

# **RELACIONES DE FAMILIA**

## **LA RESPONSABILIDAD**

### **PARENTAL**

#### **TESIS**

### **ABOGACÍA**

**UNIVERSIDAD EMPRESARIAL**

**SIGLO XXI**

**YOHANA MICAELA TORRES**

**Año 2019**

## ***Agradecimientos***

*A mi compañero incondicional, Gustavo.*

*A mi familia, pilar fundamental de mi vida, quienes estuvieron en cada paso.*

*A cada una de las personas que me guío y ayudó en este largo camino.*

*A mis sobrinos Pía, Thomas y Ámbar.*

*Y en especial a mi pequeña sobrina Briana, motivo de inspiración de esta tesis.*

### **Resumen.**

Desde hace algún tiempo se pueden observar cambios culturales en todas las sociedades, como por ejemplo mayor cantidad de divorcios, menor cantidad de casamientos, familias disgregadas, familias ensambladas, matrimonios igualitarios, diferentes valores; algunos de ellos acompañados por resultados positivos otros no tanto. Uno de esos cambios es el que ha experimentado el instituto de la familia, por lo que hoy me incumbe llevar a cabo una investigación, la cual abordaré haciendo un recorrido histórico, como así también legislativo, de las relaciones de familia, teniendo como punto de partida la responsabilidad parental, específicamente cuando la disolución del vínculo conyugal afecta la vida cotidiana de los hijos. Procederé a realizar un análisis crítico de la legislación vigente, doctrina y jurisprudencia, debido a que esta figura es una de las incorporaciones del Código Civil y Comercial de la Nación.

Palabras claves: Responsabilidad parental. Interés superior del niño. Disolución del vínculo conyugal. Derechos y deberes de los progenitores. Regulación del Derecho Argentino.

### **Abstract.**

For some time now, cultural changes have been observed in all societies, such as, for example, a greater number of divorces, fewer marriages, broken families, assembled families, equal marriages, different values; some of them accompanied by positive results others not so much. One of those changes is the one experienced by the family institute, so today it is incumbent upon me to carry out an investigation, which I will approach by taking a historical, as well as legislative, journey of family relations, taking as a point of parental responsibility departure, specifically when the dissolution of the conjugal bond affects the daily life of the children. I will proceed to make a critical analysis of the current legislation, doctrine and jurisprudence, because this figure is one of the incorporations of the Civil and Commercial Code of the Nation.

Keywords: Parental responsibility. Higher interest of the child. Dissolution of the conjugal bond. Rights and duties of parents. Regulation of Argentine Law.

## Índice

<b>1. Introducción.....</b>	<b>6</b>
<b>2. Capítulo I. Responsabilidad Parental. Consideraciones generales. ....</b>	<b>10</b>
2.1. Breve análisis de la Responsabilidad Parental. ....	10
2.2. Concepto y caracterización. ....	11
2.3. Principios fundamentales. ....	16
2.4. Finalidad de la Responsabilidad Parental. ....	20
2.5. Distinción entre Titularidad y Ejercicio de la Responsabilidad Parental.	21
2.6. Conclusiones Parciales. ....	23
<b>3. Capítulo II. Regulación en el Derecho Argentino. ....</b>	<b>25</b>
3.1. Antecedentes. Código Civil Derogado. ....	25
3.1.1. Anterior redacción del artículo 264 del Código Civil. ....	25
3.2. Código Civil y Comercial de la Nación.....	25
3.2.1. Incorporación de la Responsabilidad Parental y supresión de la Patria potestad.....	25
3.3. La novedosa estructura del Título VII: Responsabilidad Parental.....	27
3.4. Fuentes legislativas Nacionales e Internacionales.....	34
3.4.1. Declaración Universal de Derechos Humanos. ....	34
3.4.2. Convención Americana Sobre Derechos Humanos – Pacto San José de Costa Rica.....	35
3.4.3. Convención sobre los Derechos del Niño.....	35
3.4.4. Constitución Nacional.....	36
3.4.5. Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.....	37
3.4.6. Ley 13.944 de Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar. ....	38
3.4.7. Ley 24.270 Impedimento de vínculo con el padre no conviviente. ....	38
3.4.8. Conclusiones parciales.....	39
<b>4. Capítulo III. La Responsabilidad Parental luego de la disolución del vínculo entre Progenitores. ....</b>	<b>41</b>

<b>4.1. Breve análisis de la disolución del vínculo conyugal. ....</b>	<b>41</b>
<b>4.2. Deberes y Derechos de los progenitores en caso de cese de convivencia. ...</b>	<b>42</b>
<b>4.2.1. Cuidado personal. ....</b>	<b>43</b>
<b>4.2.2. Clases: cuidado compartido y unilateral. ....</b>	<b>45</b>
<b>4.2.3. Modalidades del cuidado personal compartido. ....</b>	<b>48</b>
<b>4.2.4. Plan de parentalidad. ....</b>	<b>50</b>
<b>4.2.5. Alimentos. ....</b>	<b>52</b>
<b>4.3. Incorporación de figuras jurídicas al código vigente. ....</b>	<b>56</b>
<b>4.4. Posición de la jurisprudencia. ....</b>	<b>59</b>
<b>4.5. Conclusiones parciales. ....</b>	<b>62</b>
<b>5. Conclusiones finales. ....</b>	<b>65</b>
<b>6. Bibliografía ....</b>	<b>70</b>
<b>6.1. Listado de bibliografía ....</b>	<b>70</b>
<b>6.1.1. Doctrina. ....</b>	<b>70</b>
<b>6.1.2. Legislación. ....</b>	<b>70</b>
Legislación nacional. ....	70
Legislación internacional ....	71
<b>6.1.3. Jurisprudencia ....</b>	<b>71</b>

## 1. Introducción.

El presente trabajo tiene como objetivo desarrollar una problemática que he observado y es común en la práctica del Derecho de Familia, la cual básicamente se origina cuando los hijos vivencian la separación de sus padres o tienen progenitores que no conviven; momento o circunstancia que repercute directamente en la vida, crianza, educación y salud de los menores, y en cómo el derecho viene a regular este tema, haciendo un análisis sobre qué herramientas brinda y si se observan o no falencias en dicha regulación.

Indefectiblemente, al tratar esta problemática debemos hablar sobre una figura jurídica que alcanza el vínculo entre progenitores e hijos, que es la *responsabilidad parental*. En nuestro ordenamiento se encuentra regulada en el art. 638 del Código Civil y Comercial, donde se 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”.

Si analizamos la figura anteriormente mencionada no podemos dejar de compararla con su antecesora que fue la *patria potestad*, la cual se encontraba regulada en el Código Civil de Vélez y actualmente vino a ser reemplazada por este nuevo instituto. Tal renovación ha sido consecuencia de la evolución constante de la institución familiar, y al comenzar a examinarla, nuestro objetivo es observar si dicha normativa viene a captar y dar solución a ciertas circunstancias actuales, como cuando se produce la extinción del vínculo conyugal y quedan los hijos menores de edad inmersos en situaciones desagradables, sobrevenidas a consecuencias de los problemas de los adultos, lo cual constituye nuestra pregunta de investigación de este trabajo y en pos de dar una respuesta a la misma, analizaremos ambas figuras jurídicas, desde una amplia perspectiva para que el lector comprenda los derechos y deberes de los progenitores e hijos. Además, citaremos legislación comparada, jurisprudencia y doctrina que enriquecerá el trabajo y permitirá arribar a una conclusión final.

Nuestro principal objetivo es dar conocer y aportar información de la importancia de la figura analizada, la responsabilidad parental y el alcance del derecho al regular esta figura respecto a la sociedad, siendo uno de los problemas más conocidos luego de la disolución del vínculo conyugal.

En este trabajo observaremos cómo el Código regula estos tipos de problemas; de aquí deviene nuestra hipótesis de trabajo, la cual es la siguiente: partiendo de la base de reconocer la complejidad de las conductas humanas y de las relaciones de familia creemos que el derecho ha sabido recepcionar y legislar adecuadamente y de manera pormenorizada las diferentes situaciones y conflictos que actualmente se observan en las interacciones familiares, principalmente en aquellas que se dan entre progenitores y que repercuten directamente en los hijos. Sin embargo, pensamos que a pesar que el derecho logra abarcar y dar respuesta a los conflictos familiares que se dan en la vida real nuestra experiencia, la realidad y complejidad de las relaciones de familia nos hicieron preguntar si tal normativa actualizada alcanza a dar solución por sí sola a esta problemática, concluyendo a priori que la respuesta a dicho interrogante es negativa, debiendo ser más profundo el desarrollo del derecho en este tema, principalmente en lo que respecta a la ley de forma y en cómo el juzgador interpreta el derecho y lo adapta a los diferentes casos que se le presentan para resolver, vislumbrándose varias falencias en los expedientes de familia.

A partir del análisis que se haga a lo largo de este trabajo de la legislación nacional y comparada podremos llegar a comprobar o no nuestra hipótesis, lo cual se verá reflejado en la conclusión final.

Respecto a la elaboración del mismo, debemos referirnos a la estrategia metodológica a utilizar, que será la cualitativa, a través de la cual se puede descubrir, profundizar, captar el sentido de las instituciones sociales (en nuestro caso, las jurídicas), por medio de la comprensión analítica y/o la interpretación de los significados de las normas que las regulan.

El tipo de investigación elegido será el Descriptivo, ya que permite especificar las propiedades más importantes de la figura sometida a análisis, evaluando sus diversos aspectos, estructura y finalidad.

El análisis de la figura escogida se llevara a cabo de acuerdo con los antecedentes doctrinales de autores reconocidos en la materia, con legislación tanto nacional como internacional estudiando aquellos pactos internacionales a los que adhirió la República Argentina que adquieren rango de jerarquía constitucional a partir del art 75 inc. 22 de Constitución Nacional en el año 1994, que consagran los principios

fundamentales por los cuales se rige la responsabilidad parental. En el caso de la jurisprudencia se realizará el análisis de fallos que tienen relación directa con la figura estudiada y en concordancia con las problemáticas que se originan comúnmente luego de la separación de los progenitores. También se recogerá información de esta figura en el Derecho comparado.

La delimitación temporal estará marcada por la sanción de la ley 26.944 que modifica el anterior Código Civil unificando el Código Civil y Comercial de la Nación, en el cual podemos encontrar de manera trascendental el cambio de la terminología y la supresión de la “patria potestad” por la figura que se va a analizar que es la “responsabilidad parental”. Además, por: el Código Civil derogado, la Convención sobre Derechos del Niño y demás pactos preexistentes de nuestra nación respecto al tema a tratar, los cuales adquieren jerarquía constitucional luego de la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 y demás leyes que contengan información relevante respecto de la problemática a analizada.

Este trabajo contará con III capítulos, el primero de ellos brindará un análisis de la responsabilidad parental, su definición y sus características y los principios fundamentales que la rigen, como también la diferencia existente entre su titularidad y ejercicio. La segunda parte estará dedicada a describir la figura jurídica de la responsabilidad parental desde un enfoque histórico, desde el Código de Vélez hasta la actual regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación; introduciremos derecho comparado y la legislación que se utilizó como fuente para la actualización y unificación de la normativa vigente, acerca de la figura analizada. Se enunciará la estructura del capítulo VII, el cual contempla la responsabilidad parental, indicando los puntos más importantes en cuanto a incorporaciones jurídicas y terminologías introducidas por la reforma y además se realizara análisis de fallos relevantes de la temática a tratar. Por último, en el capítulo III analizaré de forma específica los problemas que más se ven en la actualidad después de una disolución conyugal o divorcio, que son el cuidado personal y la obligación de alimentos, respecto de los niños, brindando su regulación jurídica y el aporte hecho por la doctrina y jurisprudencia. Se podrá observar en este capítulo la incorporación de novedosas herramientas y figura jurídicas que aporta el Código como solución, después de la separación de los progenitores. Y para dar por finalizado el trabajo, se confeccionará la

conclusión final en donde encontrarán una respuesta al problema de investigación, ofreciendo al lector nuestra mirada sobre la temática tratada en el presente trabajo.

Para concluir con esta introducción, y comenzar a desarrollar esta investigación recordamos una vez más que la realidad es que muchos niños quedan expuestos al egoísmo de los adultos, cuando éstos los ponen como “trofeos” luego de una ruptura de pareja, desconociendo cuáles son realmente los deberes que deben cumplir, como padres, en pos de su bienestar. Si bien éste no es un problema del instituto examinado, analizaremos si la regulación que brinda el código alcanza a dar solución a esta circunstancia observada, estudiando cuáles son los derechos y deberes de los progenitores establecidos por la ley y el alcance de los mismos, especialmente, cuando éstos se separan y no es posible llegar a un acuerdo entre ellos, o en los casos en los que además se obstruye el vínculo con el progenitor no conviviente.

## **2. Capítulo I. Responsabilidad Parental. Consideraciones generales.**

### **2.1. Breve análisis de la Responsabilidad Parental.**

El Derecho de Familia ha experimentado diversas modificaciones en sus conceptos debido a los innumerables cambios que ha sufrido el instituto y a la evolución constante que esta atraviesa, surgiendo a lo largo del tiempo diversos tipos de familia y con ellos distintas problemáticas, las cuales el derecho vino a regular. Esto se puede ver, además, en la incorporación de varias figuras jurídicas y reconocimientos de derechos en tratados internacionales que conforman la normativa en esta materia, los cuales fueron incorporados a nuestra Carta Magna, y en el año 1994 se le otorgó jerarquía constitucional. De este modo se evidencia la importancia que tiene dentro de la sociedad la institución de la familia, pilar fundamental de aquella y cómo las relaciones derivadas de esta deben ser alcanzadas y reguladas por el derecho.

Una de las principales cuestiones que el derecho regula es la que se origina en la relación entre padres e hijos, receptado en nuestro Código vigente como responsabilidad parental. Dicha figura no existía ni se conocía como tal, sino que Vélez, en la redacción del anterior Código Civil hacía referencia a patria potestad; se entendía como tal al derecho que los padres tenían sobre sus hijos legítimos. Esta institución fue sufriendo modificaciones, como la que impuso la Ley 10.903 que incorporó los “derechos y obligaciones” de los padres respecto de los hijos, luego la Ley 23.264 conceptualizó a la misma como “deberes y derechos” de los padres sobre la persona y los bienes de los hijos, asignándole la enriquecedora indicación de la protección y formación integral de los hijos.

Más recientemente, y a consecuencia de la evolución de la familia, de las distintas posturas de la doctrina y jurisprudencia, como también de la legislación que antecede como fuente de este cambio, se llega a la reforma introducida en el año 2014 por la Ley 26.994, que deroga el Código de Vélez, y recepciona la normativa del Código Civil y Comercial, el cual desarrolló el concepto y estructura de la responsabilidad parental, como así también incorporó soluciones e innovaciones en distintas figuras jurídicas relacionadas con la misma.

Dicha modificación deja de lado ciertos formalismos y estereotipos, trayendo consigo un cambio de terminología, como también, la incorporación de instituciones jurídicas novedosas dándole una regulación legal a los nuevos tipos de familias que hoy en día se presentan. La unificación del Código vigente, con la llegada de la responsabilidad parental, trata de sanear una problemática que existía desde hace tiempo, al hacer hincapié principalmente en el niño, y establecer que los progenitores deben cumplir con los cuidados cotidianos del menor y además, con cada uno de los aspectos alcanzados y regulados por la norma.

La responsabilidad se basa en un conjunto de derechos y deberes que los progenitores deben cumplir en beneficio del menor. El Código Civil y Comercial menciona expresamente que se debe tener en cuenta el “interés superior” del niño, niña o adolescente, tomando dicha figura jurídica de la Convención sobre los Derechos del Niño, donde se encuentra regulada específicamente en el artículo 3° y a la que nuestra Constitución Nacional le otorga jerarquía constitucional a través de su artículo 75 inc. 22.

