuestiones de su vida diaria.

La otra modalidad es la indistinta y se presenta cuando “el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado”²⁸. En esta última modalidad el hijo puede vivir con su madre, pero las decisiones respecto a su vida la toman ambos progenitores de manera conjunta. Esta modalidad resulta sumamente beneficiosa para el niño o adolescente en cuanto a que no modifica abruptamente su centro de vida.

En cuanto a la preferencia de la modalidad indistinta que realiza la legislación civil para el otorgamiento del cuidado personal Van Domselaar (2017, p. 4) sostiene que:

²⁶ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores “M. G. R. c/ E. A. I. L. s/ régimen de visitas” (2008)

²⁷ CCyCN Art 650

²⁸ CCyCN Art 650

Lleva implícita la residencia principal del hijo con uno de los progenitores se ha dicho que, teniendo en cuenta la opción más saludable para el hijo —evitar la llamada "modalidad mochila" en referencia a los traslados permanentes del niño de un domicilio al otro—, el Código prefiere el tipo de cuidado personal indistinto

La posibilidad de contar con un régimen de cuidado personal del hijo de forma compartida permite tal como lo afirman Kemelmajer de Carlucci, y Molina de Juan (2015, p. 4)

Mantener un estrecho vínculo con ambos padres, promueve la participación activa en las funciones de educación, amparo y asistencia, atenúa el sentimiento de pérdida del padre que queda excluido del cuidado, estimula las responsabilidades de ambos, evita que existan padres periféricos, reduce problemas de lealtades y juegos de poder, implica un reconocimiento de la idoneidad de cada uno de los padres, fomenta una mayor y mejor comunicación entre padres e hijos, beneficia la situación del hijo con la percepción de que sus padres continúan siendo responsables frente a él.

Por regla el juez otorga el cuidado personal compartido indistinto, solamente se fijará el cuidado personal unipersonal o alternado cuando no pueda ser aplicable la regla o cuando se ponga en riesgo el interés superior del niño.

5. Cuidado personal compartido y alimentos

Una cuestión relevante se presenta frente al cuidado personal compartido y la obligación alimentaria de los progenitores. Al presentarse el Anteproyecto de reforma del Código Civil se había establecido que cuando el cuidado personal fuera compartido los progenitores de manera separada debían hacer frente a las necesidades económicas del hijo sin poder requerir al otro progenitor ayuda en concepto de alimentos. Pero no se tenía en consideración que en muchas ocasiones podía presentarse una abrupta desproporción económica que terminaba por afectar a los intereses del hijo.

Frente a la realidad de la existencia de una desproporción económica que no podía desconocerse la Comisión Bicameral (2013, p. 49) sostuvo que:

La desproporción del caudal económico o material de los progenitores puede darse tanto si se trata de un supuesto de cuidado compartido como de uno alternado o

indistinto, no sólo en el primero. Es por ello que se amplía el supuesto en los cuales un progenitor puede solicitar alimento al otro progenitor, siendo no sólo en el caso de cuidado compartido alternado sino también en el indistinto, beneficiándose así a los hijos para que éstos puedan tener un nivel de vida similar en ambos hogares

De esta manera, quedo aceptado que más allá que el cuidado personal del hijo fuera compartido en la modalidad alternada o indistinta podían los progenitores solicitar alimentos con la finalidad de que el hijo pudiera tener el mismo nivel de vida con ambos. Es así como desde el artículo 666 del Código Civil y Comercial se reconoce el principio de coparentalidad fijando aquellas alternativas que resultan necesarias para el desarrollo del cuidado personal (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015) y sostiene que:

En el caso de cuidado personal compartido, si ambos progenitores cuentan con recursos equivalentes, cada uno debe hacerse cargo de la manutención cuando el hijo permanece bajo su cuidado; si los recursos de los progenitores no son equivalentes, aquel que cuenta con mayores ingresos debe pasar una cuota alimentaria al otro para que el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares. Los gastos comunes deben ser solventados por ambos progenitores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 658²⁹.

La idea de coparentalidad se funda en una necesidad de democratizar el sistema familiar en donde cada uno de los progenitores pueda llevar adelante sus responsabilidades en un ámbito de igualdad y respeto favoreciendo de esta manera el mantenimiento ante todo del vínculo filial, y que los motivos que llevaron al cese de la convivencia de los padres no repercuta en los hijos (Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan, 2015)

La realidad muestra que si bien el cuidado personal de hijo resulta compartido las situaciones económicas de los progenitores pueden resultar distintas y los hijos al darse cuenta de que con uno de sus progenitores llevan un nivel de vida mejor que con el otro comienzan a exigir cosas que pueden no estar al alcance de ese progenitor. Al referirse a esta cuestión Herrera (2014, p.434) sostiene que:

La obligación alimentaria que se deriva de la responsabilidad parental no está directamente relacionada con el cuidado personal compartido. Así, es posible que si ambos progenitores comparten con sus hijos una cantidad de tiempo similar, uno

²⁹ CCyCN Art 666

de ellos esté obligado a pasar una cuota alimentaria al otro al contar con mayores ingresos. Se trata de que los hijos gocen, en la medida de lo posible, el mismo nivel de vida, siendo beneficioso para ellos que el tiempo que pasen con cada uno tenga una calidad similar y no haya fuertes desproporciones en la calidad de vida

En otras situaciones, los hijos pasan más tiempo con un progenitor que con el otro y eso implica que sean mayores las necesidades de alimentos que tenga quien tiene una convivencia más asidua con el hijo. Es por ello que no podía negarse el deber del progenitor de exigir alimentos para su hijo cuando estos resultaran necesarios y no sólo como una forma de equilibrar el nivel de vida en ambos hogares.