El Código Civil y Comercial contempla la Responsabilidad Parental, en el título N° VII, el cual se divide en 9 capítulos, y se extiende entre los artículos 638 y 704. El capítulo N° 1 establece los principios generales de la responsabilidad parental; el N° 2 lo pertinente a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental; el N°3 enumera los derechos y deberes de los progenitores; el N° 4 refiere a los deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos. Respecto al capítulo N° 5, este menciona los derechos y deberes de los progenitores en cuanto a la obligación de alimentos; el N°6 enumera los deberes de los hijos; el N° 7 hace alusión a los deberes y derechos de los progenitores e hijos afines; el N° 8 se orienta a la representación, disposición y administración de los bienes del hijo menor de edad y, por último, en el capítulo N° 9 encontramos la extinción, privación, suspensión y rehabilitación de la responsabilidad parental. Algunos de estos serán desarrollados en el presente trabajo.

## **2.2. Concepto y caracterización.**

Como anteriormente mencionamos a modo introductorio, el concepto de la Responsabilidad Parental se encuentra definido en el Código Civil y Comercial de la Nación, en el Título N° VII, Capítulo N° I llamado Principios generales de la Responsabilidad Parental. Conceptualiza al instituto 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” (art. 638)<sup>1</sup>. En cuanto a la interpretación que el concepto trae consigo, podemos decir que se trata de un lenguaje neutro y ello fue expresamente resaltado en los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación; en este sentido, se dijo:

[...] el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico; por esta razón, se considera necesario reemplazar la expresión ‘patria potestad’ por la de ‘responsabilidad parental’, denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos. La palabra ‘potestad’, de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la ‘potestas’ del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo ‘responsabilidad’ implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente.<sup>2</sup>

Respecto a la elección de la palabra “responsabilidad” tiene su fundamento en el artículo 5 de Convención de los Derechos del Niño, quien define como “Responsabilidad Familiar” a los deberes y derechos que los progenitores tienen en beneficio de sus hijos; lo mismo sucede con el artículo 18 el cual establece el Principio de coparentalidad, cuya finalidad es la responsabilidad, primordialmente de la crianza y el desarrollo de los niños.

Este cambio de terminología también fue adoptado por varios sistemas jurídicos, en algunos casos “patria potestad” fue reemplazado por “autoridad parental” y en otros por “responsabilidad parental”. De este modo, expresa Lloveras, (2015 p.372): “la

---

<sup>1</sup> Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo 638.-

<sup>2</sup> “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora”, en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012, p. 597.-

expresión responsabilidad parental resulta más adecuada a los contenidos de la regulación de las relaciones paterno-filiales, considerando al niño como sujeto de derechos”.

En este sentido, podemos concluir entonces, que los cambios efectuados no fueron solamente realizados sobre el instituto sino también sobre su denominación. Actualmente debemos hablar de responsabilidad y no de potestad ya que se considera que los hijos no son algo dependiente de los padres sino personas sobre las cuales los progenitores ejercen una función con deberes y derechos a cumplir, alcanzando a ambos padres y es por ello que se hace mención a la coparentalidad. Es necesario mencionar que dicha responsabilidad se ejerce independiente de que los progenitores convivan o no. El norte debe ser siempre el interés superior del niño y el ejercicio de la responsabilidad durante toda la vida del menor hasta que alcance su madurez, sin que se vea frustrada por la separación de los padres o la no convivencia de estos; circunstancia que normalmente suele verse y que desencadena un sinfín de conflictos entre los padres que afecta directamente la salud tanto mental como física del niño.

Por su parte el Derecho Comparado, también se ha hecho eco de la transformación que sobrellevó la institución, adoptándose a los cambios de la misma. Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, (2014) expresan en su obra que en países Europeos como España se denomina patria potestad y hace referencia al derecho que tienen los padres mientras los menores no se hayan emancipado; en Italia se encuentra denominada como “*potestad de genitores*”, el Código Civil italiano no define la patria potestad, sino que se limita a establecer que el hijo debe respetar a sus padres, estando sujeto a su autoridad hasta que alcance la mayor edad o la emancipación, y en Francia la define como “autoridad parental”, tras la incorporación de la Ley N° 70-459 de 1970, que les confirió a las madres la misma autoridad que tenían los padres sobre los hijos, imponiendo un cambio para afirmar el fin de la era patriarcal al desaparecer toda mención a la patria potestad o *puissance paternelle*, para ser reemplazada por la noción de *autorité parentale* (autoridad parental).

Siguiendo con la ejemplificación acerca de la definición de la responsabilidad parental en el Derecho Comparado, las mismas autoras mencionadas con anterioridad, Kemelmajer de Carlucci et al, (2014) e indican que en el caso de Latinoamérica lo que

respecta a los siguientes países: Uruguay, Chile y Colombia el tema de referencia es tratado de la siguiente forma: en el caso de Uruguay está definido en su Código Civil en el artículo 252: “La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que la ley atribuye a los padres en la persona y en los bienes de sus hijos menores de edad. La patria potestad será ejercida en común por los padres, sin perjuicio de las resoluciones judiciales que priven, suspendan o limiten su ejercicio o lo confieran a uno de ellos y de los convenios previstos en el artículo 172. Cuando no se obtenga el acuerdo de los padres, cualquiera de ellos podrá recurrir ante el Juez competente”.

En el Derecho Chileno las relaciones entre padres e hijos tienen dos esferas de regulación, diferenciándose por un lado el aspecto personal (que corresponde al cuidado personal) y por otro el patrimonial (la patria potestad). Existe una marcada diferencia entre el padre y madre legítima, ambos tienen la patria potestad y la autoridad paterna, no así el padre o madre natural, que solo tienen la autoridad paterna respecto de sus hijos. En Chile el sistema del cuidado personal se regula en el Título IX del Libro I del Código Civil, entre los artículos 222 y 242, que hace mención al cuidado personal regulando el contenido mínimo que debe tener el acuerdo regulador en los casos de nulidad, separación y divorcio. Respecto al concepto de cuidado personal, no se establece uno de manera concreta sino que bien se corresponde con la idea de qué progenitor convive con los hijos, sin determinar específicamente cuáles son los derechos, deberes y limitaciones que ello conlleva. La Ley N° 20.680, establece una innovación a la normativa del Código Civil de Chile, poniendo énfasis en el interés superior de los niños, incorporando al Derecho el concepto de "corresponsabilidad parental", en virtud del cual "ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de los hijos" (art. 224 inc. 1° CC), restringiendo el anterior concepto de cuidado personal a la idea de quien vivirá de manera regular con el niño y lo tendrá bajo su cuidado directo. Para efectivizar la corresponsabilidad parental y flexibilizar la relación de padre a hijo, se incorporó la figura del cuidado personal compartido, (al igual que el Derecho Argentino) estableciendo su definición en el artículo 225 inc. 2° como "un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad". La patria potestad podemos decir que es

una institución relativa solo a los bienes: “es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados y se ejerce también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer” (art. 243 Código Civil Chile). Respecto de la patria potestad lo que concierne a su titularidad y ejercicio, podemos decir que si los padres viven juntos será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según convengan formalmente (inc. 1° art. 244 CC). A falta de acuerdo, toca al padre y a la madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad (inc. 2° art. 244 CC), si los padres viven separados la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, o por ambos, de conformidad al art. 225 CC. Por acuerdo de los padres o resolución judicial fundada en el interés del hijo, puede atribuirse la patria potestad al otro padre o radicarla en uno de ellos si la ejercieren conjuntamente. Además, basándose en igual interés, los padres pueden ejercerla en forma conjunta (art. 245 inc. 2° C.C). La legislación del Código Civil Chileno sufre modificaciones al igual que nuestro país, como consecuencia de los cambios culturales y en especial el interés superior del niño, es decir han reconocido y actuado conforme a lo que exigía los tratados y pactos internacionales (Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, 2014).

En tanto la disposición normativa de Colombia, que refiere a la figura jurídica en cuestión, se halla dispuesta en el Código de la Infancia y la Adolescencia, y en su artículo 14 establece la definición, que reza: “La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y madre de asegurarse que los niños, las niñas y adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos” (Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, 2014).

El Derecho Anglosajón o *common law*, el derecho de familia se regula de acuerdo a los estatutos y disposiciones legales que cada estado reglamente, de acuerdo en gran parte a la jurisprudencia que dicten los tribunales. Se regula específicamente la privación de los derechos de los padres sobre sus hijos, es así que el contenido de la

legislación debe adoptarse a las leyes federales que tratan las cuestiones referidas a la vida de los menores. De este se permite al Estado a intervenir y separar al niño de la custodia de sus progenitores, cuando se compruebe que encuentra en situación de “peligro a causa de abandono o abuso de los padres” y ponerlo a resguardo en una entidad pública o familia acogedora<sup>3</sup>.

Como se aprecia, en el Derecho Comparado esta figura jurídica fue definida de distintas formas, pero siempre con un mismo fin, priorizar el interés de los niños, siendo los padres quienes deben cumplir los derechos y deberes para lograr el pleno desarrollo de la autonomía progresiva de sus hijos.

En el Derecho Argentino, nuestro código privilegia el interés superior del niño, de esta manera se protege los derechos de los niños, niñas y adolescentes, estableciendo como regla general la responsabilidad compartida de los padres. También se intenta con este régimen flexibilizar las relaciones de familia y evitar así los litigios o, de surgir, resolverlos de la manera menos traumática.

### **2.3. Principios fundamentales.**

La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios, que son la base sobre la cual se sustenta y se encuentran en el artículo 639 del Código Civil y Comercial: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo; a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

En consideración al primer principio, la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes hace mención del “Interés Superior del Niño” en su artículo 3, donde establece lo siguiente: “(...) A los efectos de la presente

---

<sup>3</sup> Hernández Cervantes, Gonzalo. (2010) La Perdida De La Patria Potestad y el Interés Del Menor. Discersión doctoral no publicada. Universidad Autónoma de Barcelona. España.-

ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”. Este principio también se encuentra reconocido en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Como mencionamos con anterioridad, coincidimos con la autora Myriam Cataldi(2015), la cual menciona en una de sus obras que este principio demuestra que el niño deja de ser un “objeto” bajo el “poder” de sus padres, para ser considerado un sujeto pleno de derecho al cual deben de respetarse y reconocer cada uno de ellos. Esto viene a propósito de las innumerables leyes y disposiciones que se encuentran establecidos en varios organismos nacionales como así internacionales que se encargan de velar y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En cuanto al segundo principio, podemos decir que el niño a medida que adquiere autonomía deja de depender de las decisiones de sus padres, y disminuye la representación de estos en el ejercicio de los derechos de sus hijos. El mismo se introduce mediante el artículo N° 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que refiere explícitamente a la responsabilidad de los padres y demás miembros de la familia o comunidad, de brindar la contención necesaria para que el niño vaya adquiriendo su autonomía progresiva:

Artículo 5°: “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 Convención”.

También se encuentra consagrado en varios artículos de la citada Convención, como ser: el 12, 14, 16, 28, inc. 1, 29 y 32, y en la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

Es importante destacar que la autonomía progresiva refiere a la autodeterminación del niño de valerse por si respecto de determinados actos, de acuerdo con cada etapa de su vida y según sus características psicofísicas, aptitudes, y desarrollo

con el acompañamiento de sus progenitores; en consecuencia tiene relación directa con la capacidad del sujeto, es decir la facultad que tienen las personas de actuar por sí mismas de acuerdo a su madurez y desarrollo, y de este modo que su voluntad sea tenida en cuenta en determinadas circunstancias, haciendo valer de esta forma sus derechos fundamentales. Ello fue receptado por el Código vigente y descrito en los Fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, de este modo:

[...]la regla de la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes ha permitido pasar de una noción de potestad o poder de los padres sobre los hijos a la de responsabilidad, cuyo ejercicio requiere tener en consideración, con respecto al hijo “la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” (artículo 5, Convención sobre los Derechos del Niño) para que pueda “estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad” (Preámbulo de la Convención citada).

En este sentido concordamos con Marisa Herrera, (2015 p. 361), la cual sostiene: “la autonomía progresiva” y responsabilidad parental resultan dos cuestiones proporcionalmente relacionadas: los avances en el ejercicio de la autonomía requieren un adecuado ajuste de las facultades de “dirección” paterna”.

El último de los principios hace referencia al “Derecho del niño a ser oído”, plasmado en la Convención de Derechos del Niño, la cual expresa en su artículo 12: “[...] los niños tienen derecho a ser oído y que sus opiniones sean tenidas en cuenta de acuerdo con su capacidad progresiva”, esto no quiere decir que el juez resuelva de acuerdo a lo manifestado por el niño, sino debe tener en cuenta el “interés superior del niño [...]”.

Este no es solo un principio, sino que es un Derecho, el cual debe hacerse valer tanto en el ámbito judicial como en el ámbito familiar, donde se debe respetar su opinión en cada decisión.

También fundamenta este principio la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, cuando en su artículo 3 expresa, [...]

Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada 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. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

A criterio personal la importancia de estos tres principios en los que se basa la Responsabilidad Parental, está en lograr un equilibrio y armonía entre los tres. Que queremos decir con esto, opinamos que si se privilegia un principio sobre otro, esta armonía se rompe, provocando consecuencias graves tanto en la vida de los menores como en la de sus progenitores. Ejemplo de ellos es, cuando se toma a raja tabla la opinión del niño sobre con que progenitor quiere vivir, cuando sus padres se encuentran sin convivir, sin analizar otros factores: como ser la autonomía progresiva del menor, el grado de madurez del mismo, las vivencias de este con cada padre, si existe o no manipulación del padre conviviente en contra del no conviviente, presión del no conviviente en contra del progenitor que está a su cuidado, violencia física o psicológica, etc.; lo cual podría ir en detrimento del interés superior del niño. Esto podría verse en el siguiente caso práctico: supongamos que estamos en un juicio entre dos progenitores cuyo objeto de litigio es el cuidado personal y régimen comunicacional de su hijo varón menor de edad, el menor vive con la madre y el padre quiere revertir esta situación y que conviva con él. En audiencia de VISU el menor le expresa al juez de Familia que quiere vivir con su papá, no dando más detalles al respecto, a pesar de

que hace dos años que convive exclusivamente con su mamá, a raíz de esto el juez le otorga el cuidado provisorio del menor al padre. Posteriormente en la etapa probatoria en ocasión de la pericia psicológica al menor, la misma arroja que la decisión de éste, se basaba primordialmente en el hecho de que su padre lo llevara regularmente a ver su equipo favorito de fútbol, llevando una vida no tan entretenida a su criterio con la madre, la cual no tenía tiempo para hacerlo por su trabajo, ya que debía laborar dado los reiterados incumplimientos del padre en la cuota alimentaria. En conclusión, lo que el menor puede querer no siempre es lo mejor para él, es aquí donde el juez debe procurar establecer que es lo mejor para un niño menor de edad.

#### **2.4. Finalidad de la Responsabilidad Parental.**

La finalidad de la responsabilidad parental como menciona Nora Lloveras, (2015, p 373) “se expresa nítidamente en la ley 26.994 (modificación al Código Civil), la protección, el desarrollo y la formación integral del hijo”. Esto hace alusión a que los progenitores deben asegurar una vida saludable al menor para procurar la plena autonomía del niño en ejercicios de sus derechos, ya sea desde la educación, alimentos y demás cuestiones cotidianas que llevan a el desarrollo adecuado de dicha autonomía.

El concepto de la autonomía progresiva establece que a medida que los niños adquieren mayor madurez, aumenta su capacidad de asumir responsabilidades, disminuyendo consecuentemente la necesidad de dirección de sus padres, contenido y finalidad de la responsabilidad parental.