6. El cuidado personal del hijo como sanción

Como ya se ha expresado en diferentes instancias de esta investigación ambos progenitores tienen sobre sus descendientes responsabilidades y obligaciones que les son comunes y que hacen al cuidado, desarrollo, educación, alimentación, salud, esparcimiento y cada una de las necesidades que el niño tenga. Si bien legalmente se apunta a otorgar el cuidado personal bajo la modalidad compartida indistinta puede suceder que de manera excepcional el cuidado personal sea concedido a uno solo de los progenitores.

Al momento de otorgarse el cuidado personal a uno de los progenitores siempre deberá de tenerse en consideración de manera prioritaria el otorgamiento al “progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro”³⁰ Para el progenitor que obstaculice la debida comunicación entre el niño y su otro progenitor el Código Civil y Comercial establece facultades para que los jueces puedan tomar medidas sobre este tipo de incumplimientos. Mizrahi (2018, p.391) al referirse a esta medida considera que:

Resulta hartamente positiva esta disposición ya que, en la práctica judicial, lamentablemente se observa a menudo que -producto de las rivalidades y rencores que quedaron como saldo de la pareja- con total injusticia se utiliza a los hijos comunes como una herramienta de venganza personal.

³⁰ CCyCN Art 653 a.

Como comúnmente se lo afirma los niños pasan a ser trofeos de guerra entre los progenitores y una manera de dañar al otro progenitor es impedirle el contacto con su hijo o fomentar en el pensamiento del niño ideas sobre su progenitor para que no quiera verlo. Sambrizzi (2018, p.463) afirma que:

Puede observarse en la práctica que uno de los padres –generalmente aquel con el que vive el hijo- lo utiliza como una herramienta de venganza personal, será por haber sido el otro progenitor quien dio causa a la separación, o por no entregar los alimentos necesarios para el hijo u ocultar bienes para tratar de evitar el incremento de la cuota alimentaria

El hecho de no facilitar la adecuada comunicación entre el niño y el progenitor no conviviente puede ocasionar el cambio en el cuidado personal del hijo pasando a ser del progenitor que favorezca el adecuado régimen de comunicación con el otro.

La jurisprudencia respecto a la situación de progenitores que obstruyen la relación del niño con el otro progenitor ha tenido que resolver diferentes situaciones. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió otorgar el cuidado personal del hijo al padre debido a que la madre obstaculizaba el contacto del menor con su padre aduciendo violencia de género por parte de su ex pareja y solicitando una restricción para el progenitor tanto hacia la actora como también sobre su hijo.

Como consecuencia de la denuncia de violencia familiar realizada por la actora se fijó una audiencia en donde se resolvió que tanto los progenitores como el menor deberían de realizar una terapia familiar a fin de beneficiar al grupo en su relación filial. A las entrevistas de terapia el progenitor se había presentado de manera correcta, concurriendo a cada una de ellas, mientras que la progenitora y el niño sólo habían asistido a la primera. De esta manera, puede evidenciarse la obstrucción que la actora ponía respecto a la relación del otro progenitor con su hijo negándole que pudieran mediante la terapia familiar reconstruir el vínculo. Además, se le había hecho creer al niño que su padre era quien “lo sacó de adentro de la madre, si tiene terror a quedarse un minuto a solas con él porque puede llevárselo y no ver más a la madre y además va a golpearlo, a tocarlo y a abusarlo sexualmente”³¹. El niño veía al padre como un verdadero malvado que era capaz de hacerle cualquier cosa y por eso resultaba

³¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala H. “V. L. O. c/ M. M. D. H. y otro s/ medidas precautorias”(2016). Cita: MJ-JU-M-99215-AR | MJJ99215 | MJJ99215

verdaderamente imposible que el vínculo padre e hijo pudiera forjarse y trascender. La progenitora era quien fomentaba todas esas mentiras e impedía que el niño pudiera tener una comunicación con el otro progenitor por este motivo es que se decidió que el niño pasará a estar bajo el cuidado personal del padre y que la progenitora fuera sancionada con la pérdida del cuidado personal de su hijo y que además debiera pagar una multa por entorpecer la normal comunicación entre el niño y el progenitor no conviviente.

7. Conclusión parcial

En la época que imperó el Código de Vélez Sarsfield cuando los padres se separaban los hijos quedaban a cargo solo de uno de ellos, que dependiendo de la edad del niño generalmente era la madre. De esta manera, todas las obligaciones y derechos respecto a los hijos recaían sobre el progenitor que convivía con ellos dando la posibilidad a que el padre no conviviente se desentendiera de sus responsabilidades o que solo cumpliera con un régimen mínimo de vistas y alimentos cuando en realidad los cuidados que un hijo debe recibir van mucho más allá de eso.

El cuidado personal del hijo es uno de los derechos que derivan de la responsabilidad parental lo que en la antigüedad era conocido como tenencia. El cuidado personal del hijo implica todos aquellos deberes y facultades que deben realizar los progenitores en cuanto a las actividades diarias de la vida de sus hijos.