En innumerables fallos, los jueces deciden en virtud del eje central de la responsabilidad parental, “interés superior del niño”, así podemos citar a modo de ejemplo el siguiente, “N.N. o D., v. s/ protección y guarda de persona”:

Que, en línea con lo expresado, el propio texto del artículo 264 del Código Civil derogado contemplaba que los derechos y deberes que conforman la patria potestad, se ejercerán para la protección y formación integral de sus hijos, por lo que no resultaría irrazonable concluir que el citado interés superior del menor hace a la esencia de la actuación paterna. La interpretación de tal prerrogativa que poseen los progenitores no puede efectuarse, en la actualidad, dejando de lado los paradigmas consagrados por la Convención sobre los Derechos

del Niño y por la ley 26.061, normas que además de reconocer la responsabilidad que le cabe a los padres y a la familia de asegurar el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de los derechos y garantías del niño, otorga a la autoridad estatal facultades para adoptar las medidas que considere necesarias para proteger y restablecer tales derechos ante situaciones en que se vean vulnerados.<sup>4</sup>

Teniendo en cuenta la legislación, doctrina y jurisprudencia, en su conjunto, se llega a considerar que la actualización y modernización de estas, llevan a solucionar situaciones de los tiempos presentes, no tan solo en el cambio de la terminología usada sino también en una democratización de las relaciones de familias, dándole así a nuestro sistema judicial, herramientas para entender y/o resolver diversas problemáticas, que antes no se encontraban plasmadas en cuerpos legales.

### **2.5. Distinción entre Titularidad y Ejercicio de la Responsabilidad Parental.**

En la responsabilidad parental hay que distinguir entre titularidad y ejercicio de esta, las cuales se encuentran desarrolladas desde el artículo 641 al 645. Al referirnos a la titularidad podemos decir que es el conjunto de derechos y deberes que se confieren a ambos progenitores en representación de sus hijos menores de edad. Por su lado, el ejercicio alude a hacer efectivo la realización de esos deberes y derechos. La titularidad siempre recae en ambos progenitores, a excepción de lo previsto en la privación y/o extensión de la responsabilidad parental.

En el art. 264 inc. 2° del Código de Vélez Sarsfield se establecía que la “patria potestad” era ejercida en conjunto mientras que los padres de los menores estuviesen unidos en matrimonio o en una relación estable de pareja, pero en caso de separación de hecho o personal o en caso de divorcio vincular o nulidad del matrimonio, la ejercía quien detentaba la tenencia de hecho sobre el menor. Es decir, que la patria potestad de los hijos la tenían ambos padres, pero sin embargo la “tenencia” del menor recaía solo en uno de ellos, la faz activa del cuidado del niño casi siempre se daba en beneficio de

---

<sup>4</sup> C.S.J.N. “N. N. O U., V. s. Protección y guarda de personas” 12/06/2012. Publicado en La Ley.-

la madre, siendo el padre el que tenía sus horarios de visitas determinados días de la semana, en caso de la separación conyugal. De este modo se podía observar que se veía desvirtuado el verdadero vínculo o conexión que debía existir entre el niño y el padre no conviviente. Debemos decir que la palabra “tenencia” ha sido suprimida en el nuevo cuerpo normativo, por el concepto “cuidado personal”.

Esta norma encontraba su fundamento, en quien convivía o se encontraba a cargo del menor de edad, y este progenitor asumía el poder de decisión de la cotidianidad de los actos de vida del niño; con la posibilidad excepcionalmente de mediar oposición por parte del progenitor no conviviente, en el caso que la decisión adoptada para la vida del hijo fuese perjudicial para este, como también se le reconocía el derecho de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación.

El cuerpo normativo vigente deroga el sistema unipersonal de ejercicio de la responsabilidad parental en los supuestos de separación, siendo ambos progenitores quienes la ejerzan aun en caso de cese de convivencia. El código prevé como regla general que los actos ejercidos por uno solo de los progenitores cuentan con el asentimiento del otro, con la excepción de los actos que requieren consentimiento obligatorio de ambos progenitores, enunciados en los art. 645 del Código Civil y Comercial, y los actos que medie exprese oposición de otro (art. 642 del Código Civil Comercial). Además de estos dos supuestos, en caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio, será al otro progenitor a quien le corresponderá el ejercicio; en caso de hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial la responsabilidad parental será ejercida en forma unilateral por el único progenitor establecido y, por último, en el supuesto de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno de los vínculos filiales se estableció por sentencia judicial, el ejercicio de la responsabilidad parental se otorga al otro progenitor. De igual modo, a pedido de las partes, o en su caso el juez, puede establecer el cuidado personal del hijo según las modalidades establecidas en el Código vigente o que sea ejercido en forma conjunta por ambos progenitores. Toda decisión judicial debe priorizar el interés superior del hijo.

Estamos de acuerdo con lo que sostienen Báez y Frulla, (2015 p. 767) quienes expresan que:

Esta modificación tiende a brindar seguridad en los terceros (...), en orden a que el trámite realizado por uno de los progenitores, (...), será válido más allá de encontrarse estos separados (...) Los padres no convivientes pueden voluntariamente convenir diferentes modalidades, o en caso de desacuerdo, pueden establecerse por decisión judicial, en atención al interés del menor.

Sin embargo, si algo hay que criticar es que pueden ser innumerables los problemas en el sistema cuando los padres separados no se ponen de acuerdo en lo que respecta a sus hijos, dado que sería sospechoso pensar que en estos casos un progenitor avale o esté por lo general de acuerdo con las decisiones tomadas por el otro, dando lugar al siguiente interrogante ¿esto debería ser modificado por el legislador o las conductas humanas no pueden en su totalidad ser siempre previstas y reguladas por el derecho?. Según nuestra opinión, el derecho siempre ira un paso atrás de las conductas humanas por lo cual cuando intenta dar una solución a determinadas cuestiones trata de dictar normas lo más generales posibles, no alcanzando a regular la totalidad de las particularidades de cada conducta humana, ya sea que existan actualmente o puedan producirse en el futuro, lo cual brinda mayor seguridad jurídica.

## **2.6. Conclusiones Parciales.**

Este primer capítulo brinda una introducción al tema objeto de estudio, estableciendo el concepto, características y finalidad de la responsabilidad parental de acuerdo con la legislación utilizada como fuente y a la opinión de la doctrina y jurisprudencia. También se aportan las definiciones adoptadas por el derecho comparado a la responsabilidad parental y se hace mención a la titularidad y ejercicio de la misma en nuestro país, describiendo los distintos supuestos contemplados que reglamenta este Código, teniendo siempre en consideración la pregunta de investigación, haciendo un análisis desde esa perspectiva.

Es así que se define a la responsabilidad parental de acuerdo al art. 638 del Código Civil y Comercial como el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes de sus hijos mientras sea menor de edad y no se haya emancipado; esta figura jurídica se rige por los siguientes principios fundamentales: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo

conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo; a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez. Respecto a su finalidad debemos decir que se encuentra expresada claramente en la normativa y es la protección, el desarrollo y la formación integral del hijo. Es de este modo que el Código realiza una distinción entre su titularidad y ejercicio; cuando hablamos de titularidad nos referimos directamente a los derechos y deberes que tienen los progenitores respecto de sus hijos y cuando se trata del ejercicio se describe el hecho de hacer efectivos esos derechos y deberes; aquí debemos rescatar una de las innovaciones de este cuerpo normativo, la titularidad recaerá sobre ambos progenitores adoptando esto como regla, además de no expresar preferencias por algunos de ellos; pero como toda regla tiene su excepción, el Código menciona la privación y/o extensión de la responsabilidad parental.

Sin poner en discusión que la figura actualizada se debe a los tiempos que corren, se puede destacar que tiene como eje central a la protección de los niños, su libre autonomía y a formarse en la vida para el pleno ejercicio de sus derechos, resaltando el papel fundamental que cumplen los progenitores en este desarrollo. Ahora bien, la ley expresa con claridad soluciones a diversas situaciones que se viven en las familias ensambladas y disgregadas que existen en la modernidad, ya sea que las mismas se encuentren bajo un mismo techo o que los progenitores cesen en su convivencia.

La dificultad de las relaciones de familia se origina principalmente cuando se rompe el vínculo entre los progenitores y uno de ellos incumple con lo establecido por la ley, por ejemplo, violar el deber de comunicación. De este modo, la falta de cumplimiento, motiva una serie de consecuencias, que en el ejemplo citado sería la de inicio de un proceso judicial por el cual se busque recobrar por parte del progenitor no conviviente el contacto perdido, que a nuestra humilde consideración no siempre logra el resultado deseado, porque por más que exista regulación al respecto, en la práctica es difícil conseguir que la misma se respete en el camino que esta señala.

Además, de lograr el objetivo dejando en claro los conceptos básicos para comprender el tema planteado, se pudo abordar una nueva mirada desde el punto de

vista de los Derechos que reconoce el Código Civil y Comercial de la Nación, para dar origen a la segunda parte, tratando el tema desde una perspectiva histórica.

### **3. Capítulo II. Regulación en el Derecho Argentino.**

#### **3.1. Antecedentes. Código Civil Derogado.**

##### **3.1.1. Anterior redacción del artículo 264 del Código Civil.**

En nuestro sistema legislativo antecesor, lo que hoy llamamos Responsabilidad Parental se encontraba regulado en el artículo 264 del Código Civil derogado (Código Velezano) bajo la denominación de Patria Potestad, siendo aquel modificado en varias oportunidades y cuya anteúltima reforma fue introducida en el año 1985, la cual la describe como: “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”.<sup>5</sup>

La evolución de la sociedad como cultura se vio acompañada por la evolución en el proceso legislativo, aunque más relegado, pero brindando un importante paso, en la supresión de la “Patria Potestad” por la nueva figura de la “Responsabilidad Parental”, destacando el objetivo y funcionalidad que hoy encuentra la mencionada figura jurídica, resaltando también el uso de una terminología adecuada.

Por lo tanto, ha quedado en el pasado la idea de “poder” de los padres hacia los hijos para hoy referirnos a la “responsabilidad” que tienen los progenitores respecto a estos, siendo los hijos reconocidos como sujetos de derecho.

#### **3.2. Código Civil y Comercial de la Nación.**

##### **3.2.1. Incorporación de la Responsabilidad Parental y supresión de la Patria potestad.**

---

<sup>5</sup> Ley 23.264. Código Civil de la República Argentina. Artículo 264. Año 1985.-

Como son notables los cambios que se han dado a lo largo del tiempo, sumados a las modificaciones culturales que vive nuestra sociedad, era de esperar que nuestra legislación realizara los cambios pertinentes en materia de familia, que tanto se habían hecho esperar en nuestro sistema legal.

Por ende la actualización y unificación de nuestro Código Civil y Comercial, ha modificado e incorporado novedosas figuras jurídicas, que hacen a la verosimilitud de los tiempos actuales. Uno de gran trascendencia es el cambio que podemos observar en el capítulo correspondiente a las relaciones de familia, siendo este el capítulo objeto de estudio respecto a la figura analizada, que es la Responsabilidad Parental.

Dicha modificación no sólo se evidencia en la función jurídica de la figura en cuestión, sino también en la terminología de las palabras usadas por el legislador, como por ejemplo al sustituir el vocablo “padres” por “progenitores”, quienes no solo son los responsables del bienestar de sus hijos sino también los encargados de garantizar el desarrollo de estos en la cotidianidad, con el fin de alcanzar su autonomía para el pleno ejercicio de sus derechos, de más está mencionar que esta ejemplificación no tiene distinción de género, acertado cambio jurídico. En este sentido podemos hacer referencia a los Fundamentos del Código Civil y Comercial en donde se destaca que “el lenguaje influye en las creencias e incide en las conductas y actitudes, por lo que tiene un fuerte valor simbólico y pedagógico”. De esta manera también se logró incluir a las diversas formas de familias que existen en nuestra sociedad, al ampliar el espectro de términos utilizados. Por otra parte, desde diversas legislaciones y resoluciones judiciales de Tribunales Internacionales ya se utilizaba el término de la “responsabilidad parental” para referirse a los derechos y deberes entre padres e hijos.

Dejando por un momento la función que cumple la terminología y la sustitución de un vocablo por otro, es importante mencionar que esta reforma le debe mucho a la incorporación que nuestro país hizo del ordenamiento jurídico internacional, específicamente de la Convención de Derechos del niño, impulsando junto a la realidad social, la modificación del cuerpo normativo que hoy estamos analizando.

Es así, que resulta necesario destacar los objetivos más importantes de esta norma: empezando por señalar que se trata de regular la relación entre padres e hijos, resaltando a la responsabilidad como el conjunto de deberes y derechos de ambos

progenitores y el reconocimiento que se origina en el principio de coparentalidad en pie de igualdad, sin preferencias de un género sobre el otro, sean del mismo o diferente sexo y con una finalidad marcada: la protección, desarrollo y formación integral de los niños, niñas y adolescentes, receptando el principio de autonomía progresiva.

### **3.3. La novedosa estructura del Título VII: Responsabilidad Parental.**

Este título se encuentra dentro del libro segundo sobre relaciones de familia y consta de nueve capítulos, habiendo hecho ya referencia con anterioridad al contenido de cada uno. El propósito de este punto será analizar la modificación e inclusión de las nuevas figuras, realizando un recorrido por las de mayor relevancia, dentro de las cuales se destacan:

En el primer capítulo del título N° VII del Código Civil y Comercial, refiere a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental, el cual encontramos entre los artículos 641 al 645. Una de las principales diferencias que muchas veces pasa desapercibida, la encontramos entre estos dos conceptos, de los cuales ya hemos hablado en el capítulo N°1 del presente trabajo, en el título “e”.

Por otro lado, otra novedad significativa es la delegación del ejercicio de la responsabilidad; dicha incorporación está manifiesta en el artículo 643 y añade la posibilidad de que los padres convengan delegar el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente por razones justificadas y siempre en beneficio del interés superior del niño. Dicho acuerdo debe ser homologado judicialmente estableciendo un plazo máximo de un año pudiendo renovarse judicialmente por un periodo más y debe oírse necesariamente al hijo. Es importante destacar que los padres conservan la titularidad de la responsabilidad parental y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del menor. Este cambio sin dudas es un gran avance ya que se deja de lado la regulación del Código de Vélez, y se abandona la indelegabilidad de la responsabilidad parental, en atención al interés superior del niño. De este modo, podemos observar aquí como se manifiestan los tres principios de la responsabilidad parental, en una misma figura, porque se tiene en consideración: la opinión del menor, el interés superior y su autonomía progresiva.

Una importante innovación es la que comprende a los progenitores adolescentes, sujetos que pueden ejercer por sí la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental de sus hijos. Este cambio se diferencia del anterior Código Civil, el cual disponía en su artículo 264 bis, “los abuelos quienes ejercían la “patria potestad” tanto de sus hijos como de sus nietos, en tanto sus hijos no se hubiesen emancipado”. Es en el Código Civil y Comercial de la Nación comentado, donde la autora Pellegrini (2015, pág. 478) expresa que “...aquellos adolescentes (art. 25) que sean progenitores, independientemente de su estado civil o con quién convivan, ejercen la responsabilidad parental sobre sus hijos, pudiendo realizar por sí mismos las tareas de cuidado, educación y salud”. La estructura del código actual establece un sistema de protección tanto al progenitor adolescente como al niño; el adulto debe acompañar al adolescente en los cuidados y la vida cotidiana del menor, es decir sin desplazar ni sustituir la autoridad del adolescente, pero en caso de actos trascendentales que alteren de modo significativo la vida del niño se deberá tener en cuenta la decisión del adulto a cargo. Si alguno de los adolescentes adquiere la mayoría de edad, es decir deja de ser progenitor adolescente, el régimen no se modificará en tanto el otro/a no haya adquirido su mayoría de edad.

Se enumeran los deberes y derechos de los progenitores, en función del cuidado, protección y todo lo relativo al menor en la vida en sociedad, teniendo como base los principios generales ya mencionados. La reforma introduce un régimen más amplio y participativo a diferencia del código derogado, disponiendo en el art. 646 inciso “e”, que debe mantenerse y protegerse el vínculo afectivo de los niños con los familiares o con quienes se tiene una relación de cotidianidad, procurando así la identidad y pertenencia a determinado grupo familiar. Esto suele verse viciado cuando se rompen las relaciones de pareja, impidiendo que el niño mantenga un vínculo fluido con sus familiares en especial con el progenitor no conviviente o la familia de éste, por ejemplo: los abuelos.

Otra novedosa y positiva modificación es la de prohibición de malos tratos y el repudio de éstos, o la utilización de cualquier forma de castigo o violencia hacia el niño.

Continuando con los cambios, es necesario mencionar también que se hace alusión en particular a los deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos, y se encarga de expresar con su contenido las distintas modalidades que se presentan para diseñar la

organización familiar luego de la ruptura de pareja, permitiendo así lograr acuerdos entre los progenitores. La normativa del código actual en el artículo 648 y siguientes se encarga de definir lo que se entiende como “cuidado personal”: deberes y facultades de los progenitores respecto de la relación e interacción en la vida cotidiana de los hijos. A la vista podemos observar otro de los cambios que se introdujeron en este código y es la sustitución de la palabra “tenencia” por “cuidado personal”. El esquema seguido por el anterior Código Civil establecía que uno de los padres tenía la “tenencia” y ambos la “patria potestad” del hijo menor de edad, quedando de este modo solo el derecho a las “visitas” al otro progenitor en caso de disolución del vínculo conyugal, pero esto ha cambiado estableciéndose como regla principal que cuando los padres no convivan el cuidado personal del menor, a pedido de uno o ambos progenitores o de oficio debe otorgar como primera alternativa el cuidado compartido con una modalidad en particular, la indistinta; ya que, se establecen de manera novedosa diferentes modalidades en el ejercicio del cuidado personal compartido. En este sentido podemos ver que aunque los progenitores no convivan pueden asumir ambos el cuidado del menor. El artículo 650 admite dos modalidades de cuidado personal compartido:

“(…) puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa periodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado”.

Es importante aclarar que el código regula el derecho y deber de comunicación, dado que ante el supuesto de que el cuidado lo tenga uno de los padres, el otro tiene el derecho y deber de fluida comunicación con el hijo.

Siguiendo a Pellegrini, (2015), en el Código Civil y Comercial de la Nación comentado, sostiene que el cambio del modelo es de tal magnitud que es conveniente resaltar que cualquier modalidad que se establezca respecto al cuidado de los hijos no altera ni modifica el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, reconociéndose la igualdad a ambos progenitores. Por lo tanto, se elimina cualquier criterio basado en el género para resolver el lugar de residencia de los niños, superando la notoria

inconstitucionalidad, por violación del principio de no discriminación, del prejudicioso art. 206 del Código Civil.

Continuando con el análisis de esta figura, la norma incorpora una excepción al cuidado compartido, al regular el cuidado unipersonal, el cual puede ser dispuesto por el juez debiendo ponderar cuestiones como la edad del hijo, la opinión del mismo, el mantenimiento de la situación preexistente y respeto del centro de vida y la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro; aquel deberá informar a este sobre diversos aspectos de la vida del menor como ser educación, salud, etc.

Este es un tema que se relaciona directamente con nuestra pregunta de investigación, ya que es una fuente de origen de conflictos en las cuestiones de familia, debiendo, a mi criterio, el juez ponderar todos los aspectos posibles al momento de atribuir el cuidado personal del menor.

A la luz de los cambios introducidos por la reforma, debemos hacer referencia al artículo 655 y ss., referido al “plan de parentalidad”, una innovación en este código, que permite a los progenitores diseñar una forma de vida lo más apropiada para el bienestar del niño, después de la disolución del vínculo conyugal. Este plan posibilita ser modificado según las etapas de crecimiento del hijo y de acuerdo a las necesidades del grupo familiar. Puede ser homologado judicialmente o acordado extrajudicialmente.

Por otro lado, el capítulo N° V del Código Civil y Comercial regula la obligación de alimentos de los progenitores para con sus hijos, hacia quienes se establece que tienen la obligación de brindarles una crianza apropiada, conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal del menor esté a cargo de uno de ellos. De acuerdo a la legislación anterior no se observan grandes cambios, con la única diferencia que el código civil mencionaba a la prestación alimentaria como “obligación y derecho” y ahora la norma refiere solo a “obligación”. Asimismo, en lo referido al contenido de la obligación de alimentos, la ley agrega los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio y en lo que respecta a la naturaleza de la obligación establece que es monetaria y en especie y, por último, en cuanto a las características del quantum debe ser proporcional a las capacidades de los progenitores y a las necesidades del hijo.

En los casos de que el cuidado personal sea compartido cada progenitor debe hacerse cargo de la manutención cuando el hijo permanece bajo su cuidado, siempre y cuando ambos cuenten con recursos equivalentes, caso contrario, aquel que cuente con mayores ingresos debe pasar una cuota alimentaria al otro, así lo establece el artículo 666 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Otra cuestión novedosa que no encontró antecedentes en el Código Civil derogado, es lo regulado en el actual artículo 660, el cual le otorga valor económico a las tareas cotidianas que realiza el progenitor que asume el cuidado del hijo, constituyendo un aporte a su manutención. Vemos como aquí afortunadamente se abandona la terminología de tenencia y se utiliza el termino cuidado personal, lo cual es más adecuado para referirse a la convivencia con un sujeto de derecho como el niño. En lo que respecta al resto de las innovaciones de este capítulo, podemos mencionar a grandes rasgos las siguientes: el derecho a alimentos provisorios del hijo extramatrimonial; la extensión de la obligación alimentaria hasta los 21 años y no hasta la mayoría de edad; la obligación de los progenitores de proveer recursos al hijo hasta los 25 años cuando este se capacita; el derecho de la mujer embarazada a reclamar alimentos al progenitor presunto; el derecho a reclamar alimentos a los ascendientes acreditando el actor dificultades para percibir alimentos del progenitor obligado; y la aplicación de medidas ante el incumplimiento.

También podemos encontrar en esta reglamentación normativa, referencias a los deberes de los hijos, el cual no nos adentraremos a analizar ya que no es objeto del presente trabajo, simplemente mencionaremos lo novedoso de la incorporación.

Continuando con las novedades jurídicas de este cuerpo legal, se destaca la innovación de la figura del “progenitor afín”, cuya denominación se le da al cónyuge o conviviente que vive con el progenitor que tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente.<sup>6</sup> Esta regulación se debe a los cambios en la sociedad y con ella las diversas formas de familia que se dan hoy en día. Cuando una pareja se separa, y como es normal, seguramente vuelva a formar pareja, y hará lo mismo la otra parte, constituyendo así las llamadas familias ensambladas, trayendo al nuevo vínculo hijos de

---

<sup>6</sup> Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo 672.-

ambos lados. El Código Civil derogado carecía de legislación acerca de este tema; sin dudas este Código viene a regular circunstancias que se presentan en la actualidad.

Se reconoce así, el vínculo afectivo que se genera entre el progenitor y los hijos de su pareja cuando conviven, otorgando ciertos derechos a los primeros sin excluir los derechos y deberes que tienen los progenitores como principales responsables respecto de los menores de edad.

Los deberes del progenitor afín se encuentran en el artículo 673, cuando menciona: “El cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor. Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental.”

Así como el art. 643 permite, bajo ciertas circunstancias, delegar el ejercicio de la responsabilidad parental a un pariente, también se permite que el progenitor a cargo del hijo delegue a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función de forma plena por razones de viajes, 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. Esta delegación requiere de homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente. La enumeración que establece el artículo es meramente ejemplificativa. La delegación es voluntaria, aunque fundada en específicas razones, de carácter ciertamente transitorio y puntual, destinada a cubrir una circunstancial imposibilidad en el ejercicio.

En cuanto a los alimentos el progenitor afín tiene una obligación alimentaria respecto de sus hijos afines, pero ésta tiene carácter subsidiario, y cesa con la ruptura de la convivencia.<sup>7</sup> En conclusión, la norma prevé soluciones en caso del cese de la

---

<sup>7</sup> Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo 676.-

relación con el progenitor afín, como también la obligación de este, de brindar alimentos a los hijos del cónyuge conviviente de manera subsidiaria.

En consideración a los bienes de los hijos, podemos ver un avance significativo, referido a lo patrimonial y haciendo alusión al principio de autonomía progresiva.

Como se expresa en los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación<sup>8</sup>, y luego se viera reflejado en el Código: “... si los hijos son sujetos de derechos diferentes a sus padres, los frutos de sus bienes no deben ingresar al patrimonio de sus progenitores, sino que deben ser conservados y reservados para ellos...”.

Es decir, la administración de los bienes recae sobre la persona de los progenitores, pero conservan el deber de resguardar el derecho patrimonial del niño, evitando realizar operaciones que perjudiquen el bienestar del menor hasta tanto este pueda asumir la administración y disposición de sus bienes.

En el último de los capítulos, el N° IX, del Código Civil y Comercial se abordan las tres maneras por las cuales puede extinguirse la responsabilidad parental. Además del cambio de terminología, se diferencian, de modo acertado, “la extinción” de “la privación” y “suspensión”.

La extinción se produce por situaciones que no están bajo la voluntad de los padres, es decir, son ajenas a ellas, citando por ejemplo la muerte; y se abordan en el artículo 669 del Código Civil y Comercial.

La privación se trata de determinados actos que merecen reproche, y fijan la necesidad, para seguridad del niño, niña o adolescente, de sustraerlo de la órbita de la autoridad del progenitor. Sus causas se encuentran en el artículo 700, son dejadas al arbitrio del juez y esta medida alcanza a cualquiera de los progenitores. Seguidamente el Código habla de la rehabilitación expresando el artículo 701: “la privación de la responsabilidad parental puede ser dejada sin efecto por el juez si los progenitores, o uno de ellos, demuestre que la restitución se justifica en beneficio del interés del hijo”.

---

<sup>8</sup> “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora”, en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Bs. As., Ed. Infójus, 2012.-

Por último, la suspensión, hace referencia a una imposibilidad material o judicial del progenitor para ejercer la responsabilidad. Son consecuencias que operan *ministerio legis*, sin necesidad de resolución judicial y se expresan en el artículo 703 del Código vigente.

Cabe mencionar, que en estos supuestos el deber de alimento continúa a cargo de los progenitores por más que la responsabilidad parental se encuentre suspendida o privada, disposición que se encuentra regulada en el artículo 704 del mismo cuerpo legal.

### **3.4. Fuentes legislativas Nacionales e Internacionales.**

#### **3.4.1. Declaración Universal de Derechos Humanos.**

El preámbulo<sup>9</sup> de esta establece que las bases de la libertad, la justicia y la paz en el mundo son el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Esta Declaración es la fuente madre de todas las reformas introducidas a la legislación Argentina ya que tiene como objetivo principal garantizar que se cumplan de forma efectiva todos los derechos como así también la libertad de la persona humana; la misma tiene jerarquía constitucional ya que nuestra carta magna se la reconoce en el artículo N°75 inc.22.

En relación con el tema de investigación, debemos expresar que garantiza la igualdad y libertad a los seres humanos y en especial de los más vulnerables, es decir los niños, niñas y adolescentes. Por su lado el artículo N°1 deja en claro, que todos somos “libres e iguales en dignidad y derecho”; en tanto el artículo 25 inc. 2 refiere a la maternidad e infancia: [...] inc.2: “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

---

<sup>9</sup> La Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III), como un ideal común para todos los pueblos y naciones.-

### **3.4.2. Convención Americana Sobre Derechos Humanos – Pacto San José de Costa Rica.**

La Convención que fue aprobada el 22 de noviembre de 1969, viene a complementar la Declaración universal de los Derechos Humanos, con el mismo objeto de protección, libertad e igualdad del ser humano, es por eso que en su capitulación vuelve a remarcar la importancia de todos estos derechos.

Respecto a la protección de la familia en el artículo N° 17, establece en su inciso 1: “La familia el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

En referencia al tema objeto de estudio, la responsabilidad parental, trata de las relaciones de familia; y expresa que el instituto de familia debe ser protegido por el estado y de esta manera debe resguardar con una legislación que proteja los vínculos dentro de un grupo familiar.

La responsabilidad parental tiene como finalidad el interés superior del niño, fundamento que podemos encontrar en el artículo N°19 de la Convención expresa los Derechos del niño, y cita “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de la familia, de la sociedad y del Estado”.

Los estados partes de esta convención deben “...comprometerse a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...”<sup>10</sup>

Por su parte Argentina ha receptado el cuerpo normativo de esta Convención para la regulación del ordenamiento legal interno, en este caso la reforma del Código Civil.

### **3.4.3. Convención sobre los Derechos del Niño.**

---

<sup>10</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto San José de Costa Rica. Artículo 1.-

La Convención de Derechos del Niño establece en su articulado que:

[...] Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que 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 del desarrollo del niño.

Esta convención internacional fue ratificada por ley 23.849 que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Luego se la jerarquiza constitucionalmente en 1994 a través del artículo N° 75, inc22.

El objetivo central de la misma es que los padres acompañen a sus hijos para que estos puedan alcanzar un óptimo desarrollo psicosocial y puedan ir ejerciendo de manera progresiva los derechos de los cuales son titulares como persona humana. En consecuencia este apartado se toma en cuenta para la elaboración de los principios fundamentales de la responsabilidad parental, como así también para la modificación al exponer que los niños no son “objeto” de sus padres sino que son sujeto pleno de derecho y por lo tanto deben ser protegidos.

#### **3.4.4. Constitución Nacional.**

Nuestra carta magna otorga jerarquía constitucional a todos los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en el artículo 75, inc. 22 que refiere a las atribuciones del Congreso de la Nación, expresa que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”... y “deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

Al receptar estos tratados sienta las bases sobre las cuales deben trabajar los legisladores al dictar las leyes y a su vez brinda herramientas para garantizar el cumplimiento de tales derechos. Con la reforma al código civil de Vélez y el Código vigente se logra un mayor acatamiento las pautas, principios y derechos establecidos por las convenciones y tratados internacionales. A pesar que anteriormente al estar vigente

los mismos tratados tenían jerarquía constitucional lo que estos expresaban no se veía reflejado en la legislación interna.

### **3.4.5. Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.**

La ley 26.061 tiene como objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en territorio Argentino, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos de los derechos que son reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación es parte.

Los derechos aquí reconocidos están asegurados para que sean cumplidos de forma correcta y fundamentada en el principio del interés superior de niño. En caso que el Estado omita la observancia de los deberes que se encuentran en esta normativa, habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.

Los principios de la ley 26.061 son:

- “Principio a la igualdad y no discriminación: las disposiciones de esta ley se aplicaran por igual a todos las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna”.<sup>11</sup>
- “Principio de efectividad: los organismos del estado deberán adoptar todas la medidas administrativas, legislativas y judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos por esta ley”.<sup>12</sup>

La presente expresa las obligaciones que tenemos como sociedad como así también el deber del Estado de recurrir a todas las medidas necesarias para que sea haga

---

<sup>11</sup> Ley 26.061. Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Artículo 28.-

<sup>12</sup> Ley 26.061. Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Artículo 29.-

efectivo el cumplimiento de la misma, que tiene como fin la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Los derechos que reconoce la ley, está sustentado en el interés superior del niño, principio fundamental de la mencionada responsabilidad parental.

#### **3.4.6. Ley 13.944 de Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar.**

La ley que aquí tratamos define en su artículo N° 1 “Se impondrá prisión de un mes a dos años o multa de veinte a mil australes a los padres que, aun sin mediar sentencia civil, se substraieren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido”.

Si bien la ley 13.944 es complementaria de otras leyes, su objetivo principal es proteger al niño del desamparo que sufre cuando quien debe prestar asistencia familiar se limita a cumplir sus obligaciones, imponiéndole una severa sanción.

Esta ley tiene especial relación con el capítulo N° III referida a los deberes y derechos de los progenitores, que establece una serie de obligaciones de estos para con sus hijos. En caso de que no se cumpla, la ley sanciona su mal accionar.

#### **3.4.7. Ley 24.270 Impedimento de vínculo con el padre no conviviente.**

La ley sanciona al progenitor que impidiere u obstruyere el contacto de sus hijos menores de edad con sus padres no convivientes. La obligación de mantener una adecuada relación y comunicación entre el menor de edad y el padre no conviviente, encuentra fundamento en el Código Civil y Comercial de la Nación, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás leyes complementarias.

Este tipo de delito se configura cuando “el padre conviviente obstruya o restrinja la comunicación del menor con el padre no conviviente obrando de forma arbitraria e impulsiva, sin razón alguna”.