Cuando los progenitores conviven no existen conflictos respecto al cuidado personal de los hijos, lo propio sucede cuando los progenitores han dejado de convivir y ya no comparten un proyecto de vida en común. Es entonces cuando se plantea la necesidad de saber bajo que progenitor quedará a cargo este cuidado. La legislación establece por regla que se realice de forma compartida para que de esta manera ninguno de los progenitores se desentienda de sus deberes frente a la relación filial, aunque en algunas situaciones también el instituto podrá recaer de forma unilateral sobre un progenitor.

A raíz de las modificaciones legislativas se sostiene que un cuidado personal compartido de forma indistinta resulta lo más apropiado para garantizar el interés

superior del niño, ya que se sostiene que esa resulta la regla en el otorgamiento del cuidado personal.

Dentro del cuidado personal compartido se considera desde una postura propia que la modalidad indistinta beneficia al cumplimiento efectivo del interés superior del niño, ya que ambos progenitores asumen la responsabilidad de participar y colaborar en todas aquellas actividades que favorezcan al cuidado de su hijo con independencia de con quién conviva. Ambos progenitores continúan cumpliendo con la función que tenían con anterioridad al cese de su matrimonio y no produce severas alteraciones en la vida del niño.

El cuidado personal del hijo debe de ser otorgado de manera prioritaria a aquel progenitor que busque e incentive el mantenimiento del trato regular del niño con el progenitor no conviviente. Los niños de ninguna manera deben ser privados de tener contacto con su progenitor por razones que solo afectan la relación entre los adultos. Recuérdese que es primordial anteponer el interés superior del niño por sobre los conflictos que pueden presentarse entre los adultos y obstaculizar la comunicación del niño con el progenitor no conviviente resulta una vulneración al principio de interés superior. Debe reconocerse asimismo que el niño conforme a su autonomía progresiva puede tomar sus propias decisiones y bajo determinadas circunstancias decidir que no quiere mantener contacto con el progenitor no conviviente.

Capítulo IV

Cuidado personal e interés superior del niño

1. Introducción

A esta altura de la investigación ya se ha hecho referencia a la responsabilidad parental y como consecuencia directa al cuidado personal del hijo. También se ha analizado el principio de interés superior del niño como un norte a seguir en todas aquellas cuestiones en donde los derechos de los niños entren en conflicto con otros derechos.

Entonces, ha llegado el momento de reconocer como el interés superior del niño se vincula con su cuidado personal por parte de los progenitores. Este será el tema central del presente capítulo donde se lo analizará a la luz de la doctrina y la jurisprudencia nacional.

2. El interés superior del niño y su vinculación con cuidado personal

Si bien ya se ha hecho referencia al interés superior del niño y es mucho lo que se alude a este principio dentro del derecho, cabe reconocer que resulta una expresión de difícil conceptualización. La Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes dispone una enunciación amplia sobre el principio que permitirá de manera sustancial tener una definición que ayude a desarrollar este capítulo. El artículo 3 de la mencionada ley establece al referirse al interés superior del niño que es:

La máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”, enfatizando el respeto por: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida (entendido como el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia)³²

³² Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Art 3

Fillia (2017, p. 2) sostiene que el interés superior del niño: “Se trata de una garantía de efectividad de los derechos subjetivos de los niños de modo que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses, prevalecerán los primeros”. De lo expresado en las definiciones antes otorgadas cabe preguntarse si ¿el cuidado personal compartido del hijo resulta suficiente a fin de garantizar su interés superior? Frente a este interrogante puede decirse que lo expresado en las leyes muchas veces queda reducido a una expresión de mero deseo y que en la vida práctica por más que se intenta no puede lograrse.

Si bien el cuidado personal de los hijos es entendido como “los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo”³³ ese cuidado personal no termina al asumir el ejercicio de la responsabilidad parental sino que implica un derecho deber continuo de los progenitores para con sus hijos vinculado principalmente a los requerimientos cotidianos que el niño, niña o adolescente pueda tener. La legislación actual reconoce la importancia de otorgar el cuidado personal a ambos progenitores a fin de que las responsabilidades que surgen en la vida de sus hijos puedan ser compartidas de forma igualitaria y que no recaigan solamente sobre uno de ellos. Aunque no debe dejar de reconocerse que existen situaciones en las que el cuidado personal es asumido solo por uno de los progenitores.

Cualquiera sea la modalidad de cuidado personal que hayan acordado los progenitores, debe hacerse buscando garantizar el interés superior de los menores que se encuentran involucrados. Tal como ha sido sostenido por la jurisprudencia:

Ello importa, adoptar aquella decisión que más convenga moral y materialmente al niño o adolescente en su calidad de sujeto de derechos. Es por ello que las resoluciones que se dicten respecto al cuidado personal de los hijos no causan estado, desde que el interés de los mismos puede exigir en cualquier momento la modificación de aquella, si les resulta en beneficio³⁴.