El fin último de esta ley es mantener el vínculo familiar entre el niño y su progenitor no conviviente, fomentando el lazo afectivo entre ellos.

### **3.4.8. Conclusiones parciales.**

El desarrollo de este capítulo está destinado en parte a analizar la anterior redacción de la figura objeto de estudio, haciendo una comparación con su actual regulación, la cual también se examina. Es por ello que nos adentramos en la esencia de la responsabilidad parental situándonos primero en la redacción del Código Civil derogado, donde se definía como “patria potestad”, figura que se encuentra derogada por el Código Civil y Comercial de la Nación; la misma hacía alusión al poder que los padres tenían sobre sus hijos, por lo que la sustitución de ésta por la actual figura viene a situar en cabeza de los padres ya no el poder como forma autoritaria sino el deber de estos de garantizar el bienestar de sus hijos brindando de esta forma la posibilidad de la autonomía progresiva de los niños.

Asimismo, en particular se ha descripto la estructura del Código Civil y Comercial, destacando los puntos más significantes y novedosos de este cuerpo normativo en el marco de la legislación nacional e internacional. Uno de los cambios fue la incorporación de la figura del cuidado personal, que de alguna forma vendría a sustituir la antigua “tenencia”. Siendo este uno de los ejes principales de nuestro problema de investigación, a criterio personal puedo decir que lo normado por el legislador, en lo teórico cumple con los principios generales de la responsabilidad parental, que a nuestro entender están correctamente diseñados, pero en la práctica de no ser ponderados equitativamente por la justicia, a la hora de dar solución a un litigio esgrimido por algún progenitor, podrían afectar gravemente las relaciones de familia que tanto se pretenden preservar. En igual sentido nos preguntamos si en la legislación vigente encontramos herramientas para dar solución a ciertas situaciones: una de estas podría ser cuando uno de los progenitores no cumple con algunos de los requisitos establecidos en la norma, como ser, por ejemplo, una madre a la cual se le ha otorgado el cuidado personal unilateral y no cumple con el deber de comunicación o de informar al progenitor no conviviente; nos preguntamos entonces ¿cuál es la herramienta que el Derecho le da al progenitor no conviviente para revertir esta situación?: denunciar el incumplimiento del deber de comunicación. Y ¿cuál es la herramienta que el juez tiene para lograr que el incumplidor cambie su accionar?: revertir su decisión; dar el cuidado

unilateral al padre; Disponer la intervención de un tercero, como por ejemplo la figura de un asistente social o acompañamiento; o bien lograr que la madre cambie su accionar aplicando alguna medida conminatoria. Y ¿hasta qué punto estas decisiones puede llevarse a cabo sin afectar la integridad del menor?, no siempre en las causas de familia se puede evitar el daño, pero cualquier medida que se tome deberá resguardar el interés superior del niño por sobre todo. Puedo concluir, que las medidas que se dispongan no van a satisfacer las necesidades de todas las partes, pero el juez deberá utilizar las herramientas que el Derecho le da para encontrar una solución lo más equitativa y justa para todos los involucrados.

Es así que se llega a la conclusión, de que la actual regulación trajo consigo cambios que resultaron ser ampliamente positivos, ya que innova teniendo en cuenta los cambios sociales y culturales, dejando de lado todas formas de estereotipos y calificaciones, como ser la sustitución del vocablo “padres” por “progenitores” o “tenencia” por “cuidado personal”. Todos estos cambios no son más que la legislación nacional ayornandose a la legislación internacional vigente.

En lo que respecta a la vida del niño, ahora se brindan todas las garantías necesarias para que el mismo sea considerado sujeto de derecho y pueda bajo la supervisión de los progenitores lograr el desarrollo para adquirir la autonomía plena que le reconocen distintas leyes internacionales como el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual tiene jerarquía constitucional reconocida por la Constitución Nacional Argentina.

De este modo ponemos fin a esta parte, para adentrarnos en los derechos y deberes de los progenitores respecto a sus hijos, y en especial lo que sucede luego de disolución conyugal.

## **4. Capítulo III. La Responsabilidad Parental luego de la disolución del vínculo entre Progenitores.**

### **4.1. Breve análisis de la disolución del vínculo conyugal.**

A lo largo de los años el instituto de la familia ha ido experimentando cambios producidos en su mayoría por la evolución de la sociedad, de acuerdo al crecimiento cultural de la misma, que han sido acompañados en gran medida por el legislador. De a poco se va dejando de lado la visión de patriarcado de la época de antaño, donde, el único jefe de familia era el padre, dueño de los derechos de los hijos como también el sometimiento de su mujer. Estamos abandonando de a poco, la desigualdad de género entre hombres y mujeres, para hoy lograr equidad entre nosotros, hemos dejado atrás los estereotipos de familia como así también lograr la inclusión de la diversidad sexual incorporándose legislación que ha servido de gran apoyo.

Sin embargo, nunca se debe dejar de luchar para lograr formar cimientos sólidos para construir lazos familiares perdurables en el tiempo, respetándose mutuamente entre personas, y establecer como requisito ineludible la protección a la vida del niño, reconociéndose todos sus derechos fundamentales.

Dentro de una familia todo se desarrolla de buena manera hasta que se rompe el vínculo entre los progenitores, donde podemos observar en mayor medida que los menores quedan inmersos en situaciones poco felices. El problema siempre reside en la obstrucción o impedimento del vínculo de los menores de edad con el progenitor no conviviente, tratando de que el vínculo familiar entre ellos desaparezca.

Si bien tenemos innumerables disposiciones legales, leyes nacionales y tratados internacionales que resguardan el interés superior del niño, y que sanciona a aquellos que no fomenten una adecuada relación entre hijo y progenitor no conviviente, aun así, esto sigue sucediendo. Los adultos pocas veces comprenden el verdadero significado del interés superior del niño, y finalidad misma de la responsabilidad parental, confundiendo el motivo de ruptura de una pareja, el cual no debe ni tiene porque interferir en la relación del niño con sus progenitores, ni con los demás miembros de una familia, a pesar de saber que su vida cotidiana cambia rotundamente, se debe procurar el menor impacto de una separación, en el niño.

Los cambios introducidos al Código Civil y Comercial referidos puntualmente a esta situación concreta que es la disolución del vínculo, trae innumerables soluciones para distintos problemas que antes no contaban con legislación, como por ejemplo lo referido a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad, siendo la titularidad ejercida por ambos sin distinciones. También existe ahora una regulación más amplia en función de mantener siempre el vínculo con el niño y el progenitor no conviviente.

Respecto a otras introducciones significantes que tratan de mejorar el vínculo, cuando cesa la convivencia entre los padres, podemos mencionar la elaboración del plan de parentalidad, la incorporación de la figura del progenitor a fin y el cambio de terminología de mucho de los conceptos que han sido derogados por la actual normativa, a fin de continuar acompañando la evolución del instituto de la familia.

De acuerdo a lo mencionado anteriormente, en este apartado se tratara de abordar específicamente lo que sucede luego de la disolución del vínculo de los progenitores, en virtud de los supuestos que establece el Código vigente y su anterior regulación respecto al tema a tratar, formando críticas a dichas instituciones como remedios probables.

#### **4.2. Deberes y Derechos de los progenitores en caso de cese de convivencia.**

En la responsabilidad parental, los deberes y derechos no están separados terminantemente entre sí, sino que estos son consecuencia de aquellos. Concorre una relación entre ellos, que se los puede calificar también como poderes-funciones.

Nuestro cuerpo normativo, establece los deberes de los progenitores en el artículo 646 del Código Civil y Comercial, los cuales mantienen en gran medida las mismas pautas del Código de Vélez Sarsfield. Es así que podemos mencionar como:

“Derechos y deberes todo lo atinente para el desenvolvimiento de la vida del niño en sociedad y su desarrollo integral, como es la convivencia con el hijo, su educación, salud, alimentos, habitación, y contención, con el fin mismo de lograr así la autonomía progresiva del menor de edad. Los padres también deben cumplir con el

deber de representación de su hijo frente a terceros por hechos ilícitos cometidos por sus estos”<sup>13</sup>.

Respecto de los bienes de los hijos, los progenitores conservan su representación y administración hasta que el hijo adquiera su mayoría de edad; una de las modificaciones incorporadas al Código, es que en relación a los bienes que los hijos adquieren siendo estos menores de edad, permanecerán en el patrimonio de estos hasta que puedan disponer libremente de ellos una vez adquirida su aptitud legal.

De acuerdo al inciso c del artículo 646<sup>14</sup>, éste hace especial referencia al derecho del hijo a ser oído respecto a sus procesos educativos y los derechos personalísimos. Siguiendo en esta línea, se innova al incorporar como deber por parte de los progenitores, respetar y facilitar el contacto de los niños con su abuelos, parientes y con toda persona que tenga un interés afectivo con el menor, en virtud de toda relación afectuosa.

Se puede observar en estas modificaciones, que el contenido de la norma ha hecho honor a su título y se redacta en concordancia con la finalidad que tiene el objeto de estudio, es decir la protección de los menores hasta tanto estos no adquieran su autonomía plena, situación que deben llevar adelante con el apoyo y acompañamiento de sus progenitores.

De este modo continuaremos desarrollando los puntos más importantes redactados en la norma, intentando dar un recorrido histórico por su legislación.

#### **4.2.1. Cuidado personal.**

Como es un tema de gran importancia este ya fue desarrollado en el capítulo N° II, aquí solo nos detendremos a ampliar lo relacionado con el tema objeto de este capítulo, la disolución del vínculo. El Código Civil y Comercial establece en el capítulo

---

<sup>13</sup> Ley 26.994.Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo 646.

<sup>14</sup> Ley 26.994.Código Civil y comercial de la Nación. Artículo 646. Inc. 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;-

Nº IV, del título VII, los deberes y derechos de los progenitores sobre el cuidado del hijo, el cual en el artículo 648 establece su definición, “como los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo”.

Este capítulo también especifica las distintas modalidades de cuidado personal del menor de edad, que adquiere relevancia cuando uno de los progenitores no convive con el niño, como suele ocurrir con mayor frecuencia. Predomina como regla general, en este Código que el cuidado sea atribuido a ambos progenitores y excepcionalmente a uno de ellos, siendo importante rescatar que nuestro ordenamiento jurídico da prevalencia al cuidado personal compartido con modalidad indistinta; pero como es un tema de gran importancia lo profundizaremos en otro apartado.

Si regresamos tiempo atrás, respecto a la estructura del tradicional Código Civil de Vélez , se podía distinguir por un lado la titularidad y su ejercicio, y por otro la “tenencia” figura que se encargaba de designar a quien ejercía la patria potestad y cuidado del niño; encontrábamos a la tenencia en dos aspectos, por un lado el sentido jurídico, que era designado al padre que ejercía la “patria potestad” y tenía el poder de decisión en relación a la vida del menor, y por otro en sentido material , que se trataba de quien ejercía la custodia física del niño. Pero como ocurría al igual que en la actualidad, cuando estos rompían su vínculo, el problema se presentaba en cuál de los padres detentaba con la custodia del niño y ejercía así la patria potestad; siendo en la mayoría de los casos la madre quien la ocupaba, y al padre, progenitor no conviviente a quien le correspondía el “derecho de visitas”. Este régimen no aportaba solución alguna a la pelea de los padres por la “custodia” del niño, ya que uno resultaba como su dueño y otro solo tenía como obligación aportar la manutención y esperar el día de “visitas”. En estos casos el único medio por el cual el padre no conviviente podía mediar oposición respecto de la vida del niño u oponerse ante quien ejercía la “patria potestad”, era la vía judicial, ya que predominaba el sistema de ejercicio unilateral.

Es así que uno de los cambios que introdujo la ley, es en especial el que se desarrolla en el capítulo Nº IV Deberes y Derechos sobre el cuidado de los hijos, allanándose a las críticas que habían realizado tanto la jurisprudencia como así también la doctrina a tan obsoleta regulación jurídica. De este modo se produce la derogación del término “tenencia” por el uso de “cuidado personal”, y en coincidencia a esto, es de

gran relevancia citar a las autoras Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, (2014 pág. 103) que realizan una notable explicación del uso de la terminología, mencionando: “Así, se reemplaza el clásico y anterior término “tenencia” –que significa “ocupación y posesión actual y corporal de una cosa”–, por no resultar acorde a la consideración del niño como persona, por la expresión “cuidado personal del hijo”.

Siguiendo la postura de las autoras y de acuerdo con ello, podemos decir que esta reforma nos hace identificar al niño no como “objeto” sino como sujeto pleno de derecho y que su cuidado personal es una responsabilidad que deben cumplir ambos progenitores, para el desarrollo de su vida, como una auténtica función en interés y beneficio del hijo.

Con esta innovación se enfatiza claramente en el cuidado del hijo por parte de ambos progenitores en igual condiciones, suprimiendo el cuidado unilateral, (salvo las excepciones que propone nuestro Código) y adquiriendo como modelo el cuidado compartido del menor de edad, que se puede apreciar con claridad, cuando se separan los progenitores, al tratar de afectar lo menos posible el vínculo entre padres e hijos.

Es preciso dejar en claro que existe diferencia entre el ejercicio de la responsabilidad parental del cuidado personal, tal como se ve reflejado en la ley, el cuidado personal es uno de los deberes y derechos de los progenitores que derivan del ejercicio de la responsabilidad parental.

#### **4.2.2. Clases: cuidado compartido y unilateral.**

La legislación vigente establece clases del cuidado personal<sup>15</sup>, siendo asumido por un progenitor o por ambos, de las cuales podemos distinguir dos: por un lado el cuidado personal compartido (regla) y el cuidado personal unilateral (excepción). A su vez el cuidado personal compartido comprende dos modalidades: alternado e indistinto.

---

<sup>15</sup>Ley 26.994. Código Civil y Comercial. Artículo 649. Clases  
Cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos.-

Es aquí uno de los puntos más relevantes de la innovación al cuerpo legal vigente, ya que dicha clasificación brinda solución y herramientas legales para las diversas familias ensambladas que encontramos en la sociedad, en especial cuando se produce la disolución del vínculo de sus progenitores. Recordemos que esta legislación da prioridad fundamental al interés superior del niño.

- **Cuidado personal compartido.**

Como mencionamos supra, esta clase de cuidado es el que adopta el código vigente como regla general, lo que permite a los progenitores llevar de forma conjunta la crianza del niño y así mantener los vínculos.

Para que se provocara esta incorporación, fue un largo camino para desandar donde la doctrina y la jurisprudencia habían hecho escuchar las críticas al sistema derogado. Fue así que se empezó a saber de esta cuestión por la decisión judicial de los magistrados, cuando se presentaban ante la justicia los padres que se divorciaban o separaban, y como motivo de los conflictos principalmente se encontraba a la “tenencia” de los niños, y es así que a través de estos acuerdos que fijaba el juez, se empezó a utilizar el cuidado personal compartido.

En concordancia con las autoras Kemelmajer de Carlucci, et. al, (2014, p. 107) mencionamos que:

El cuidado personal compartido se funda en la conjugación de dos derechos básicos: por una parte 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 ejercicio de la responsabilidad familiar.

La doctrina coincide en las ventajas que tiene el cuidado personal compartido, de manera más evidente cuando los niños no conviven con ambos padres, allí resulta de gran importancia, siendo notable que este sistema apunta a que el menor sienta menos afectada su vida por la nueva realidad familiar, además de brindar la posibilidad a ambos padres de acompañar de forma presente el desarrollo de vida del niño y también tiende a evitar constantes litigios entre los padres.

Según los autores Báez y Frulla, (2016), citando a Miguez de Bruno sostiene que las:

**Ventajas del cuidado compartido:** b) Iguala a los padres en el desarrollo de su vida física, psíquica, emocional, profesional, entre otras distribuyendo equitativamente las tareas de la crianza de los hijos; c) Nivelación de situaciones de competencia en cuanto reconocimiento del rol que cada uno de ellos cumple, evitando la compulsión de la apropiación del hijo por parte de uno de ellos [...].