³³ CCyCN Art 648

³⁴ Cámara de Familia de Mendoza. “R., L. R. en J° 7545 c. L., C. C. N. s/ inc. cambio cuidado persona” (2017) La Ley. Cita Online: AR/JUR/50530/2017

Resulta importante reconocer que la protección que recibe el derecho de los niños ha evolucionado de manera considerable en las últimas décadas. Dependiendo de su edad y grado de madurez los niños deben contar con una mayor protección de sus derechos, esto se debe a que el niño al encontrarse en un estado especial de vulnerabilidad requiere de una mayor protección y por ello su interés superior debe prevalecer ante otras consideraciones (Fulchiron, 2017)

Dentro de los derechos y deberes que recaen en cabeza de ambos progenitores debe de tomarse siempre aquella decisión que este dirigida a sostener que el niño es un sujeto de derechos y no un simple indefenso que requiere de protección, como se pensó durante mucho tiempo. La finalidad debe radicar en la búsqueda de las satisfacciones integrales del niño o adolescente respetando sus derechos y garantías pero sin extralimitarse, ya que dentro de los deberes de los padres también radica la obligación de imponer ciertos límites. Siguiendo esta línea de pensamiento Pietra (2006, p. 1108) sostiene que:

Si el nuevo paradigma en las organizaciones familiares es construir nuevos ciudadanos, `respetar los derechos del niño no implica ir en detrimento de los padres, existiendo un equilibrio entre su libertad educativa y representación, con la posibilidad de ejercer sus derechos de acuerdo con su edad. Se trata de una educación hacia la responsabilidad. Dentro de un grupo familiar cada miembro debe saber respetar los derechos de los demás. La familia no puede defender su estabilidad sobre la base de la degradación de sus integrantes. Debe lograrse una mayor integración, fomentándose la participación y solidaridad de cada miembro del grupo familiar de acuerdo con su rol

El cuidado personal compartido, ya sea desde la modalidad alternada o indistinta, permite ante todo la existencia de progenitores presentes en la vida cotidiana de sus hijos. Padres que se ocupan, preocupan y participan activamente permitiendo que el hijo no se sienta un punto en el medio de una relación de pareja que se terminó. Lo esencial del cuidado personal compartido es que los progenitores de manera conjunta puedan actuar en pos del cumplimiento de los derechos de sus hijos y que no exista un desinterés de la responsabilidad que a cada uno le cabe como progenitor. Sambrizzi haciendo propias las palabras de Fama coincide que el cuidado personal compartido:

Permite la participación activa de ambos padres en la crianza de sus hijos; la equiparación de los progenitores en cuanto a la organización de su vida personal y

profesional, distribuyendo entre ambos la carga de la crianza; el reconocimiento de cada progenitor en su rol paterno; la comunicación permanente entre los progenitores; la distribución de los gastos de manutención de los hijos; la atenuación del sentimiento de pérdida o abandono del niño luego de la separación; el reconocimiento del hijo como alguien ajeno al conflicto matrimonial (Sambrizzi,2018,p.443)

Las parejas son las que se divorcian o separan, no los hijos, es por ello que los progenitores siempre tendrán que diferenciar que la ruptura se dió dentro de una relación amorosa con el otro progenitor pero que no implica la disolución de la relación paterna filial. El cuidado personal compartido favorece el respeto por el interés superior del niño en lo que respecta a la disminución del sentimiento de la pérdida de una familia y que el niño no se sienta abandonado por alguno de sus progenitores. El hijo continuará sintiendo la preocupación y dedicación que ambos progenitores ponen en su crianza y en su formación como persona.

Ante la separación de los progenitores y la necesidad de mantener el vínculo con ambos se produce un inevitable conflicto de intereses entre los derechos del niño y los de los adultos. Pero en estas situaciones debe de primar la alternativa más favorable para el niño y su interés (Barros, 2017) lo cual no necesariamente implica que deba de realizarse lo que el niño quiera o que el juez al escuchar al menor deba de tomar sus palabras de manera tal que influyan al momento de decidir que se coincidiera mejor para el niño.

El cuidado personal bajo la modalidad compartida implica la preservación de un deber natural que recae bajo ambos progenitores y que implica la crianza y formación de una persona que se encuentra en desarrollo y que requiere de la presencia de ambos progenitores para su formación. Aunque debe de considerarse que la decisión de llevar un cuidado personal compartido debe de resultar un beneficio para el niño y no por el contrario ocasionarle un daño.

La aplicación del cuidado personal bajo una modalidad distinta a la compartida puede ocasionar según lo afirma Sambrizzi (2018, p. 449):“La pérdida paulatina y definitiva del progenitor no conviviente, el interés superior del menor comienza a apuntar hacia la conservación y atracción de ambos padres, para que ambos se hagan cargo de los hijos que trajeron al mundo”, de esta manera se busca que el niño pueda

contar con la presencia de ambos progenitores en cada momento de su vida, fomentando un equilibrio emocional que no perjudique los derechos del niño.

3. Análisis jurisprudencial

En el caso en análisis se presentará la necesidad de ponderar el interés superior del niño por encima de los intereses de los progenitores en cuanto a su cuidado personal. De la situación fáctica se desprende que al separarse los progenitores en el año 2006 se solicitan la tenencia de los hijos de ambos. En ese momento, el juez otorgó la tenencia de la niña a su madre y el niño de su padre, aunque entre ambos progenitores comprendían que existía un régimen de comunicación obligatorio con el hijo con el que no convivían y que ese régimen no podía resultar interrumpido por el otro progenitor, ya que era un derecho que le correspondía al niño o la niña.

Frente a la resolución del juez la madre presenta una apelación, ya que considera que ambos niños deben encontrarse bajo su cuidado personal y fundamenta su pedido en que solo se tuvo en cuenta lo expresado por el niño y no se consideró lo que la asistente social había apreciado sobre la buena relación de los niños con ambos progenitores y a su vez con la pareja de su madre. Además, la progenitora aduce que resulta necesario que el padre cumpla con sus deberes de cuidado respecto al niño para que estudie, concurra diariamente al colegio y cumpla con sus obligaciones extra curriculares como asistir a catequesis y hacer deportes. También, se expuso que el menor vivía con su padre en un lugar muy pequeño, que debían compartirlo con otras personas y que el niño estaba expuesto a situaciones de violencia entre su progenitor y su pareja actual. En la causa se consideró lo expuesto por la madre y se otorgó el cuidado personal compartido bajo la modalidad indistinta, teniendo los menores como centro de vida la vivienda en donde conviven con su madre³⁵.

Si bien es una situación real en donde entran en juego los derechos de un niño y que deben priorizarse ante todas aquellas situaciones en donde se encuentren

³⁵ CNCIV – SALA C “D. J. L. c/G. G. E. s/ tenencia de hijos”. (2014)

involucrados conforme a sus necesidades puede considerarse que las autoridades encargadas de impartir justicia no pueden reducir su dictamen únicamente a lo que el niño exponga.

Considero que, si bien el niño cuenta con el derecho a ser oído, también deben de analizarse todas las situaciones fácticas que giran en torno a la cuestión en análisis. Un niño puede considerar que lo mejor es convivir con su padre porque en ese hogar cuenta con mayor libertad y se realiza un menor control sobre sus actividades escolares, esto por su corta edad e inmadurez puede que lo piense como lo más apropiado para su vida. Se coincide de esta manera con lo expresado por Dolto (1989, p. 130) que “el niño siempre debería ser escuchado, lo cual no implica en absoluto que de inmediato se hará lo que él pide”

Desde una perspectiva puramente personal se considera que en pos de respetar el interés superior del niño debe de valorarse también los deseos y necesidades con que cuenta su hermana, con la cual han vivido juntos hasta el momento de la separación de sus padres y resulta contradictoria la separación de los hermanos y la pérdida de un vínculo que era constante debido a que vivirían en distintas zonas de Buenos Aires y su trato no sería el habitual.

Garantizar el interés superior del niño no radica en dejarlo hacer lo que quiere, sino en mostrarle lo que es lo mejor para él y guiarlo en el camino de la vida. La desatención en cuanto a las obligaciones del menor, no concurrir a la escuela o realizar sus demás actividades atenta contra su desarrollo social y personal.

Las expresiones del niño de querer vivir con su padre deben de ser analizadas ya que de las entrevistas hechas al menor se desprende que vea a su madre como la persona que pone límites y exige cumplimientos escolares. De lo expuesto por la Cámara puede considerarse que:

Por cierto que escuchar al menor no implica que eventualmente no puedan desatenderse sus preferencias expresadas, si de los elementos obrantes en poder del juez, en particular los provenientes de una objetiva valoración de su medio, para lo cual cabe contar con el aporte inestimable de asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, surge que satisfacerlas no es conducente al logro de su interés, en cuyo caso se torna necesario equilibrar esa posible frustración mediante adecuados auxilios terapéuticos y fundamentalmente orientándolos a la comprensión de la decisión y sus motivos. De todos modos, es menester que en tales supuestos de

colisión con el deseo del menor el juez exprese los motivos de su apartamiento de la opinión recogida³⁶

La idea debe estar centrada siempre en el interés superior del niño, es importante escucharlo, saber que piensa y lo que quiere expresar. Pero no por ello debe de hacerse lo que los hijos quieren. Los progenitores son quienes tienen la autoridad para decidir mientras que el niño o adolescente no haya alcanzado su total autonomía.

En algunos fallos que se han leído para la realización de este trabajo final de grado se ha observado la constante reiteración por parte de los menores de edad de la ausencia de consideración por parte de los jueces de lo expuesto por el niño al momento de ejercer su derecho a ser oído. Si bien todo lo que el niño exprese no debe de resultar vinculante para la decisión que tomara el juez existen algunas cuestiones que dejan entrever que se otorga prioridad a los intereses de los adultos por encima de los de los niños.

Lo antes expuesto puede verse manifestado en el caso en que donde hermanos vivían separados y cada uno se encontraba bajo el cuidado personal de un progenitor y ellos querían vivir una semana con cada uno. Así lo habían manifestado los menores:

Que M., el mayor, actualmente de 16 años (cfr. partida de fs. 2) vive con su papá y la pareja de éste en Tunuyán; que su padre lo lleva todos los días al colegio ya que continúa concurriendo a una escuela de Tupungato pero que el mes entrante va a conseguir banco en Tunuyán; que su mamá está de acuerdo con su decisión de irse a vivir con su padre; expresa su deseo de vivir con él porque quiere acompañarlo ya que estuvo mucho tiempo con su progenitora; que ve a su mamá los días lunes, miércoles y viernes cuando tiene contraturno en la escuela. En tanto que M. a la fecha de 9 años —vive con su madre y la pareja de ésta en Tupungato—, dice encontrarse bien pero al ser preguntado con quién le gustaría vivir responde que con su papá y su mamá, que una semana con cada uno³⁷.

Durante algún tiempo no se tuvo en consideración lo que los niños querían y se mantuvo a M. bajo el cuidado personal de su padre y a M. de su madre. Resulta un elemento muy importante el escuchar a los menores al momento de otorgar el cuidado

³⁶ CNCIV – SALA C “D. J. L. c/G. G. E. s/ tenencia de hijos”. (2014)

³⁷ Tribunal: Cámara de Familia de Mendoza “R., L. R. en J° 7545 c. L., C. C. N. s/ inc. Cambio cuidado persona”(2017). Cita Online: AR/JUR/50530/2017

personal a los progenitores, ya que una modalidad que no favorezca los deseos del niño resultaría contraria al cumplimiento de su interés superior. En esta causa a fin de cumplir con los deseos del niño resultaba mucho más factible el otorgamiento del cuidado personal compartido indistinto, de esta manera se favorece al mantenimiento del vínculo paterno con ambos progenitores y se priorizaría el interés superior del niño.