El cuidado compartido es un régimen que procura mantener el poder de decisiones de la vida del niño en posición de los padres, reconociéndole igualdad a ambos, eliminando todo tipo de preferencia así uno u otro (como si lo hacía el Código Civil), y lo más importante resignificar el interés superior del niño como lo establece la Convención de los Derechos del Niño.

Para concluir podemos decir que el Código adopta este sistema obligando a ambos progenitores a mantener diálogo y dirección común sobre la crianza de los hijos, decisión que a nuestro criterio es importantísima en estas situaciones. Siempre rescatamos que este código acentuó y reconoció los derechos de los hijos sobre el de sus padres, y que la solución está dada en gran magnitud para los problemas presentados en cada disolución, la dificultad reside en los progenitores cuando se niegan a acatar lo establecidos por la norma y terminan repercutiendo en sus hijos.

En resumen lo que se pretende logra aquí con esta normativa y en la vida en general, es remarcar, que si durante una relación de pareja, los actos realizados por uno de ellos cuenta con asentimiento o consenso del otro acerca de lo relacionado con el bienestar y crianza de los hijos en común, porque esto no puede seguir sucediendo de igual modo a pesar de una separación o divorcio conflictivo. Esto recae según nuestro punto de vista, más en la actitud y la capacidad de las personas de diferenciar la separación de pareja de la crianza de sus hijos, es decir, se olvidan que van a ser progenitores para toda una vida de ellos; y tristemente a pesar de los cambios reconocidos, hay que afirmar que aun así suceden los mismos problemas con un solo denominador común, el cuidado de los hijos y todo lo relacionado a ello.

#### 4.2.3. Modalidades del cuidado personal compartido.

- *Cuidado personal compartido alternado.*

En el cuidado alternado, el hijo pasa periodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia.

- *Cuidado personal compartido indistinto.*

En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.<sup>16</sup>

Analizando la regla que establece el Art. 651, la legislación privilegia el cuidado personal compartido indistinto, siendo que esta norma toma mayor trascendencia cuando se origina el divorcio o separación de los progenitores. Se debe expresar que esta elección puede ser decisión de uno o de ambos padres o bien de oficio dictada por un juez. La excepción a la regla es el cuidado personal alternado o en su caso el cuidado unipersonal, que se puede encontrar dispuesta cuando la elección del cuidado compartido, sea perjudicial para la vida del niño. En caso que el cuidado sea otorgado a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y deber de la fluida comunicación con el hijo<sup>17</sup>.

Independiente de cual sea la elección para el cuidado personal de los hijos, de acuerdo a la clasificación realizada, no se debe ver afectado el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental que, en principio, se reconoce en pie de igualdad a ambos progenitores. Es importante resaltar que la ley brinda toda libertad para que los progenitores elijan que modalidad adoptar para la organización de crianza del niño, como también los incentiva a la posibilidad de elaborar un “plan de parentalidad”, de acuerdo a las cuestiones personales de cada progenitor, pero a menudo los tribunales de familia se ven repletos de problemas de este tipo, en la mayoría de caso los

---

<sup>16</sup> Ley 26.994.Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo 650 Modalidades del cuidado personal compartido.-

<sup>17</sup> Ley 26.994.Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo 652. Derecho y deber de comunicación.-

incumplimientos de alimentos y el derecho de mantener una comunicación del progenitor no conviviente con el menor de edad. Siempre se procura y garantiza el dialogo entre los progenitores.

- ***Cuidado personal unilateral.***

Siguiendo con la distinción la modalidad del cuidado, en este caso el cuidado personal unilateral<sup>18</sup> es excepcional y este cuerpo normativo enumera las pautas que el juez debe tener en cuenta para realizar tal decisión, siempre obligando al progenitor no conviviente a prestar colaboración con el otro que tiene a su cargo el ejercicio del cuidado personal del niño, del mismo modo que este debe facilitar el derecho de comunicación adecuada del menor con el progenitor no conviviente y demás familiares.

Si bien el cuidado es otorgado solo a uno, nada quiere decir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea ejercido por solo uno, sino que es llevado a cabo por ambos progenitores, salvo que también se disponga que sea ejercido unipersonalmente la responsabilidad parental.

Cuando sea adoptada por las partes o por decisión del juez, el cuidado unipersonal del niño, requerirá homologación judicial; por tanto las pautas establecidas en el artículo 653 Código Civil y Comercial son válidas tanto para decidir y justificar su otorgamiento como para decidir su homologación (artículo 656 Código Civil y Comercial), y son aplicables también para decidir la cuestión, aun en forma provisional (artículo 721, inciso d. del Código Civil y Comercial).

Recordemos que en el inciso, 2º del artículo 246 del Código de Vélez, enunciaba que el progenitor no conviviente adquiriría solo el derecho a tener una adecuada

---

<sup>18</sup> Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo 653. Cuidado personal unilateral. Deber de colaboración

En el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el juez debe ponderar:

- a) la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro;
- b) la edad del hijo;
- c) la opinión del hijo;
- d) el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo.

El otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente.-

comunicación con el hijo, y supervisar su educación. En comparación con esta reglamentación, se observa una ampliación y eliminación en cuanto a la terminología, ya que se adopta el término “fluida” en reemplazo de “adecuada”, denotando esta incorporación un mayor alcance al derecho del progenitor que no tiene asignado el cuidado personal del hijo.

Es importante enfatizar el deber de colaboración, que impone en cumplimiento la nueva ley por parte del progenitor no conviviente, como también del que tiene a cargo el cuidado del niño, teniendo fundamento principalmente en procurar el bienestar y vínculo afectivo con el niño. Se trata de un compromiso que deben asumir ambos progenitores. También tenemos que mencionar en especial el derecho de informar por parte del progenitor a quien ha sido otorgado el cuidado del menor de edad, (tomando más relevancia cuando no conviven ambos padres) garantizar y anotar todas las cuestiones relativas a la vida cotidiana del niño en tanto a su persona como sus bienes. Este derecho tiene su fundamentación en la corresponsabilidad parental y se aplica en todas las clases de cuidado personal de hijo.

A modo de concluir con lo dicho, es trascendental indicar que el Código también establece sanciones<sup>19</sup> en el caso de incumplimiento del régimen de comunicación en caso de que el progenitor a cargo del cuidado del niño obstaculice o realice acciones maliciosas, impidiendo el contacto del hijo con el progenitor no conviviente. Esta regulación, referida al derecho de mantener el vínculo en caso de divorcio, es amplia y flexible, en igual manera con el derecho/deber alimentario, es decir es una disposición que le permite al Código Civil y Comercial, estar siempre a tono con el desarrollo de las comodidades, usos y costumbres de una sociedad que va cambiando con el transcurso del tiempo.

#### **4.2.4. Plan de parentalidad.**

---

<sup>19</sup> Ley 26.994. Código civil y comercial de la nación. Artículo 557. Medidas para asegurar el cumplimiento:

El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado medidas razonables para asegurar su eficacia.-

A raíz de los cambios introducidos por la reforma y unificación del actual cuerpo normativo, no podemos dejar de lado lo que describe el artículo 655 y siguientes, referido al “plan de parentalidad”<sup>20</sup> una novedad en este Código, que permite a los progenitores elaborar un plan, para organizar una forma de vida más apropiada para el bienestar del niño, sobre todo después de la disolución del vínculo conyugal.

Este plan permite ser modificado según las etapas de crecimiento del hijo y de acuerdo a las necesidades del grupo familiar el cual puede ser homologado judicialmente o acordarse extrajudicialmente. La norma prevé una solución, cuando el plan habiéndose creado por los progenitores o no siendo homologado este mismo, es el juez quien debe fijar el plan de parentalidad presentado o bien dictar su reformulación, en virtud del interés superior del niño y decidiendo como preferencia el cuidado personal compartido de modalidad indistinto.

El fin en sí mismo del plan de parentalidad, es lograr que ambos progenitores coincidan con las acciones a llevar a cabo para la crianza del hijo, eligiendo un cuidado personal compartido, involucrando al menor de acuerdo a su edad en la toma de decisiones para la organización de su vida.

Rescatamos acá, otra acertada innovación al dar regulación normativa a este plan, el cual se utiliza y toma trascendencia al término de una relación de pareja, ya que posibilita que estos organicen la cotidianidad de la vida de los hijos menores de edad.

---

<sup>20</sup> Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación.-Artículo 655. Plan de parentalidad

Los progenitores pueden presentar un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo, que contenga:

- a) lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor;
- b) responsabilidades que cada uno asume;
- c) régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia;
- d) régimen de relación y comunicación con el hijo cuando éste reside con el otro progenitor.

El plan de parentalidad propuesto puede ser modificado por los progenitores en función de las necesidades del grupo familiar y del hijo en sus diferentes etapas.

Los progenitores deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y en su modificación.-

#### **4.2.5. Alimentos.**

La obligación alimentaria tiene fundamento en los Derechos Humanos, los cuales son reconocidos a las niñas, niños y adolescentes para gozar de una vida digna para el desarrollo de su personalidad y de recibir la protección correspondiente de acuerdo a su vulnerabilidad. La misma encuentra como fuentes varias disposiciones internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en especial la Convención de los Derechos del Niño que hace mención en sus artículos 6 y 27, y demás Tratados y Pactos internacionales. Es necesario resaltar que todos los pactos y tratados internacionales, reconocen este fundamento como ineludible en la vida del niño su destinatario, la cual debe ser cumplimentada por ambos progenitores y el estado es quien debe garantizar la cumplimentación de este derecho.

De este modo esta obligación constituye una de los principales deberes a cargo de los progenitores proveniente de la responsabilidad parental, es así que el código vigente regula en su cuerpo normativo, lo relativo a los alimentos, obligación que nace de los deberes y derechos de los progenitores respecto a sus hijos. La prestación alimentaria tiene origen patrimonial pero su finalidad es netamente extra patrimonial, debido a su carácter asistencial en relación a la solidaridad humana y en el caso de los niños integra una amplia concepción la noción de alimentos, es decir, involucrando también lo necesario para su manutención, educación y formación integral.

Como regla, la obligación alimentaria por parte de los padres se extiende hasta los 21 años, a excepción de que el hijo pueda de algún modo procurárselos por sí mismo<sup>21</sup>. Es importante remarcar que esta obligación está destinada a ser cumplida por ambos progenitores, con independencia de que uno de ellos tenga a cargo el cuidado personal del hijo, es por ello que el artículo 663 del Código Civil y Comercial, establece que esta obligación se puede extender hasta los 25 años cuando el hijo se encuentre en proceso de capacitación. Se reconoce también, poder reclamar alimentos por parte del hijo no reconocido en el juicio de filiación mediante la acreditación sumaria del vínculo

---

<sup>21</sup> Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo 658.-

invocado, provisoriamente. De la misma potestad goza la mujer embarazada que también se encuentra en la posibilidad de reclamar alimentos al presunto progenitor, considerando que la persona existe desde el momento de la concepción.

En el caso del hijo fuera del país o alejado de sus progenitores, se reglamenta en el artículo 667 lo siguiente: “El hijo que no convive con sus progenitores, que se encuentra en un país extranjero o en un lugar alejado dentro de la República, y tenga necesidad de recursos para su alimentación u otros rubros urgentes, puede ser autorizado por el juez del lugar o por la representación diplomática de la República, según el caso, para contraer deudas que satisfagan sus necesidades. Si es adolescente no necesita autorización alguna; sólo el asentimiento del adulto responsable, de conformidad con la legislación aplicable”.

De acuerdo al contenido de la obligación alimentaria, se encuentra en igualdad con la anterior redacción del Código de Vélez (artículo 267), “comprende la satisfacción de las necesidades básicas del hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad” ,agregando a este nuevo “los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio”.

El cuidado compartido tiene una reglamentación especial e innovadora, en tanto que el hijo pasa tiempo con cada uno de los progenitores, estos deben hacerse cargo de la manutención del niño de acuerdo al periodo de tiempo que pase con ambos y en caso de que los recursos entre sus padres no sean equivalentes, el que este en mejores condiciones económicas deberá pasar una cuota alimentaria a quien tenga menos posibilidad de aportar pecuniariamente. Es importante resaltar que el Código vigente implementa, que el cuidado personal del hijo otorgado a uno de los progenitores, constituye como aporte para su manutención en la crianza del mismo, ya que se considera como valor económico.

La forma de prestación de la obligación alimentaria puede ser tanto pecuniaria como en especies; pecuniario, porque lo más habitual en estos tiempos, es fijar un monto en dinero proporcionado periódicamente; y en especies, se debe a que los progenitores pueden proveer los alimentos, vestimenta o remedios, siempre teniendo presente las posibilidades que tengan estos económicamente. Es así que se menciona en

la normativa expresamente lo perteneciente a la fortuna de los progenitores, es decir según lo que perciben o la posibilidad económica de proveer de este.

Ante la negativa de la prestación de alimentos, la ley legitima al otro progenitor en representación del menor de edad, al hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada y cualquier pariente o inclusive al Ministerio Público, demandar al progenitor para su efectivo cumplimiento. Se establece la posibilidad de reclamo de alimentos a los ascendientes de los progenitores en el caso que estos no pueda por situaciones justificadas cumplir con la obligación alimentaria. En este punto se debe destacar la importancia práctica de esta norma, en cuanto impone al progenitor obligado a prestar alimentos y a cumplir con la misma, en caso contrario dicha responsabilidad debe ser asumida por los abuelos.

Considerando la importancia del deber de prestar alimentos, traemos a colación un importante fallo jurisprudencial, donde se destaca la relevancia que tiene este deber en el derecho internacional (con jerarquía constitucional en nuestro país); a raíz de su importancia es preciso el comentario y lo que establece como jurisprudencia el siguiente fallo que si bien es extenso merece su atención:

“Juzgado de Familia n° 5 de Cipolletti “CH. B. E c. P. G. E. s/incidente de aumento de cuota alimentaria”. 28 de Agosto de 2018

En el presente caso jurisprudencial, comparece la Sra. B. E. CH., con patrocinio letrado, solicitando la aprobación de las planillas de liquidación de alimentos adeudados practicadas en autos, peticionando la inhibición general del alimentante atento el desconocimiento de bienes registrables y solicitando el dictado de medidas pertinentes atento los reiterados incumplimientos del demandado. Informa en dicho acto que el alimentante no se encuentra registrado como trabajador dependiente, realizando tareas de traslado de personas o cosas, utilizando a dicho fin un automotor de propiedad de su nueva esposa. Sustanciado que fuera el traslado respectivo con el alimentante, se apersonó con patrocinio letrado a manifestar que no ha logrado conseguir trabajo, dependiendo de la realización de changas que le imposibilitan abonar el monto adeudado. Por ende este tribunal en su fundamento hace lugar a la petición de la parte actora, dando la negativa a lo expresado por el demandado, resolviendo lo consiguiente:

[...]Me pregunto cuál es la razón de este proceder de muchos progenitores, cuyos incumplimientos generan los innumerables expedientes radicados en los Juzgados de Familia a partir de la ruptura de la pareja y los ingentes esfuerzos por hacer efectiva la satisfacción del derecho alimentario de tantos niños, que debiera satisfacerse de modo voluntario, y considero que la misma estriba en el hecho de que en nuestra sociedad las tareas de cuidado que realizan las mujeres son invisibilizadas, naturalizándose la visión de la mujer como proveedora de cuidado, como si fuera ésta una asignación de tipo biológica. Pareciera que si ella es la que gesta en su vientre y la que amamanta, ella es la que debe cuidar de sus hijos y satisfacer sus necesidades una vez que éstos quedan a su cuidado. Corresponde por ende adoptar medidas para remover dicha relación de poder en la cual se asienta la cuestión de fondo aquí planteada, y que se exterioriza a través del incumplimiento alimentario.

Las medidas a adoptar: Habiendo analizado la situación del alimentante, quien ha conformado un nuevo grupo familiar, con una nueva hija, respecto de la cual presumo satisface sí sus necesidades como las suyas propias, no laborando en relación de dependencia ni resultando propietario de bienes que pudieran ser objeto de ejecución forzada, considero que el arresto resulta ser una medida proporcionada a la situación de estos autos, por cuanto no se advierte la posibilidad de disponer de otro tipo de medidas coercitivas que resulten idóneas para compelerlo al pago.