4. Conclusión parcial

Respetar el interés superior del niño y su derecho a ser oído resulta necesario frente a una situación en que sus derechos estén en juego como es en el caso del cuidado personal. Pero debe de hacerse un análisis exhaustivo de la situación, ya que lo que el niño o adolescente considera como lo necesario y apropiado para su vida en ese momento puede resultar perjudicial para él en un futuro.

El respeto por el interés superior del niño no debe de confundirse con la posibilidad de que el niño o adolescente manipule una situación en su beneficio personal, sino que el garantizar este principio implica la necesaria satisfacción integral de todos sus derechos.

Conclusión final

La patria potestad fué un instituto del derecho de familia que imperó por bastante tiempo tanto a nivel mundial como en la República Argentina. Bajo esta institución los hijos no contaban con derechos frente a sus padres y el poder del padre repercutía sobre las decisiones de todo el grupo familiar. Podría compararse a la patria potestad con un régimen totalitarista precedido por el padre al que los hijos, en su persona y sus bienes, se encontraban sometidos a sus designios.

Al dejar atrás la vieja idea de patria potestad en donde el progenitor ejercía el poder sobre sus hijos y comenzar a considerar al niño, niña o adolescente como sujeto de derecho puede observarse que la relación verticalista que imperaba en un principio se torna en una relación parental signada por la igualdad, la libertad y el respeto.

La expresión patria potestad podría decirse que había quedado invalidada frente a la posición que los niños y adolescentes tienen dentro de sus familias y del mayor reconocimiento que han logrado en las últimas décadas por parte del derecho internacional y posteriormente nacional. El reconocimiento del niño como sujeto de derecho resulta un punto de quiebre frente a las antiguas legislaciones de derecho de familia que veían al niño como un sujeto al que había que proteger, ya que carecían de medios para hacer valer sus derechos por sí mismos. Desde hace un tiempo a esta parte los niños se han vuelto personas autónomas capaces de ejercer sus derechos conformes a su autonomía progresiva y de poder marcar un límite a la responsabilidad parental de sus progenitores.

La responsabilidad parental tiene una función netamente socializadora y formadora por parte de los progenitores hacia sus descendientes, sin que ya en estos tiempos existan diferencias respecto a la manera en que se originó la relación paterna filial. Los progenitores asumen una responsabilidad frente a sus hijos que se traduce en un conjunto de derechos y deberes que tienen como finalidad garantizar el interés superior del niño mediante su protección, desarrollo y formación integral.

El interés superior del niño se presenta como un principio de amplio reconocimiento legal en el que el niño, niña o adolescente debe ser considerado como centro de preferencia frente a los conflictos que puedan suscitarse entre los adultos y que involucren los derechos de los menores. Mediante el principio de interés superior del niño se busca brindar una eficaz protección a los menores de edad debido a la situación de vulnerabilidad en que se encuentran por hallarse todavía en formación. Cuando exista un conflicto de derechos en el que se esté implicado un niño, siempre deberán de priorizarse sus intereses tras haber desarrollado una verdadera investigación sobre la realidad que el menor vive.

Mediante la incorporación del cuidado personal del hijo de forma compartida por ambos progenitores se fomenta la igualdad en los derechos y las obligaciones de estos en cuanto a la formación, crianza y a la participación en la cotidianidad del hijo. Permitiendo que las responsabilidades sean compartidas y que no recaigan solamente en un progenitor o que el progenitor no conviviente se vea privado de tener una participación activa dentro de la vida de su propio hijo. Más allá de que ambos progenitores puedan compartir el cuidado personal de hijo lo que se busca con esto es lograr con el cumplimiento del principio de interés superior del niño, niña o adolescente que se haya comprometido. A través del cuidado personal del hijo de manera compartida se busca evitarle un sufrimiento innecesario al menor por tener que ver su familia desmembrada y la figura ausente de uno de sus progenitores.

La hipótesis de trabajo que se formuló al inicio de esta investigación consideraba que el cuidado personal de los hijos de forma compartida resulta suficiente para no afectar el interés superior del niño, siempre que los hijos puedan, conforme a su autonomía progresiva, decidir si consideran que es lo mejor para ellos. Los niños a medida que crecen van adquiriendo autonomía y pueden tomar decisiones respecto a determinadas cuestiones que los tienen como protagonistas. Respecto al cuidado personal compartido será el niño o adolescente la persona indicada para determinar si eso es lo que le hace bien o prefiere que el cuidado personal se realice de otra manera.

Se considera que la hipótesis resulta confirmada de manera afirmativa ya que la modalidad de cuidado personal compartida se presenta como la forma más factible y suficiente de garantizar no solo el interés superior del niño, sino también el mantenimiento del vínculo cercano con sus progenitores. La conjunta participación de

los progenitores en la vida de sus hijos, siendo figuras presentes de todos los momentos de su vida cotidiana permite que el niño, niña o adolescente se puedan sentir acompañados, contenidos y no sentir desprotección porque sus padres ya no conviven.