Respecto de dicha medida, la Convención Americana de Derechos Humanos establece que los incumplimientos derivados de obligaciones alimentarias constituyen una excepción a la prohibición general de detención por deudas (art. 7, inc. 7), y por supuesto corresponde tener en cuenta que si bien dicha medida es impuesta como sanción ante la violencia ejercida, debe compatibilizarse con la necesidad de que el alimentante cuente con tiempo para realizar tareas que le provean de medios para satisfacer la cuota alimentaria y también que, en caso de cancelar la deuda generada dicha medida sea dejada sin efecto, por desaparecer el presupuesto de hecho que la motiva. [...]

Por ello, estableceré un plazo dentro del cual el demandado deberá cancelar la deuda alimentaria generada bajo apercibimiento de ordenar su arresto, el que se efectivizará en la Comisaría de su localidad desde las 13,00 horas de los días sábados hasta las 06,00 horas del día lunes posterior. [...]

Igual apercibimiento habrá de efectivizarse de comprobarse que el alimentante persiste en el incumplimiento de las cuotas alimentarias que se generen a futuro, en tanto resulta sabido que la prestación alimentaria resulta ser una obligación de tracto sucesivo o ejecución

continuada, de modo tal que cada cuota es una deuda distinta, por lo que resulta posible imponer nuevos arrestos ante la falta de pago de las prestaciones futuras. Por ello, ante el incumplimiento de cada cuota alimentaria mensual se ordenará el arresto en las condiciones dispuestas supra (desde las 13,00 horas del día sábado hasta las 06,00 horas del día lunes posterior)<sup>22</sup>.

Este fallo que se comparte, explica detalladamente el caso omiso que hacen muchos de los progenitores al incumplir la prestación de alimentos.

En conclusión, podemos decir que este sistema ha flexibilizado de manera contundente las relaciones de familia con el fin de lograr la armonía en ella, y sobre todo aportando soluciones después del cese de convivencia del matrimonio.

### **4.3. Incorporación de figuras jurídicas al código vigente.**

En consecuencia con las reformas analizadas, una de las más importantes es la del Progenitor afín que se denomina al “cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente”<sup>23</sup>.

Esta regulación se debe a los cambios en la sociedad y con ella las diversas formas de familia que se ven hoy en día. Cuando una pareja se separa, y como es habitual, seguramente vuelva a formar pareja, y por su parte hará lo mismo la otra parte, constituyendo así las llamadas familias ensambladas, trayendo al vínculo hijos de ambos lados. El Código Civil de Vélez carecía de legislación acerca de este tema, sin dudas esta normativa vigente procura dar solución a muchos problemas que se observaban tanto en tiempo pasado como en la actualidad.

Conforme al Código Civil y Comercial de la Nación comentado siguiendo y concordando los comentarios hecho por Pellegrini (2015, pág. 506) “Se reconoce el vínculo afectivo que se genera entre el progenitor y los hijos de su pareja cuando conviven, otorgando ciertos derechos a los primeros sin excluir los derechos y deberes de los progenitores como principales responsables de los hijos”.

---

<sup>22</sup> “Juzgado de Familia n° 5 de Cipolletti “CH. B. E c. P. G. E. s/incidente de aumento de cuota alimentaria”. 28 de Agosto de 2018. Publicado en La Ley.-

<sup>23</sup> Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo 672.-

También se reglamentan los deberes del progenitor afín, que se encuentran definidos en el artículo 673: “El cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor.

Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental.”

Nuestro cuerpo normativo permite, bajo ciertas circunstancias, delegar el ejercicio de la responsabilidad parental a un pariente, y posibilita también al progenitor que esté a cargo del cuidado del hijo delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental, cuando el progenitor a cargo, se encuentre bajo determinadas condiciones que no le permitan cumplir la función de forma plena por razones de viajes, 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; siempre que exista delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, se requiere de homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente. La delegación es voluntaria, fundada en razones ciertas, de carácter ciertamente transitorio y puntual, destinada a cubrir una circunstancial imposibilidad en el ejercicio, cumpliendo con lo designado por la norma, el interés superior del niño.

En cuanto a los alimentos el progenitor afín tiene obligación alimentaria respecto de sus hijos afines, pero esta obligación tiene carácter subsidiario, y concluye con el cese de la convivencia. Podemos señalar que la norma provee soluciones en caso del cese del progenitor afín, es decir de la ruptura del cónyuge o conviviente con este, se puede determinar la obligación de brindar alimentos a los hijos del cónyuge o conviviente, de forma subsidiaria por parte de aquel. Y en este punto nos detenemos y decimos, que incierta novedad contemplar semejante definición y a su vez rescatar que el Código redacta conforme a los principios fundamentales de la responsabilidad parental, debido a que no es común que se observe en los casos de ruptura de vida en pareja con el progenitor afín, que este continúe con un vínculo afectivo con el menor y

muchos menos que se pueda establecer la posibilidad de continuar brindando alimentos. Puede esta regulación parecer un poco rebuscada por el solo hecho, de ver como en la mayoría de los casos no se puede lograr acuerdos con los progenitores biológicos de los menores de edad, respecto al cumplimiento de alimentos.

- **Delegación del cuidado del hijo a un tercero.**

De acuerdo al régimen normativo derogado, existía un vacío legal, respecto a este punto, el cual se complementa con el artículo 657 e incorpora la "guarda del niño a un tercero" que se designa por decisión judicial cuando concurriera especial gravedad. Es de forma excepcional y se da solo en beneficio del interés superior del niño cuando sea imposible la convivencia en el núcleo familiar con sus progenitores será la guarda otorgada a un pariente, también es preciso mencionar que es de carácter temporal, siendo que la delegación pueda renovarse por un periodo más.

Esta norma brinda soluciones cuando por determinados motivos los progenitores no pueden cumplir con las responsabilidades de padres. Se destaca la gran importancia de esta norma en el caso del niño que tiene solo un vínculo filial, caso que se acostumbra ver normalmente cuando los niños no son reconocidos por los padres, y quedan solo bajo el cuidado de la madre o sus abuelos.

Si bien son muchas las incorporaciones a lo largo del cuerpo normativo, pero respecto al tema de estudio, la responsabilidad parental luego de la disolución del vínculo, es importante dar mayor relevancia a la figura del progenitor afín y la delegación del cuidado de hijo a un tercero, expresando los puntos más notables de su regulación, tornándose más trascendental en estos casos, cuando el niño empieza a sufrir cambios drásticos en su vida y deja de existir la organización familiar que se había establecido en su momento, ahora en esta etapa de cambios es habitual que pase periodos de tiempos, con el progenitor afín o con un tercero, como pueden ser sus abuelos, en consecuencia de esta nueva vida y de que los responsables de ella no puedan ejercerla con normalidad.

#### **4.4. Posición de la jurisprudencia.**

La jurisprudencia ha dado a conocer su posición positiva a la luz de tan esperados cambios que introdujo la reforma de la ley 26.499, dando solución a tantas situaciones que antes se encontraban con un vacío legal.

Podemos decir que muchas de estas innovaciones que hoy en día encontramos en este cuerpo normativo, tienen su precedente en la jurisprudencia, es decir han sido los fallos quienes han impulsado un cambio en la ley que había quedado relegada a los cambios de la sociedad.

En varios fallos se ha visto expresado por los jueces la satisfacción de los cambios de acuerdo a las figuras incorporadas como así también al uso del lenguaje empleado para la supresión de determinados vocablos. Una de tantas de las reformas, es la modificación y supresión de la terminología “patria potestad” por “responsabilidad parental” sosteniendo que no implica un reemplazo nominal sino una transformación de fondo.

La separación de los cónyuges, provocaba un impacto en la vida de los niños, de tal manera que se veía afectada su conducta, su forma de expresarse en la vida, y en la mayoría de los casos estos cambios de personalidad se debían a los litigios de los padres entre sí, por su custodia. Se había hecho habitual que el niño solo residiera de forma completa con uno de ellos y el otro solo compartía determinados periodos de tiempo. Es de este modo que se empieza a aplicar el cuidado compartido como solución en distintos fallos poniendo fin a los conflictos, expresando de manera favorable lo siguiente en esta resolución:

[...] la tenencia compartida permite al niño mantener un estrecho vínculo con ambos padres; promueve la participación en las funciones de educación, amparo y asistencia; atenúa el sentimiento de pérdida de quien no tiene la guarda estimulando la responsabilidad del progenitor no guardador; atenúa el sentimiento de pérdida padecido por el hijo, incentiva a ambos padres a no desentenderse de las necesidades materiales del niño; [...] <sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> C.C.Com. de Azul, sala II, GHERSI Carlos; WEINGARTEN, Celia y GHERSI, Sebastián, Daños y delitos en las relaciones de familia. 16/06/2009, ps. 301 y ss. Publicado en Nova Tesis, 2010.

Es de este modo que nuestra ley adopta como regla general el cuidado compartido del niño, siendo responsabilidad de ambos progenitores sin distinción ni preferencia alguna. Este sistema aporta solución a las problemáticas de los padres separados y evita el síndrome del niño “trofeo”, beneficiando la relación de los hijos con los padres no conviviente.

Por supuesto, a diario son los jueces quienes deben resolver en sede judicial sobre el desarrollo de la vida de los niños, y se observa que los problemas siguen siendo los mismos, pero con la salvedad que hoy nuestro sistema judicial cuenta con distintas herramientas legales para cada caso determinado. Es así que es importante reproducir de manera reducida este fallo: “Juzgado Civil 76 “G. P. A. c/ M. M. E. s/régimen de comunicación” .Buenos Aires. 24 de agosto de 2018”<sup>25</sup>.

En este caso el progenitor solicita que se haga efectiva la multa, oportunamente establecida por cada uno de los cuatro encuentros frustrados con su hijo, debido - sostiene- a la injerencia negativa ejercida por la madre. La demandada al contestar el traslado conferido, niega la conducta obstructiva que le es atribuida a la misma y refiere los hechos que motivaron que la vinculación paterna filial no se llevara a cabo en los días señalados por el actor.

Entonces lo que dispone en este caso la justicia es lo siguiente:

Producido el quiebre de la unión de los padres, se generan deberes inmediatos y prioritarios en cabeza de cada uno de ellos respecto al régimen de comunicación. Estos deberes son de tal envergadura que, incumplidos reiteradamente podrían derivar en consecuencias de suma gravedad para aquél que tiene el cuidado personal del hijo.

En lo atinente al progenitor que convive con el hijo, obviamente que su deber por antonomasia, de naturaleza personalísima, consiste en promover por todos los medios a su alcance el contacto del niño con el otro padre, prestando la colaboración que resulte indispensable.

---

<sup>25</sup> Juzgado Civil 76 “G. P. A. c/ M. M. E. s/régimen de comunicación” .Buenos Aires. 24 de agosto de 2018. Publicado el 25 de agosto 2018. Actualidad en Jurisprudencia del Estudio A. Beccar Varela.-

[...]Incluido dentro del deber del progenitor continuo o conveniente (el que tiene el cuidado principal del niño) está entonces el de prestar su máxima colaboración, y propiciar psicológica y afectivamente para que se despliegue una buena comunicación del hijo con el otro padre, a pesar –en principio- de que medie una resistencia u oposición del propio niño.

Las sanciones conminatorias resultan ser un medio tendiente a obligar al incumplidor a que haga efectivo el deber jurídico que se le ha impuesto. Se dirigen a consagrar el valor eficacia y se sustentan en que en el poder de juzgar está implícito el de hacer cumplir las decisiones.

Los presupuestos para la aplicación de estas sanciones son que el deber jurídico que se incumple sea de realización posible y que, a la par, el sujeto se sustraiga voluntaria y deliberadamente a su satisfacción.

Los incumplimientos denunciados y cuya ejecución persigue la parte actora no poseen carácter excepcional ó aislado, sino que resumen la situación acontecida a largo de este dilatado proceso y que motivó, entre otras medidas la fijación de los astreintes como modo de detener, sin éxito hasta el presente, la conducta obstructiva que sistemáticamente ha evidenciado la progenitora, ya sea por acción u omisión. Tales hechos quedan evidenciados en los informes presentados por los profesionales intervinientes en autos. [...]

Ante ello, debo hacer lugar parcialmente a la intimación solicitada a fs. 507 vta pto c) por el progenitor ya que debe restarse del monto allí indicado la suma de \$20.000 correspondiente a los días 20/04 y 4/05 toda vez que con los comprobantes agregados a fs. 511/514 se acreditan hechos de fuerza mayor que imposibilitaron el contacto paterno filial en esos días. Sin perjuicio de señalar, conforme se indicara precedentemente, que ante tales sucesos es deber del progenitor que ejerce el cuidado personal comunicar en forma fehaciente tal situación al otro progenitor, así como el diagnóstico y tratamiento recomendado por el profesional tratante.[...]

Ante ello, se observa que el tribunal hizo lugar parcialmente a la intimación solicitada por el progenitor, obligando a la progenitora a pagar una determinada suma de dinero al provocar en reiteradas ocasiones la obstrucción del vínculo entre el niño y el progenitor no conviviente, sentando así precedente para situaciones venideras en el futuro al presentarse en relación a los mismos problemas de familia.

Se llega a la conclusión, que la jurisprudencia es una de las fuentes más importantes de antecedentes para la creación de leyes futuras, no solo en este caso particular sino en distintas perspectivas jurídicas que surgen en la sociedad.

#### **4.5. Conclusiones parciales.**

En este último capítulo, el lector se encontrará con una descripción detallada de lo que se produce luego de la disolución del vínculo conyugal respecto al tema tratado, al expresar los deberes y derechos de los progenitores respecto a sus hijos, lo referente al cuidado personal como deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo y sus clases; recordemos que en el Código predomina como regla el cuidado personal compartido por ambos progenitores y como excepción el cuidado unipersonal. En cuanto a la modalidad “compartido”, puede ser alternado o indistinto.

Se podrá observar los diversos cambios en la legislación, en las figuras hasta en los términos jurídicos, expresando el antes y después, como es el caso del cuidado compartido con modalidad indistinta y la tenencia. Consideramos al mismo un acertado cambio, más aún al eliminarse el cuidado unilateral como regla y al adoptarse como ésta al cuidado compartido. Consideramos acertada la incorporación de la elaboración de un plan de parentalidad, permitiéndoles a los padres no convivientes, separados o divorciados organizar todo lo necesario para la vida de los niños.

En este capítulo también se especifica lo concerniente a la obligación de alimentos, estableciendo los puntos más importantes de la actual regulación legal, como así también la mención de jurisprudencia significativa de acuerdo a lo que hoy nos acostumbramos ver: progenitores omisos al cumplimiento de la prestación de alimentos. Si bien como se puede observar en lo expresado en dicho trabajo, la obligación de alimentos es un Derecho fundamental reconocido por todas las normativas, muchas personas aún la incumplen.

En los últimos dos apartados se menciona de manera sintética lo relacionado a la incorporación de la figura del progenitor afín y la novedosa delegación del cuidado del hijo; en este caso se expresa la forma en la que las resoluciones judiciales llegan a ser precedentes de tantos cambios normativos. De este modo, se evidencia que la

legislación se vio bastante demorada en el tiempo a los avances socioculturales, pero actualmente puede apreciarse cada uno de ellos, que el legislador realizó e incorporó en este cuerpo normativo, desde lo más trascendental en la vida del niño como el cuidado compartido y la obligación de los progenitores, no solo a brindar alimentos sino también al cumplimiento de la finalidad de la responsabilidad parental.