Se sostiene además que el deber de asegurar el interés superior del niño es una tarea que incurre exclusivamente sobre los progenitores y al llegar a un acuerdo respecto al cuidado personal de sus hijos de forma compartida indistinta, pueden garantizar que este principio sea cumplido. Si los progenitores logran organizarse en pos del beneficio de los derechos y deberes que ambos tienen respecto a sus hijos y comprenden que el niño o adolescente necesita de la presencia activa de ambos, más allá de que no convivan, se estará priorizando al menor por sobre cualquier otra persona o situación.

Para lograr el efectivo cumplimiento del interés superior del niño es necesario que se tengan en cuenta sus deseos y necesidades y la única manera de conocer lo que el niño quiere es que pueda ejercer su derecho a ser oído. El ejercicio de este derecho resulta fundamental para dar un cumplimiento al principio de interés superior del niño aunque siempre debe de considerarse la situación en concreto, el grado de madurez que tenga el menor y no dejarse manipular por lo que el niño considera que es lo que necesita respecto a lo que realmente debe de otorgársele.

Anexo

Partes: V. L. O. c/ M. M. D. H. y otro s/ medidas precautorias

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

Sala/Juzgado: H

Fecha: 6-may-2016

Cita: MJ-JU-M-99215-AR | MJJ99215 | MJJ99215

Se otorga la guarda provisoria del menor al padre debido al comportamiento obstructivo de la madre en su relación, y se la sanciona con una multa por dicha conducta.

Sumario:

1.-En función de las prescripciones contenidas en los arts. 3 , 9 y 19 de la Convención de los Derechos del Niño, y con motivo en la falta total de colaboración y predisposición de la madre para permitir ejercer el derecho del menor a mantener una natural relación con su padre (quien sistemáticamente y con distintos artilugios impidió el efectivo contacto paterno-filial) corresponde confirmar la decisión de otorgar en carácter de medida cautelar, el cuidado personal provisorio del menor a su padre; por iguales motivos, corresponde confirmar la multa por cada inasistencia injustificada a la terapia de revinculación.

2.- La actitud reticente de la recurrente a que el menor tenga una natural comunicación con su padre no debe ser tolerada por la jurisdicción si no se verifican causas graves que permitan postergar el derecho de rango constitucional de mantener un adecuado contacto con el progenitor no conviviente.

3.- La comunicación entre el progenitor excluído del cuidado personal y sus hijos reviste los caracteres de inalienable e irrenunciable, ya que tiende a la subsistencia de un lazo familiar y afectivo de particular importancia en su formación, y es por ello que su limitación solo debe disponerse cuando se verifique la concurrencia de causas que pongan en peligro la seguridad o la salud del niño o adolescente (art. 652 CCivCom.).

4.- Corresponde declarar desierto el recurso interpuesto por la recurrente contra la imposición de la multa, ya que incumplió con la carga impuesta por el art. 265 del Código Procesal, limitándose a manifestar su disconformidad con lo decidido sin rebatir eficazmente las motivaciones esenciales del pronunciamiento; sin perjuicio de señalar que la multa impuesta con motivo del incumplimiento y obstaculización de la progenitora respecto del vínculo paterno filial, resultó ajustada a derecho.

5.-En pos del interés superior del niño, corresponde disponer como principales medidas: que el menor sea inscripto por su padre en una escuela de doble jornada; ordenar el tratamiento de revinculación entre el niño y su padre; ordenar a ambos progenitores realizar un tratamiento psicológico con el objeto de abordar aspectos referidos al ejercicio de los roles parentales; disponer un régimen de contacto rigurosamente supervisado y designar una asistente social para que comparta una hora diaria con el menor; todo ello bajo apercibimiento de multa.

Tribunal: Cámara de Familia de Mendoza (CFamiliaMendoza)

Fecha: 28/06/2017

Partes: R., L. R. en J° 7545 c. L., C. C. N. s/ inc. Cambio cuidado persona

Cita Online: AR/JUR/50530/2017

Hechos:

La sentencia que determinó que el cuidado personal de los hijos debía estar a cargo de la madre de estos, fue apelada por el progenitor. La Cámara de Familia dispuso que el cuidado debiera ser compartido.

Sumarios:

1. La solución más conveniente a los intereses de dos niños que viven uno con su padre y el otro con su madre es la legislada en el art. 651 del Cód. Civil y Comercial, esto es, el cuidado personal compartido de aquellos, en la modalidad indistinta, manteniendo su residencia actual.
2. Conforme el art. 707 del Cód. Civil y Comercial, un elemento primordial a considerar al momento de evaluar la modalidad del cuidado personal, es la opinión del hijo volcada en el espacio procesal judicial.

Listado de la bibliografíaDoctrina

- Abboud Castillo, Neylia (2017) *El acuerdo sobre cuidado personal de los hijos. Tema de debate*. Buenos Aires: La Ley
- Barros, Patricia (2017) *El interés del niño y la separación de sus padres en Tratado de la Vulnerabilidad*. Buenos Aires: La Ley
- Belluscio, Claudio A. (2016) *Cuidado personal del hijo (tenencia) según el nuevo Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: García Alonso.
- Bidart Campos, Germán (1998) *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires: Ediar
- Bobrosky, Javier; Capolongo, María A.; Garmizo, Michelle; Novelli, María S.; Parodi, María C.; Pitasny, Tatiana; Radcliffe, María S.; Krasnow, Adriana N.; Di Tullio Budassi, Rosana G.; Radyk, Elena B. (2016) *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea.
- Bossert, A. y Zannoni, E. (2016) *Manual de derecho de familia*. 7a edición actualizada. Buenos Aires. Editorial Astrea.
- Bueres, Alberto (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación: analizado, comparado y concordado*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Cárdenas, Eduardo (1988) *La familia y el sistema judicial. Una experiencia innovadora*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.
- Carrara Casares, Carlos (1997) *Participación de los niños en los procesos de familia*. Buenos Aires: La ley
- D'Antonio, D. H. (1994) *Derecho de menores*. 4ª ed. Buenos Aires: Astrea
- D'Antonio, Daniel (2010) *Convención sobre los Derechos del Niño*. Buenos Aires: Astrea
- Dolto, Françoise (1989) *Cuando los padres se separan*. España: Ed. Paidós
- Fillia, L. (2017) *La intervención del niño en el proceso judicial*. La Ley. Cita Online: AR/DOC/11/2017
- Fulchiron, Hugues (2017) *Acerca de la vulnerabilidad y las personas vulnerables en Tratado de la Vulnerabilidad*. Buenos Aires: La Ley
- Herrera, Marisa (2014) *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. Tomo. IV. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni
- Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián. (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación*. Tomo II. 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Infojus.

- Ignacio, Graciela (2018) *Responsabilidad parental y acciones judiciales conminatorias. La difícil tarea de ser padres presentes en la vida de un hijo*. Buenos Aires: La Ley
- Kemelmajer de Carlucci (1994) *El derecho constitucional del menor a ser oído*. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída y Molina de Juan, Mariel (2015) *Una visión transversal de la ley, la sociedad y la praxis judicial en la responsabilidad parental. El desafío de compartir*. Buenos Aires: La ley
- Krasnow, A.; Di Tullio Budassi, R. y Radyk, E. (2015) *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo III. Buenos Aires: La Ley.
- Krasnow, Adriana (2017) *Tratado de Derecho de las familias*. Tomo III. Buenos Aires: La Ley.
- Lloveras, Nora (2016) *Práctica y Estrategia. Derecho de familia*. Buenos Aires: La Ley
- Lloveras, Nora, Orlandi, Olga, Tavip, Gabriel (2014) *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial*. Tomo IV. Buenos Aires: Ed. Rubinzal-Culzoni,
- Mizrahi, Mauricio L. (2016) *Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos*. Buenos Aires: Astrea.
- Mizrahi, Mauricio L. (2017) *Código civil y Comercial: empleo de terminología confusa en el cuidado personal de los hijos*. DFyP. Cita Online: AR/DOC/983/2017
- Pietra, María (2006) *El interés superior del niño y la atribución de tenencia a los abuelos maternos. Un fallo poco convencional"*. LNBA.
- Salzberg, Beatriz (1193) *Los niños no se divorcian*. Buenos Aires: BeaS Ediciones.
- Sambrizzi, Eduardo (2018) *Tratado de Derecho de Familia*. Buenos Aires: La Ley
- Vam Domselaar, Carolina (2017) *El cuidado personal de los hijos ante el cese de la convivencia de los progenitores*. Buenos Aires: La Ley
- Zannoni, Eduardo (2012) *Derecho civil. Derecho de familia*. Tomo I. Buenos Aires: Astrea

Legislación

- Código Civil y Comercial de la Nación
- Código Civil de la Nación.

- Convención sobre los derechos del niño
- Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes

Jurisprudencia

- Cámara de Familia de Mendoza. “R., L. R. en J° 7545 c. L., C. C. N. s/ inc. cambio cuidado persona” (2017) La Ley. Cita Online: AR/JUR/50530/2017
- Cfamilia Mendoza “S.,S.L.en S y M. p/hom. de convenio c.M., M. s/incidente de modificación de convenio- medida precautoria” (2015) La Ley. Cita Online: AR/JUR/65570/2015
- CSJN “M. D. H c/ M. B. M. F.”(2008)
- CBA "P. R. A. s/ inscripción de nacimiento fuera de término" (2015) Rubinzal Online
- CNCIV – SALA C “D. J. L. c/G. G. E. s/ tenencia de hijos”. (2014)
- Juzg. Familia 1ª Nom. Córdoba. Abeledo Perrot n° AR/JUR/74630/2015
- Tribunal Familia San Salvador de Jujuy. Sala III. Rubinzal Culsoni (2014)
- CNCiv., Sala F “k.,E.S y otros”(1991)
- CCiv Com y de Garantías en lo Penal. Pergamino. “G.C.c.G.,N.M” (1999)
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores “M. G. R. c/ E. A. I. L. s/ régimen de visitas” (2008)
- STJ Santiago del Estero. “SUBNAF s/ MEDIDA EXCEPCIONAL DE LOS MENORES T.C.A. Y OTRA - CASACIÓN CIVIL.” Expediente N°18011 (2013)
- SCJ Buenos Aires causa C. 87.970 “B., G. S. CONTRA M. G., R. A. S/INCIDENTE DE MODIFICACIÓN DE RÉGIMEN DE VISITAS”. (2007)
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala H. “V. L. O. c/ M. M. D. H. y otro s/ medidas precautorias”(2016). Cita: MJ-JU-M-99215-AR | MJJ99215 | MJJ99215
- Tribunal: Cámara de Familia de Mendoza “R., L. R. en J° 7545 c. L., C. C. N. s/ inc. Cambio cuidado persona”(2017). Cita Online: AR/JUR/50530/2017