Asimismo, encontramos reconocidos dos de los problemas más importantes que se ocasionan luego de la disolución del vínculo conyugal en relación al tema tratado: la falta de cumplimiento de la obligación de brindar alimentos y, a consecuencia directa de está en algunos casos y en otros sin relación alguna, el impedimento de contacto del niño con el progenitor no conviviente y con los familiares directos del menor de edad, como abuelos, tíos y primos. Entonces, de acuerdo a lo planteado, podemos observar que nuestro Código brinda, en gran medida, solución a estos problemas que se suscitan en las familias, acompañados muchas veces por los jueces en los fallos que dictan como los que pudimos ver en los ejemplos citados, haciendo cumplir la ley para que se respete la finalidad que el legislador le dio a la responsabilidad parental. Pero el interrogante que aquí se presenta a raíz de esto es si los jueces pueden asegurar un cumplimiento efectivo de lo que resuelven; en muchas oportunidades los problemas se siguen presentando a causa de reiterados e innumerables incumplimientos de lo establecido en sentencias judiciales, llegando a la conclusión de que el derecho de fondo posee una respetada reglamentación del tema tratado y no así el derecho de forma, no teniendo el juez ni los abogados demasiadas herramientas para hacer valer el derecho consagrado, y en el caso de existir, muchas veces son reacios a aplicarlas por no generar un trauma en el menor o de manera contraria son usadas de forma arbitraria.

Nos referimos con esto a la falta de programas o instituciones jurídicas que deberían a nuestro criterio existir, compuesta por profesionales preparados para ellos como psicólogos, asistentes sociales que puedan ayudar al cumplimiento de las decisiones tomadas por el juez. También es cierto que las causas de familias con estos problemas son infinitas y que no se puede llevar un control de cada una de ellas, pero si se pueden aplicar estos organismos de control y acompañamiento en los casos jurídicos más relevantes, tediosos y problemáticos.

Aquí dejamos a colación una situación con las cuales concordamos: hace un tiempo atrás tuvo repercusión pública un fallo inédito a cerca de esta problemática; se trata de una madre, la cual debe pagar una suma de dinero por cada día que impidió el contacto al padre de su hija, por el incumplimiento reiterado del acuerdo al que habían llegado del régimen comunicacional de la menor con el progenitor no conviviente<sup>26</sup>; Esta decisión judicial merece ser destacada por la resolución tomado de forma acertada. Y finalizando con ello, nos permitimos decir que a veces por más que se impongan distintas soluciones, las mismas no sirven de nada cuando no se tiene la voluntad de cumplir; no es favorable en la vida del niño pretender que un progenitor irresponsable realice lo acotado por la norma y por la justicia, ya que podría perjudicar aún más al hijo.

---

<sup>26</sup> Juzgado de Familia N° 3 de Corrientes “J. M. G. c S. E. Régimen de Comunicación”.-

## **5. Conclusiones finales.**

De esta forma llegamos al término del trabajo final de grado, con el objeto de resaltar la importancia de la responsabilidad parental y dar respuesta a las preguntas de investigación planteadas, a través de una larga investigación de dicho tema.

Como pudimos observar, la responsabilidad parental es una de las novedades del Código Civil y Comercial que viene a reemplazar la institución de la “patria potestad”. Consigo trajo la incorporación de otras figuras jurídicas derivadas de ella, que en buena hora vinieron a proveer solución a situaciones de la sociedad actual que anteriormente no encontraban sustento normativo, es decir, había un vacío legal. No sólo es relevante la incorporación de nuevas figuras, sino que es importante resaltar el cambio positivo de terminología de los vocablos empleados para la regulación en las relaciones de Familia; se dejaron de lado todo tipo de discriminación de género utilizando palabras que dan nombre a nuevas estructuras familiares, como es el caso de familia monoparentales o con personas del mismo sexo. A modo de ejemplo se puede mencionar el término “progenitor” que reemplazó al de “padre”. Debemos destacar además que este Código ha hecho eco de todos los cambios normativos que ya había experimentado el derecho comparado, es así que reglamenta la figura analizada; por ello se toma como fuente la legislación internacional.

En consecuencia, estamos en condiciones de decir que la responsabilidad parental es un conjunto de deberes y derechos ejercidos por ambos progenitores respecto a sus hijos menores de edad. Actualmente ha quedado atrás la “patria potestad” y la figura del “padre como patriarca de familia” para pasar los niños a ser sujetos de derechos, y la mujer ocupar una posición de igualdad respecto al hombre. Habiendo analizado en el trabajo la normativa relacionada, describiendo y pormenorizando los aspectos de dicha figura, comenzamos a desandar una regulación jurídica novedosa, esperada tanto por la sociedad, como por la doctrina y jurisprudencia, la cual nos sirvió para comenzar a dar respuesta a la pregunta final de investigación: ¿el Código Civil y Comercial de la Nación en su regulación de la figura de la responsabilidad parental logra abarcar y dar respuesta a los conflictos familiares que se dan en la vida real, específicamente cuando los progenitores terminan con su relación de pareja o no conviven?. En busca de la respuesta a la pregunta anteriormente señalada, tuvimos que

tener en cuenta los principios fundamentales de la responsabilidad parental que son los pilares sobre los cuales se basa la regulación de la misma y marcan el camino por el cual la legislación y fallos judiciales deben ir, los cuales son: el interés superior del niño; la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo; a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez; los que ha nuestro criterio deben ser ponderados equitativamente, dado que creemos que muchas veces los jueces le dan mayor relevancia a uno por sobre el resto, generando decisiones injustas que vulneran los derechos de algún progenitor pero principalmente de los niños. En lo que respecta a la finalidad de la responsabilidad está descripta con claridad en la ley, y es el interés superior del niño, en este sentido no hay nada que reclamar al legislador, ya que ha hecho realidad en este cuerpo normativo el cambio cultural de la sociedad y lo que la doctrina y jurisprudencia solicitaban, adherirse a lo prescripto por los tratados internacionales. Como mencionamos anteriormente, la incorporación de la responsabilidad parental aportó importantes novedades jurídicas, es así el caso de la titularidad y ejercicio de la misma, respecto a las cuales el Código establece distintos supuestos de ellas, diferenciando una de la otra. Aprendimos que la titularidad siempre corresponde a ambos progenitores y que el ejercicio de la responsabilidad parental puede recaer solo en uno de ellos. Es importante destacar que para ambas se encuentran excepciones.

Respecto al cuidado de los hijos, la ley adopta como regla el cuidado compartido de los niños otorgado a ambos progenitores. Este punto encuentra mayor relevancia cuando se produce el cese del vínculo conyugal de los progenitores a lo que el Código Civil y Comercial brinda distintas soluciones para lograr el acuerdo entre los progenitores. Anteriormente cuando una relación de pareja llegaba a su fin, mayormente los niños quedaban bajo la custodia de la madre siendo esta quien detentaba la “tenencia” del menor de edad y el padre tenía la obligación de pasar alimentos, estar cortos periodos de tiempo con el menor y supervisar su educación. Se marcaba como preferencia que respecto al niño menor de 5 años, su madre era quien ejercía la tenencia; hoy se ha suprimido la misma. De este modo, en el caso de cese de convivencia, la responsabilidad parental sigue siendo ejercida por ambos progenitores. Este sistema ha

democratizado las relaciones entre los adultos, ya que en forma subsidiaria pueden recurrir a la justicia brindándole la ley soluciones posibles para evitar innecesarias controversias. Si bien el cuidado personal del niño puede estar a cargo de uno de los progenitores, el otro debe cooperar y colaborar en el crecimiento del niño, y el progenitor que viva con el menor debe mantener la comunicación entre el progenitor no conviviente y el menor de edad.

Conforme a lo que establece esta regulación legal respecto a la obligación de alimentos, se da por entendido que prestar alimentos es un derecho que ambos progenitores deben cumplir, de acuerdo a la fortuna de estos. La salvedad de este código es que expresa en sus normas, en caso de falta de acatamiento, sanciones para el incumplidor.

Otra innovación positiva que se presenta en caso de padres que no conviven es la posibilidad que estos tienen de elaborar un plan de parentalidad, que les permite ordenar todo lo relativo para la crianza del niño, y que puede ser modificado de acuerdo al crecimiento del mismo. Los deberes de los progenitores además de dar alimentos, vivienda, vestimenta es acompañar el crecimiento psicofísico del niño para desarrollo de su madurez. Esto es un claro ejemplo de cómo puede evitarse un conflicto cuando los adultos tienen un buen diálogo y como norte el bienestar de su hijo, logrando acuerdos sobre el cuidado de este que se adapte a las posibilidades de todos los involucrados.

También debemos mencionar y resaltar la importancia de otra incorporación en este cuerpo legal analizada, que es la del progenitor afín, que se trata de la persona con la cual convive el progenitor, que tiene a su cargo el cuidado personal de menor y ha establecido un vínculo afectivo con el niño. Para esta figura también se establecen deberes y obligaciones, y se permite delegar en él, como en el caso de los parientes, el ejercicio de la responsabilidad parental en determinados casos excepcionales que se encuentran detallados de manera taxativa en este código. Con críticas y aciertos sostenemos que con la incorporación de esta figura el código recepta un cambio fundamental que hay en la sociedad, el cual es el hecho de existir familias ensambladas, dándoles un marco normativa a ellas, una realidad de hoy es que los hijos comparten tiempo con personas que no son sus progenitores biológicos, y en el momento que el progenitor afín trascurre con ellos debe ayudar a su crianza y desarrollo, la cual el

Derecho viene a contemplar. Sin lugar a dudas los cambios en la sociedad como la evolución a nivel de las relaciones de familias, dio inicio a un sistema normativo moderno esperado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Nuestros legisladores prestaron atención a esos cambios y dieron la solución con la reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación.

Luego de todo el recorrido hecho en la realización de este trabajo, podemos llegar al desenlace de que en varias oportunidades la legislación ha dado solución a los problemas que surgen de las relaciones de familia, instituto que ha sufrido diversas modificaciones a lo largo de las épocas. En lo que respecta al eje que tuvo como punto de partida esta investigación dedujimos con la misma que si bien el Código Civil y Comercial ha renovado el instituto y adoptado la denominación de responsabilidad parental, brindando soluciones novedosas y adquiriendo como principio el interés superior del niño, el derecho de éste a ser oído y la autonomía progresiva de su capacidad, poniendo como objetivo principal al niño, muchas veces se da que en la práctica encontramos desigualdades en el cuidado que tiene uno y otro progenitor respecto de los hijos, ya sea porque uno de ellos pone mayor énfasis que el otro o porque el conviviente no permite que el no conviviente mantenga un vínculo con el menor. Este último caso es el que hace a nuestro trabajo de investigación, el cual lo ha atravesado en todos sus aspectos, a fin de lograr una vinculación con cada uno de ellos.

Podemos observar que el legislador recepto y acato tanto el reclamo de la sociedad, doctrina como también de los magistrados, al actualizar y dar normativa que regule las relaciones de familia, entonces ¿porque aun así, siguen presentándose los mismos problemas en los tribunales de familia?, claramente esto deviene a raíz de las disputas entre progenitores en relación directa con la responsabilidad parental de estos respecto a sus hijos menores de edad luego de la disolución del vínculo conyugal, y conseguimos percibir que la falencia no se presenta en el derecho, sino que son pocos los organismos o disposiciones jurídicas que hacen efectivo el cumplimiento de las sentencias judiciales por parte de los progenitores, y a que nos referimos con ello, que las medidas tomadas por los jueces que realmente hagan cumplir a raja tabla la norma creada por el legislador, resultan ser escasas y es por ello que faltan más acciones concretas e instituciones que permitan el control de cumplimiento efectivo de las mismas. En síntesis, ante cualquier decisión que tomen los progenitores o los jueces en

las resoluciones debe hacerse de acuerdo al interés superior del niño, como dictamina la ley.

Queda claro aquí que cuando estamos ante padres separados o no convivientes son estos quienes en primer instancia, a través del dialogo, deben volcar en un plan de parentalidad todo lo concerniente al cuidado y crianza de los hijos que tenga en común, y en segundo lugar, si esto no es posible y existe desavenencias entre ellos, son los jueces los que deben mediante sus resoluciones ponderar las conductas de cada progenitor y los deseos del niño, los cuales deberán atravesar el tamiz de los principios consagrados que son el interés superior del niño, el derecho de este a ser oído y su grado de madurez, los que tienen que ser valorados equitativamente. Ante el incumplimiento de las decisiones judiciales, deberá el juez tratar de revertir esta situación, sancionando a la parte incumplidora en fin de salvaguardar el interés superior del niño. Y si las desavenencias persisten en el tiempo no es la ley la que deba modificarse sino los progenitores son los que deben adaptarse a los cambios culturales y a la normativa.

Después de todo lo expuesto de más está aclarar que la importancia de la responsabilidad parental reside en la vida de los niños, y lo que se ha tratado es dar a conocer toda las formas que plantea nuestro código para que las relaciones de familias sean lo más sanas posibles, independiente de la estructura familiar que se elija.

## **6. Bibliografía**

### **6.1. Listado de bibliografía**

#### **6.1.1. Doctrina**

- Cataldi, Myriam M. (2015). El ejercicio de la responsabilidad parental y la noción de coparentalidad. Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Ed. La Ley.

- Lorenzetti, R. (2012) “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora”, en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Bs. As., Ed. Infojus.

- García de Solavagione, A. (2016) Derecho de Familia. Córdoba. Ed. Advocatus.

- Herrera, M., Caramelo, G., Picasso, S. (2015). Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II. Buenos Aires, Argentina. Ed Infojus.

- Pellegrini, M. V. Comentarios a los art 638 al 704 del tomo II-.

- Herrera, M. (2015). Manual de Derecho de las Familias. 1ª ed. 1ª. Reimpresión. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot S.A.

- Kemelmajer de Carlucci, A; Herrera, M; Lloveras, N. (2014) Tratado de Derecho de Familia. Tomo IV. Santa Fe. Ed. Rubinzal – Culzoni.

- Lloveras, N. (2015) Practica y estrategia, Derecho de Familia. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ed. La Ley.

- Yuni, J; Urbano, C; (2003) Técnicas para investigar. Córdoba. Editorial Brujas.

#### **6.1.2. Legislación**

##### **Legislación nacional**

- Ley 26.994. Código civil y Comercial de la Nación. Artículo 638 al 704.

- Constitución Nacional Argentina.

- Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Objeto. Principios, derechos y garantías. Sistema de protección Integral. Órganos administrativos. Financiamiento.

- Ley 13.944 de Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar.

- Código Civil de la República Argentina.

- Ley 24.270 impedimento de vínculo con padre no conviviente.

### **Legislación internacional**

- Declaración Universal de Derechos Humanos.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos- Pacto San José de Costa Rica-.

- Convención sobre los Derechos del Niño.

### **6.1.3. Jurisprudencia**

- C.S.J.N. 12/06/2012 “N. N. O U., V. s. Protección y guarda de personas”.

- C.C.Com. de Azul, Sala II, “Gheri, Carlos; Weingarten, Celia y Gheri, Sebastián, / Daños y delitos en las relaciones de familia.”16/06/2009.

- Juzgado Civil 76 “G. P. A. c/ M. M. E. s/régimen de comunicación” .Buenos Aires. 24 de agosto de 2018. Publicado el 25 agosto 2018. Actualidad en Jurisprudencia del Estudio A. Beccar Varela.

- Juzgado de Familia nº 5 de Cipolletti “CH. B. E c. P. G. E. s/incidente de aumento de cuota alimentaria”. 28 de Agosto de 2018.

- Juzgado de Familia N° 3 de Corrientes “J. M. G. c S. E. Régimen de Comunicación

## ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

### AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

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

<b>Autor-tesista</b> <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Torres, Yohana Micaela
<b>DNI</b> <i>(del autor-tesista)</i>	38.750.703
<b>Título y subtítulo</b> <i>(completos de la Tesis)</i>	Relaciones de Familia  La Responsabilidad Parental
<b>Correo electrónico</b> <i>(del autor-tesista)</i>	<a href="mailto:gusyoha95@gmail.com">gusyoha95@gmail.com</a>
<b>Unidad Académica</b> <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

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

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

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

**Lugar y fecha: RÍO CUARTO, 05 DE AGOSTO DE 2019**

\_\_\_\_\_  
**Firma autor-tesista**

\_\_\_\_\_  
**Aclaración autor-tesista**

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

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

---

Firma Autoridad

---

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado