

Responsabilidad parental

Algunos aspectos trascendentales a la luz del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Saldando viejas deudas

FEDERICO P. NOTRICA⁽¹⁾
y MARIANA I. RODRÍGUEZ ITURBURU⁽²⁾



1. Introducción

En vísperas de la sanción del Proyecto de Reforma del Código Civil, en el presente trabajo pretendemos plasmar las modificaciones más sustanciales que reflejan las transformaciones y cambios socioculturales que han sucedido en la realidad social y que, acertadamente en materia de responsabilidad parental, son receptadas en el texto proyectado.

(1) Abogado especialista en Derecho de Familia (UBA). Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA) —concluida, tesina en elaboración—. Ayudante de 2ª en la Materia "Derecho de Familia y Sucesiones", cátedra del Dr. Gustavo Bossert (titular) y la Dra. Marisa Graham (adjunta), Facultad de Derecho, UBA.

(2) Abogada especialista en Derecho de Familia (UBA), Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA) —concluida, tesina en elaboración—. Ayudante de 2ª en la materia "Derecho de Familia y Sucesiones", cátedra del Dr. Gustavo Bossert (titular) y la Dra. Marisa Herrera (adjunta), Facultad de Derecho, UBA. Integrante del equipo coordinado por la Dra. Marisa Herrera Proyecto de Investigación UBACyT 2012-2014, "Procreación Asistida", Facultad de Derecho (UBA).

A partir de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN), ratificada por nuestro país e incorporada a la Constitución Nacional en su reforma de 1994 (ver art. 75, inc. 22 CN) y puesta la mirada en el derecho de familia constitucionalizado, universalizado y humanizado —tal como lo solía denominar Germán Bidart Campos—, desde hace unos años nos encontramos frente a una necesidad, una deuda pendiente, de modificar, adaptar nuestras leyes de infancia y de familia a la luz de los derechos humanos.

Lo cierto es que, hoy, el derecho de familia pone el acento a favor de la persona como integrante de relaciones jurídicas familiares y hace hincapié en la vida íntima familiar y el desarrollo autónomo de sus miembros en un marco de libertad e igualdad.

En este escenario de “democratización de las relaciones familiares”, y a la luz de principios constitucionales-internacionales tales como el reconocimiento de los niños como sujetos de derecho, el consecuente principio del interés superior del niño y la autonomía progresiva de niños y adolescentes, es que el vínculo entre padres e hijos deja de girar en torno a la noción de “potestad” o “poder” para que empecemos a hablar de “responsabilidad”.

A continuación, brevemente, analizaremos todos los cambios que propone el Proyecto de Reforma del Código Civil que, tal como hemos dicho, no hace otra cosa que plasmar la realidad social, las voces doctrinarias y las construcciones jurisprudenciales que han nutrido y enriquecido al derecho en esta materia, durante estas últimas décadas.

2. Consideraciones preliminares

2.1. Nueva conceptualización. Cuando el lenguaje no es neutral

Como punto de partida, y antes de comenzar el análisis de estos cambios previstos en materia de responsabilidad parental, es menester destacar la imperiosa necesidad de adecuar la terminología como colorario de la visión constitucionalizada del derecho privado. Los mismos fundamentos del Proyecto hacen especial hincapié en que “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...”.

Ya lo decía Elizabeth Jelin, el lenguaje no es neutral y en esta mirada abierta, humanizada del derecho de familia corresponde adaptar aquellos términos que hacen al instituto para que así capten el interés protegido: el hijo y sus derechos.

Este reemplazo obedece a que el viejo concepto de **patria potestad** llevaba ínsita la idea de los hijos como **objeto de protección** y no como **sujetos de derecho** en desarrollo. Ello, sin dejar de tener en cuenta el vínculo verticalista o de poder de los padres sobre los hijos.

Voces doctrinarias⁽³⁾ hace tiempo ya denunciaban que el término "patria potestad"⁽⁴⁾ se encontraba perimido, pues aludía a un tipo de relación entre padres e hijos bien alejado de la actual que se sustenta en el principio de democratización de la familia y de la concepción de los niños como sujetos plenos de derechos.

En este mismo sentido, nuestra maestra Cecilia Grosman,⁽⁵⁾ advertía: "detenernos en los vocablos es cooperar en la transformación de las creencias y como resultado influir en las actitudes y comportamientos. Por lo tanto, es preciso bregar por la incorporación de designaciones más apropiadas a su real significación histórica y vital, ya que las que aún subsisten no resultan ser sus intérpretes legítimos".

Con más fuerza se ha pregonado el reemplazo de la vetusta noción de "patria potestad" por el de "responsabilidad parental", en conformidad con el art. 5° CDN que alude, en primer término, a las "responsabilidades" de los padres y, más aun en el ámbito nacional, el art. 7° de la ley 26.061,⁽⁶⁾ nos refiere a la "responsabilidad familiar".⁽⁷⁾

(3) FAMÁ, MARÍA VICTORIA y HERRERA, MARISA, "Crónica de una ley anunciada y ansiada", en ADLA 2005-E, 5809.

(4) Etimológicamente, la palabra "potestad" proviene del latín "potestas", que significa dominio, poder, jurisdicción que se tiene sobre algo. Actualmente, la esencia de este instituto no es el poder sobre los hijos sino la función de acompañamiento en su crecimiento.

(5) GROSMAN, CECILIA, "El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿utopía o realidad posible?", en Kemelmajer de Carlucci, Aída y Pérez Gallardo, Leonardo B., *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 182.

(6) Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, sancionada el 28/09/2005, promulgada el 21/10/2005 y publicada el 26/10/2005.

(7) Incluso cabe mencionar que en el derecho comparado, y a modo de ejemplo, el Reglamento del Consejo Europeo n° 2201/03 del 27/03/2003 (comúnmente conocido como *Nuevo*

Claramente, observamos que este reemplazo no solo es terminológico, sino que focaliza la transformación de fondo que se ha sucedido en la vida y en la dinámica intrafamiliar, particularmente en la relación y vínculo entre padres e hijos, como también en los fines y alcances de la institución en análisis a la luz de la doctrina internacional de los derechos humanos.

3. Responsabilidad parental

3.1 Definición y alcances de la responsabilidad parental

El Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño entiende a la responsabilidad parental como un instituto previsto para la formación integral, protección y preparación del niño para “el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad” y para “estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad”. No solo incluye las funciones nutricias (alimento, sostén y vivienda), sino también las funciones normativas, esto es, aquellas tendientes a la educación, diferenciación y socialización.

Esta noción permite visualizar a dicha figura como una función de colaboración, orientación, acompañamiento e, incluso, contención, instaurada en beneficio de la persona menor de edad en desarrollo para su formación y protección integral.

Ahora bien, para saber dónde estamos y hacían dónde vamos, es importante saber de dónde venimos. Es por ello, que creemos interesante hacer un breve repaso de la evolución del concepto de patria potestad —hoy responsabilidad parental—, sobre todo porque también marca cómo se han producido los cambios que hoy nos llevan a reformar nuestro ordenamiento jurídico.

Es interesante señalar que la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación⁽⁸⁾ ha destacado oportunamente que la patria potestad es una verdadera función social que los padres deben desempeñar en orden a la

Bruselas II) referente a la “Competencia, el Reconocimiento y la Ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental” y el Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia del año 2006 (ver art. 14) que aluden, ambos, a la “responsabilidad parental”.

(8) Ver Dictamen de la Procuración General de la Nación que la Corte por mayoría hace suyo, sentencia del 29/4/2008, en LL 2008-C-540.

humanización de los hijos, con la pertinente garantía del Estado. El niño es una persona en continuo desarrollo que poco a poco va forjando su propia identidad.⁽⁹⁾

En este contexto, la reforma propuesta adaptó la institución a las exigencias sociales y a la tendencia dominante en el derecho comparado, al remplazarse el sistema vertical creado por el codificador, por un sistema que plantea, en términos horizontales, la relación entre todos los miembros de la familia, fundado en principios de libertad, igualdad y solidaridad, afianzando la “democratización de las relaciones de familia”, siendo esencialmente la que involucra el lazo entre padres e hijos.

Los niños y adolescentes son sujetos de derecho, diferentes a sus padres; participan de manera activa, e interactúan con los adultos de un modo democrático y no autoritario, fundado en el miedo y la sanción.

Paralelamente, y también en beneficio de los hijos y en su interés superior, el texto proyectado iguala la jerarquía de los progenitores en el involucramiento sobre la vida de sus hijos, previendo que la responsabilidad parental sea ejercida por **ambos** progenitores y, tal como veremos en este trabajo, revalorizando el **principio de coparentalidad**.

De esta forma, el concepto de responsabilidad parental proyectado en la reforma se integra con la CDN (en especial, el art. 18) y con lo previsto en el art. 7 de la ley 26.061, en tanto dispone que “el padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos”.

Esta denominación se relaciona directamente con la idea de contención y acompañamiento que los progenitores ejercen en interés de los hijos, teniendo como límite el principio de su autonomía progresiva. Y se rige por los principios generales expresamente enumerados (ver art. 639): 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. Este cambio en el paradigma que introduce en el derecho interno la CDN al instalar la doctrina de la protección integral, exige el reemplazo del tér-

(9) RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *El interés del menor*, Madrid, Dikynson, 2000, p. 111.

mino “tenencia”⁽¹⁰⁾ por “cuidado personal del hijo”, siendo éste uno de los grandes aciertos receptados en la reforma del Código en cuestión.

La reforma regula las distintas figuras legales que compromete la responsabilidad parental: a) la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental; b) el cuidado personal del hijo por los progenitores; y c) la guarda otorgada por el juez a un tercero.

3.2. Titularidad y ejercicio de la responsabilidad

En primer lugar, debemos distinguir entre la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental. Mientras que la titularidad refiere al conjunto de deberes y derechos que los progenitores tienen en su carácter de representantes legales, el ejercicio se traduce en la puesta en práctica de aquéllos.

La novedad que el Proyecto introduce —y que se corresponde con la tendencia que desde hace tiempo defiende un sector importante en la doctrina, que se encuentra reflejada en la labor jurisprudencial— es el haber consagrado el ejercicio compartido, después del cese de la comunidad de vida,⁽¹¹⁾ a diferencia del sistema actual que solo contempla el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental o “patria potestad” cuando los padres conviven,⁽¹²⁾ tal como se expondrá seguidamente.

(10) La noción de “tenencia” es propia de los derechos reales, coherente con la doctrina internacional de los derechos humanos y, en lo que aquí nos interesa, con el paradigma de la **protección integral** de los sujetos menores de edad, se reemplazó este término por uno que facilitara la tarea de transmitir su significado actual en un lenguaje llano y coloquial.

(11) En total concordancia con el art. 16.1 de la Convención de Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (conocida por sus siglas en inglés de CEDAW), cuando dispone que “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres (...) c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial...”.

(12) Nuestra legislación actual privilegia el principio de la “tenencia” (término que utiliza nuestra normativa) única cuando los padres se separan o divorcian. Será el que conviva con el hijo el que ejerza la patria potestad. Ello implica un juicio de valor respecto de la titularidad y del ejercicio a favor de ambos padres, ya que se fuerza una elección entre el padre y la madre, en el caso que no vivan juntos. Esta opción la pueden realizar los propios interesados o el juez en caso de desacuerdo. La legislación no contempla otras formas de ejercer la tenencia, lo que lleva a buscar en la doctrina y alguna jurisprudencia la manera de instalar el tema de la patria potestad compartida a través de sentencias, comentarios o artículos de doctrina.

3.3. Ejercicio de la responsabilidad parental

Partiendo desde la obligada perspectiva constitucional-internacional, el art. 641 enumera diferentes situaciones fáctico-jurídicas que se pueden presentar en el vínculo entre padres e hijos que definen quién o quiénes ejercerán la responsabilidad parental sobre el hijo.⁽¹³⁾

En este sentido, expresamente se prevé que el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde:

- a. **En caso de convivencia con ambos progenitores, a éstos.** Aquí, se mantiene el sistema sobre el cual se edifica la regulación referida al ejercicio de la responsabilidad parental cuando un niño tiene doble vínculo filial —con total independencia de la orientación sexual de los adultos— es la convivencia. De este modo, existiendo doble vínculo filial y convivencia, se aplica el principio que establece la actual ley 23.264: el ejercicio de la responsabilidad está en cabeza de ambos progenitores y los actos que realiza uno se presumen que cuenta con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos contemplados en el art. 645,⁽¹⁴⁾ o que medie expresa oposición.
- b. **En caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores.** Es sabido que la política legislativa y social destinada a la regulación de las relaciones entre padres e hijos menores de edad durante, pero en especial, después del cese de la convivencia; o en el caso de los padres extramatrimoniales, cuando nunca han convivido con alguno de ellos, tiene una gran trascendencia jurídica y social por el impacto que provoca en la crianza y vida cotidiana de muchos niños y adolescentes. Quienes ejercen la responsabilidad parental sobre los hijos según la situación fáctica y jurídica que se presente, es materia de interés en toda regulación relativa al vínculo entre padres e hijos debiéndose implementar un adecuado sistema de protección que garantice a niños y adolescentes las condiciones necesarias para su desarrollo, como así también para alcanzar un trato amplio y fluido con ambos padres, manteniendo y fortaleciendo el vínculo jurídico y afectivo ellos, no obstante la falta de vida en común, a través de esta noción de coparentalidad. Responde a la manda dispuesta en los arts. 5° y 18 CDN y los arts. 3°, 7° y 11 de la ley 26.061. El propósito es que si durante la convivencia los padres ejercían de manera indistinta los diferentes actos de la vida cotidiana de sus hijos, este continúe siendo el régimen legal que opere también después de la ruptura. Básicamente, quiere decir que el cese de la convivencia, en relación a los hijos, tenga la menor incidencia jurídica posible.⁽¹⁵⁾ Este régimen legal a tono con el

(13) Ver art. 641 CC proyectado.

(14) El art. 645 nos remite a los actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores.

(15) En derecho comparado, y a modo de ejemplo, este fundamento lo exhibe expresamente la ley catalana 25/2010 del 29 de julio en vigencia desde el 01/01/2011 que reformó el Libro

principio de igualdad que imponen varios instrumentos internacionales de derechos humanos es también seguido por varias legislaciones extranjeras, entre las cuales podemos mencionar el Código Civil francés (art. 372.2), el Código Civil italiano (art. 155) y en la región, el Código Civil brasileiro (arts. 1583 y 1584, según ley 11.698 del 2008), el Código de Familia de El Salvador (art. 207) y el Código Civil de Paraguay (art. 70), entre otros. Esta modificación, además de tener un claro fundamento constitucional-internacional, es aceptada con mayor beneplácito tanto en la doctrina⁽¹⁶⁾ como en la jurisprudencia nacional.⁽¹⁷⁾ En suma, este cambio que se propone, mantiene el ejercicio compartido de la responsabilidad parental. Es decir, no solo se comparte la titularidad sino también, por principio, el ejercicio.⁽¹⁸⁾

- c. **En caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, al otro.** El principio general es que ante el fallecimiento, ausencia, privación de la responsabilidad o suspensión del ejercicio, el ejercicio de la responsabilidad parental está en cabeza del otro progenitor, siendo quien, además, ostenta de manera unilateral o única, la titularidad de la responsabilidad parental.
- d. **En caso de hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial, al único progenitor.** En este supuesto, el de niños sólo con una filiación, no hay modificación alguna, ya que se mantiene el sistema por el cual tiene el ejercicio de la responsabilidad aquél que también posee la titularidad de manera única. Si bien este es el principio general, también cabe aquí llevar adelante una

Segundo dedicado a las relaciones familiares de su Código Civil de Familia, al disponer en el art. 233-8, referido a la "Responsabilidad parental", que: "La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el art. 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente".

(16) Tantísimas son las voces doctrinarias a favor de la mal llamada "tenencia compartida". Como síntesis de ellas citamos a Cecilia Grosman por haber sido la primera autora que ha instalado y profundizado el tema a través de varios estudios, pero en el que destacamos por ser uno de los más completos: GROSMAN, CECILIA P., *op. cit.*, p. 179 y ss.

(17) Para tener un panorama sobre el desarrollo jurisprudencial referido al tema, profundizar en GUILASASTI, JORGELINA, "Los jueces frente a la tenencia compartida", en *Microjuris*, 23/07/2008, MJ-DOC-4102-AR | MJD4102. y fallos más recientes como Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, "B., D. G. c/ V., J. R.", 13/05/2009, en *LL Litoral*, agosto de 2009, p. 813; Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Azul, Sala II, "A., S. c/ T., M. C. y su acumulado", 16/06/2009, en *LLBA*, julio de 2009, p. 652; Cám. Nac. Civ., Sala H, "V. Q., M. E. c/ K. N. A.", 31/05/2010, en *La Ley Online*, cita online: AR/JUR/28227/2010; Sup. Corte de Bs. As., "A. S. c/ T. M. C. s/ tenencia y su acumulada", 09/12/2010, en *Microjuris*, MJ-JU-M-63552-AR | MJJ63552.

(18) Quiérase advertir como contrapartida que el régimen actual de la ley 23.264, ante la ruptura de la pareja (matrimonial o no) de los padres, recepta un régimen uniparental, quedando en cabeza de uno de los padres el ejercicio de la responsabilidad parental y dejándole al otro un lugar secundario mediante el correspondiente derecho de comunicación y deber de control del ejercicio que desarrollaba el progenitor "principal".

necesaria interpretación sistémica a la luz de lo dispuesto en los arts. 674 y 675. El primero, relativo a la facultad de un progenitor de delegar en determinados supuestos el ejercicio de la responsabilidad parental sobre su hijo en su pareja —matrimonial o no— con quien el niño convive y tiene un fuerte lazo afectivo. El segundo articulado, el ejercicio de la responsabilidad parental conjunta entre el único progenitor y su pareja, también con las previsiones y limitaciones que establece el art. 675.

- e. **En caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, al otro progenitor.** El otro supuesto especial de hijos extramatrimoniales —cuyo segundo vínculo filial es determinado judicialmente— observa algunas modificaciones con respecto al ordenamiento vigente. El principio general es que cuando un niño tiene un vínculo filial por decisión judicial, el ejercicio de la responsabilidad parental queda en cabeza de quien ya tenía lazo filial. Esta afirmación no surge así de clara del texto actual, tan es así que al respecto Zannoni advierte que: “el problema aparece cuando la madre ha reconocido voluntariamente al hijo y posteriormente se dicta sentencia que establece la paternidad. En tal caso, ¿concurren ambos al ejercicio de la patria potestad o sólo la tiene la madre?”.⁽¹⁹⁾ En este sentido, se esgrimieron dos posturas. La que considera que el ejercicio otorgado por el inc. 6° del art. 264 era a la madre o padre por decisión judicial en el supuesto de que ninguno lo hubiera reconocido voluntariamente, o la que entendía que no obstante el vínculo con el padre sea por sentencia judicial ante la falta de reconocimiento —voluntario, claro está— ambos debían tener el ejercicio de la patria potestad. El texto proyectado recepta como principio la primera interpretación pero habilita, en el interés del hijo, la segunda postura. Es decir, recepta un sistema más flexible y amplio, acorde con los diferentes supuestos que puedan darse en la realidad social, cada vez más compleja.⁽²⁰⁾

3.3.1. Delegación del ejercicio

Asimismo, y teniendo en cuenta diferentes situaciones de la realidad social, con gran acierto, se incorpora la posibilidad de delegar el ejercicio de la responsabilidad parental, sea otorgado a un pariente mediante un

(19) ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho de Familia*, tomo 2, Bs. As., Astrea, 2012, p. 721.

(20) Veámoslo de esta manera, por el principio de realidad, la mayoría de las veces cuando el emplazamiento filial se deriva de una sentencia judicial, después de un largo proceso en el que el presunto padre era reticente a hacerse cargo de su hijo y por eso no procedió a reconocerlo, en el interés del niño, es más beneficioso que el ejercicio de la responsabilidad parental quede en quien ya lo venía ejerciendo: la madre con quien ya el niño tenía vínculo filial. Sin embargo, y en atención a la complejidad y amplitud de situaciones fácticas que pueden darse, se flexibiliza este principio al permitir que, en determinados casos, los progenitores acuerden o el juez decida, el ejercicio conjunto y las modalidades en que éste puede desarrollarse.

acuerdo celebrado entre éste y los progenitores siempre que el interés superior del niño o adolescente así lo exija y por razones suficientemente justificadas, sin perjuicio de la delegación que se prevé expresamente en el proyectado art. 674 para el progenitor afín. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades.

De esta manera, los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades.

4. Deberes y cuidados

4.1. Deberes de los progenitores

Tal como venimos refiriendo, la dinámica y la lógica familiar de la sociedad de hoy:

“se funda en una concepción democrática donde el ejercicio de las responsabilidades parentales relativas al cuidado y la educación de los hijos/as es más abierta, participativa y plural, y por sobre todo, horizontal en tanto todos/as los/as integrantes de la familia son sujetos que requieren igual consideración, atención y respeto, de acuerdo a sus particulares necesidades, capacidades y habilidades”.⁽²¹⁾

En este contexto, el Proyecto de Reforma establece los principales deberes que se imponen a los progenitores en el marco del ejercicio de la responsabilidad parental.

En primer lugar, se destaca el deber de cumplir con la función de cuidado de su hijo, debiendo vivir con él, amén de satisfacer todas sus necesidades alimentarias y educarlo.

(21) HERRERA, MARISA y SPAVENTA, VERÓNICA, “Vigilar y castigar...: El poder de corrección de los padres”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año X, pp. 63/85.

En segundo término, la obligación de reparar en las demandas específicas con las que la descendencia cuenta, de conformidad con las características que ésta muestre en el plano psicofísico, sus habilidades y su desarrollo madurativo. La necesidad de que los progenitores escuchen y tengan debidamente en cuenta la opinión de sus hijos, confiriéndoles un espacio para participar en su proceso educativo, así como también en todo lo que concierne al ejercicio de sus derechos personalísimos. De igual forma, les cabe prestar orientación y guiarlos para el ejercicio y efectividad de los derechos que titularizan, hallándose igualmente obligados a respetar y allanar la potestad legalmente reconocida de mantener un adecuado contacto en forma personal y periódica con sus abuelos, otros parientes, o bien incluso con personas con las que hayan forjado un vínculo afectivo.

Por último, se exige de los progenitores cumplir con la función de representación del hijo en las cuestiones patrimoniales que lo involucren, encontrándose compelidos de idéntica forma a administrar el conjunto de bienes de su titularidad.

Tal como se vislumbra, el sistema proyectado modifica sustancialmente al régimen de hoy, por otro totalmente diferente, auspiciado por la noción de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes, que se evidencia no solo en la modificación de la terminología, sino que además el contenido de ella sufre una transformación de raíz, la cual gira sobre la idea de función de guía, asistencia y acompañamiento por parte de los padres hacia sus hijos para que estos estén plenamente preparados para una vida independiente en sociedad.

4.2. Prohibición de malos tratos

Otra de las modificaciones sustanciales que trae consigo el Proyecto de Reforma es la prohibición del castigo corporal en cualquiera de sus formas, como así también, de los malos tratos y/o cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños, niñas o adolescentes.

Adicionalmente, y como instancia complementaria y de asistencia en el ejercicio de la función parental,⁽²²⁾ se les reconoce a los progenitores

(22) La regulación en análisis es el resultado de un largo y arduo camino en el reconocimiento de los niños como sujetos de derecho, entre ellos, del derecho a la integridad y dignidad siendo estos derechos humanos un puntal en la lucha por la erradicación del maltrato infantil. Veamos que, durante muchos años, un destacado grupo de autores de nuestro

la facultad de acudir hacia los servicios de orientación organizados en la órbita estatal a efectos de requerir asistencia en el cumplimiento de los deberes que la legislación pone en su cabeza.

El repudio es expreso y enfático, quedando desterrada la violencia como herramienta disciplinaria o correctiva en el marco de las relaciones paterno-filiales, englobándose dentro de este concepto a todo acto lesivo de la integridad personal, moral o psicológica y dignidad de las niñas, niños y adolescentes.⁽²³⁾

4.3. Deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos

4.3.1. Cuidado personal. Consideraciones generales

A los deberes y las facultades de los progenitores respecto de la relación e interacción en la vida cotidiana con los hijos, el Proyecto los denomina "Cuidado personal" y los contempla en los arts. 648 y ss.⁽²⁴⁾

En las legislaciones modernas, y en concordancia con la obligada perspectiva constitucional-internacional, se utilizan otras denominaciones, como

medio legal pugnó por la exclusión de la disposición aludida de toda forma de maltrato, castigo o acto que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños, propósito que fue finalmente alcanzado con la redacción que la ley 23.264 dispusiera para ella, marcando así un punto de inflexión en materia de los derechos de la infancia. De ese modo es que la norma pasó a quedar redactada de la siguiente manera: "Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos menores. El poder de corrección debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores. Los jueces deberán resguardar a los menores de las correcciones excesivas de los padres, disponiendo su cesación y las sanciones pertinentes si correspondieren".

(23) Es dable recordar que en la actualidad, la postura de nuestro Código Civil, incluso en su versión de la ley 23.264, admite un derecho a la corrección que debe ser "moderada y razonable". En esta postura, no hay manera de entender que se prohíba el castigo físico, aun con el agregado de 1985: "... Debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos, etc.", cuando lo único que está previendo con ello son límites a ese castigo. Coincidimos con las Dras. Cecilia Grosman, Silvia Mesterman, Marisa Herrera y Verónica Spaventa, quienes en enjundiosos trabajos sobre el tema han considerado que el art. 278 CC admite, de modo implícito, como medio educativo, la producción de un daño físico a los hijos. Véase, para ampliar el tema, GROSMAN, CECILIA P. y MESTERMAN, SILVIA, *Maltrato al menor: El lado oculto de la escena familiar*, Bs. As., Ediciones Universitarias, 1992, p. 72; HERRERA, MARISA y SPAVENTA, VERÓNICA, *op. cit.*, pp. 63/85. En igual sentido legislan Panamá, El Salvador, Chile, Costa Rica, Colombia, Cuba, Honduras y Brasil, entre otros.

(24) El cuidado personal es el concepto y contenido que viene a reemplazar el tan criticado término de "tenencia" que, de manera acertada, se ha esgrimido sobre la base de la idea de que el lenguaje no es neutro.

son “convivencia con el hijo” o “residencia habitual del hijo”. La reforma ha considerado que el término “cuidado personal” es el más preciso.

En el contexto normativo, tratándose de niños con doble vínculo filial, los progenitores pueden:

1. tener la titularidad de la responsabilidad parental y, a su vez, el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental y también el cuidado personal compartido —en cualquiera de sus modalidades que se distinguirán más adelante—;
2. tener la titularidad y el ejercicio compartido de la responsabilidad parental compartida pero el cuidado unipersonal unilateral; o
3. también la titularidad conjunta pero el ejercicio de la responsabilidad parental y el cuidado personal ser ambos de tipo unilateral o unipersonal. Lo que no sería jurídicamente viable es el ejercicio de la responsabilidad parental unilateral y el cuidado personal compartido.

4.3.2. *Cuidado personal. Modalidades. Alternado e indistinto*

El Proyecto se nutre, entre otras fuentes, de los tratados internacionales de derechos humanos, y en el fuerte impacto que éstos han tenido en las relaciones de padres e hijos. Observemos que su exposición de motivos nos dice:

“... Se respeta la libertad de los padres para decidir cómo organizar la convivencia con el hijo, pero además orienta al juez en que la regla debe ser la custodia compartida bajo la modalidad indistinta; en este sentido, sigue la tendencia prevaleciente en el moderno derecho de familia comparado tal como surge de la legislación vigente en España, Bélgica, Inglaterra y Gales, Italia, República Checa, Suecia, diversas jurisdicciones de los Estados Unidos, Uruguay etc.”.⁽²⁵⁾

(25) Veamos otros ejemplos del derecho comparado que marcan la tendencia creciente a que la separación de los padres no altere los postulados de la corresponsabilidad. Así, por ejemplo, regulan la patria potestad compartida frente a la no convivencia el art. 207 del Código de Familia de El Salvador, el art. 70 del Código de la Niñez y Adolescencia del Paraguay, el art. 21 del Estatuto del Niño y Adolescente de Brasil en concordancia con los arts. 1631 y 1632 del Código Civil, el art. 373.2 del Código Civil francés (‘La separación de los padres no incide sobre las reglas de atribución del ejercicio de la autoridad parental’) y el art. 156 del Código Civil español, con matices (‘La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro’) (Sup. Corte de Bs. As., “B. G. S. c/ M. G., R. A. s/ incidente de modificación de régimen de visitas”, 05/12/2007, en *Microjuris* 18154). Asimismo, es importante destacar que en los últimos años,

Ahora bien, define las modalidades del cuidado personal estableciendo que el cuidado alternado es aquel en el que el hijo pasa períodos con cada uno de los progenitores, mientras que en el cuidado indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de ellos, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.

Si bien manifiesta que ese cuidado puede ser ejercido por uno de los padres o por ambos, cuando éstos no conviven (art. 649) se privilegia el cuidado personal compartido en toda la normativa.

Asimismo, en cuanto a sus modalidades, consagra que este último puede ser alternado o indistinto (art. 650).

En una palabra, se establece como regla general el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo (art. 651), regulando así el texto proyectado que, en caso de que sea atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo⁽²⁶⁾ (art. 652), e imponiendo a cargo de los progenitores el deber de informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y sobre otras relativas a la persona y bienes del hijo⁽²⁷⁾ (art. 654).

tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la Organización de las Naciones Unidas apelan a la custodia compartida como una vía de igualdad y protección de los derechos del niño.

(26) Si bien la ley prefiere el cuidado personal compartido en modalidad indistinta, lo cierto es que en ciertos supuestos fácticos ello no es posible, o incluso, los propios progenitores acuerdan que el cuidado sea unipersonal, en el marco de un ejercicio de la responsabilidad parental compartida o también unilateral. En este caso, y por el reiterado valor pedagógico de la norma, la ley consigna un piso mínimo de comunicación entre el hijo y el progenitor no conviviente. A la luz de la necesaria perspectiva sistémica que prima en las problemáticas familiares, el deber de comunicación fluida que recepta la reforma está en total consonancia con el derecho humano de que todo niño mantenga vínculo con ambos progenitores con la misma intensidad o de manera igualitaria y en el supuesto de que ello no sea factible, promoviéndose un mínimo de contacto y comunicación entre el niño y el progenitor no conviviente.

(27) El deber mínimo de informar por parte de cada uno de los progenitores sobre aquellas cuestiones que hacen a la vida cotidiana de los hijos. Si bien, de manera especial, se trata de una obligación a cargo del progenitor conviviente, lo cierto es que, en definitiva, lo es para ambos. El deber de información al otro progenitor sobre incumbencias básicas de los hijos se deriva del derecho humano de todo niño a mantener vínculo con ambos padres.

Queda claro, entonces, que el cuidado unipersonal es una opción de excepción. A este sistema se puede arribar por acuerdo o por decisión judicial. En este último supuesto, la ley brinda las pautas que debe tener en cuenta el juez para atribuir el cuidado personal a uno u otro progenitor, siempre destacándose un mínimo de participación de aquél a quien no se le atribuye el cuidado personal. En suma, el desarrollo doctrinario⁽²⁸⁾ y la labor jurisprudencial⁽²⁹⁾ que se han generado en los últimos años auspiciando el cuidado personal compartido, son receptados en la reforma de manera integral, con reglas claras y precisas; incluso, introduciendo definiciones de cuáles son las modalidades que involucran el cuidado personal compartido y más aún, inclinándose o prefiriendo uno de ellos: el indistinto.

Otra innovación muy importante que se incorporara a nuestro sistema normativo es la posibilidad de que los padres puedan presentar un plan de parentalidad (art. 655) en relación al cuidado del hijo, consignando las modalidades y las responsabilidades que cada uno de ellos asume en su crianza, el régimen de vacaciones y otras fechas significativas para la familia, así como también el régimen de relación y comunicación cuando el hijo conviva con el otro progenitor. Va de suyo que este plan puede ser modificado en las diferentes etapas de la vida del niño y de acuerdo a las necesidades del grupo familiar.

(28) GROSMAN, CECILIA, "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", en *Revista Jurídica La Ley*, Bs. As., 1984-B, p. 806; evita que existan padres periféricos; posibilita que el menor conviva con ambos padres; reduce problemas de lealtades y juegos de poder (CHECHILE, ANA M., "Patria potestad y tenencia compartidas luego de la separación de los padres: desigualdades entre la familia intacta y el hogar monoparental", en *Jurisprudencia Argentina*, 2002-III-1308); la idoneidad de cada uno de los padres resulta reconocida y útil; fomenta una mayor y mejor comunicación entre padres e hijos (MEDINA, GRACIELA y HOLLWECK, MARIANA, "Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como alternativa frente a determinados conflictos familiares", en *Revista Jurídica La Ley*, Bs. As., 2001-1425); el hijo se beneficia con la percepción de que sus padres continúan siendo responsables frente a él (SCHNEIDER, MARIEL, "Un fallo sobre tenencia compartida", en *Revista Jurídica La Ley*, Bs. As., 2001-1443); se compadece más con el intercambio de roles propio de la época actual (MIZRAHI, MAURICIO L., *Familia, matrimonio y divorcio*, Bs. As., Astrea, 1998, p. 422) "... [y se] promueve y alienta la participación del hombre y la mujer en pie de igualdad en lo que se refiere a la crianza de los hijos, generando así una mayor equidad genérica en el interior de la familia" (ZALDUENDO, MARTÍN, "La tenencia compartida: Una mirada desde la Convención sobre los Derechos del Niño", en *DJ*, 2006-3-476).

(29) Sup. Corte de Bs. As., "P., L. O. v. R., M.", 21/06/2012, en Abeledo-Perrot *on line* N°: AP/JUR/1922/2012; Sup. Corte de Bs. As., "B., G. S. c/ M. G., R. A.", 05/12/2007, en *LLBA*, febrero de 2008, p. 50 y *LLBA* mayo de 2008, p. 367; Cám. Nac. Civ., Sala E., "H., N. G. c/ F., G. H.", 09/06/2006, en *DJ* 09/08/2006, p. 1042; Cám. de Apel. Civ. y Com. de Azul, Sala, 08/05/2003, en *LLBA*, 2003-998 AR/JUR/1605/2003.

4.4. Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores

El art. 645 proyectado regula los actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores. En tal sentido, establece que, si el hijo tiene doble vínculo filial, se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para los siguientes supuestos:

- a. autorizar a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio;
- b. autorizarlos para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad;
- c. autorizarlos para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero;
- d. autorizarlos para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí;
- e. e) administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto en este Capítulo.

Vale advertir que, en todas estas cuestiones, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar (en sentido análogo al art. 264 *quater* del Código Civil hoy vigente). Es muy importante tener presente que, en todos estos casos, se requiere el consentimiento expreso de los hijos adolescentes, cuando ellos son los involucrados.

5. Guarda a un tercero

Ahora bien, el Proyecto subsana en el proyectado art. 657 la carencia actual de nuestra legislación y otorga efectos jurídicos a situaciones que se dan en los hechos y que no están previstas por el derecho.

En tal sentido, cuando exista un supuesto de gravedad tal que el niño no pueda vivir con sus padres, el juez podrá otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código.

Se deberá tener en cuenta que, si bien el guardador está facultado para tomar las decisiones atinentes a la vida cotidiana, la responsabilidad parental queda en cabeza de los progenitores, que conservan los derechos y las responsabilidades de esa titularidad y ejercicio (art. 657, último párrafo).

6. Alimentos

El capítulo 5 (arts. 658 a 670) regula la obligación de alimentos de los progenitores para con sus hijos, hacia quienes se establece que tienen la obligación y el derecho de criarlos, alimentarlos y educarlos, conforme su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos.

Para no sobreabundar, remitimos este acápite al interesante artículo de Osvaldo Felipe Pitrau, que se encuentra en este mismo libro.

7. Aspectos patrimoniales de la responsabilidad parental

En consonancia con los cambios que relatamos en el aspecto personal, se observan avances significativos en el aspecto patrimonial y que responden básicamente al principio de autonomía progresiva. Así, en los arts. 677, 678,⁽³⁰⁾ 679, 684 y 690, en algunos casos se presume que existe “autonomía suficiente” y, en otros, ese grado de “madurez suficiente” será necesario determinarlo. Una muestra de esto, se refleja en la decisión de derogar el usufructo paterno. Como se expresa en los Fundamentos del Anteproyecto: “... 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...”.

El Proyecto sienta expresamente el principio de administración común de ambos progenitores, independientemente de que el cuidado del hijo sea unilateral o compartido (art. 685). De esta forma, se pone fin a la dualidad de interpretaciones que habilita la redacción del párr. 1º, art. 294 CC vigente.

Se reiteran las disposiciones que refieren a los bienes excluidos de la administración de los padres. Asimismo, se mantienen los supuestos de actos de administración prohibidos —a los que el art. 689 del Proyecto nomina “contratos prohibidos”— y la posibilidad de delegación de la administración en uno de los padres.

Como novedad, es dable destacar que se incluye la posibilidad de que el juez pueda designar como administrador a un tercero para el supuesto de desacuerdos reiterados de los padres respecto de la gestión patrimonial de sus hijos (art. 688).

(30) En este supuesto, téngase en cuenta que si el juez considera que hay madurez suficiente, previa audiencia del oponente y el Ministerio Público, podrá autorizarlo para iniciar juicio civil aun con oposición de sus padres.

Tal como lo hemos dicho, y a la luz del reconocimiento explícito del principio de capacidad progresiva de los hijos que recorre toda la regulación de las relaciones familiares en el Proyecto, en materia de gestión patrimonial se prevé la obligación de los padres de informar a los hijos, que cuenten con la edad y el grado de madurez suficiente, acerca de los contratos que, en su nombre, celebren con terceros en los límites de su administración (art. 690).

Conforme lo citado anteriormente, en el art. 697 se introduce una innovación que merece especial atención, como es la derogación del usufructo paterno en los bienes de los hijos, hoy prevista en el art. 287 CC. Esta derogación se encuentra en consonancia con el principio de que los hijos menores son sujetos de derechos con la capacidad como regla.⁽³¹⁾

Teniendo en cuenta los nuevos paradigmas acerca de las normas sobre capacidad, entendemos que no tienen por qué ingresar al patrimonio de sus progenitores las rentas de los bienes de los hijos, sino que deberán hacerlo al suyo propio.

El Proyecto solo autoriza a los padres a disponer de esas rentas del patrimonio de sus hijos en dos casos. En el primer caso, con autorización judicial, por razones fundadas y en beneficio de los hijos; en este supuesto se presume la madurez suficiente del hijo para solicitar la rendición de cuentas. En el segundo caso, cuando se trate de emplearlas para la subsistencia y la educación del hijo que los padres no puedan asumir, de gastos de enfermedad, entierro de los hijos o de la persona que haya instituido heredero al hijo, así como de gastos derivados de la administración de estos fondos. Vale observar que, en este segundo supuesto, no se requiere autorización judicial, aunque sí están obligados a rendir cuentas.

En suma, la Reforma, con gran tino, protege y reconoce el derecho patrimonial del niño. Delimita claramente que el hijo menor de edad es sujeto titular de derechos, entre ellos, los patrimoniales, y entre éstos, el derecho

(31) Recordemos que en el capítulo 2 del Proyecto, en la sección 1a "Principios generales" (arts. 22 y ss.), se hace la distinción entre "capacidad de derecho" y "capacidad de ejercicio". La capacidad de derecho es de toda persona como regla y sólo puede limitarse respecto de hechos, simples actos o actos jurídicos determinados. La incapacidad de ejercicio está prevista en el art. 24 y, en el caso que nos ocupa, contemplado en el inc. b) que dice: "La persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2a de este Capítulo". En esta sección se hace una división etaria en relación con los menores de edad y adolescentes. Así, se sostiene que, a pesar de que son menores de edad las personas que no han cumplido 18 años, se denomina adolescente a la persona menor de edad que tiene entre 13 y 18 años.

a percibir las rentas que conforman su propiedad. Estos cambios apuntan a que la responsabilidad parental se ejerza en interés y beneficio del hijo, no pudiendo ejercerse en beneficio injustificado de los progenitores, con rentas que pertenecen al patrimonio del hijo, pero previendo las necesidades de la familia a la que pertenece el menor de edad.

8. Extinción, privación, suspensión y rehabilitación de la responsabilidad parental

El capítulo 9 del Título VII sobre Responsabilidad parental, aborda de manera unificada las causales de extinción, privación, suspensión y la rehabilitación de la responsabilidad parental.

Sintéticamente podemos decir que se mantienen de manera general las causales mencionadas por el actual art. 306, con las variantes terminológicas ajustadas a la nueva regulación de la institución, en consonancia con la mirada constitucional.

8.1. Extinción

Es óbice señalar que se reemplaza la actual locución “la patria potestad se acaba” por se “extingue”, término más ajustado desde la técnica jurídica.⁽³²⁾

Cabe destacar que las causales de extinción se distinguen claramente de las de privación y suspensión; y ya no importan una valoración acerca de las conductas del progenitor, sino que se atienden a supuestos fácticos y jurídicos que sustraen al hijo de la órbita de actuación e injerencia de la responsabilidad parental, mostrando como lógico efecto que la misma no se mantenga.

Consecuentemente, éstas se diferencian, también, en relación al modo en que la extinción opera: sin necesidad de declaración judicial alguna; es decir, de pleno derecho.⁽³³⁾

Como consecuencia de la extinción de la responsabilidad parental, cesan automáticamente los deberes y derechos de ella derivados (conf. art. 646 y ss.). Las causales enumeradas son: a) Muerte del progenitor o del hijo, b) Profesión del progenitor en instituto monástico, c) Arribo a la mayoría

(32) Según el Diccionario de la Real Academia española, entre los significados del verbo “Extinguir”: “3. prnl. Dicho de un plazo o de un derecho: Acabarse, vencer”.

(33) CSJ Catamarca, sala Civ.Com. y Laboral, 26/07/1991.

de edad: solución concordante con lo previsto por el art. 25 del Código, d) Emancipación y e) Adopción del hijo.⁽³⁴⁾

8.2 Privación

Se desprende de la normativa proyectada que cualquiera de los progenitores⁽³⁵⁾ queda privado de la responsabilidad parental por: a) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata; b) abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero; c) poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo; d) haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo. En los supuestos previstos en los incisos a), b) y c) la privación tiene efectos a partir de la sentencia que declare la privación; en el caso previsto en el inciso d), desde que se declaró el estado de adoptabilidad del hijo.

A diferencia de la extinción —que opera de pleno derecho y por causas objetivas que no guardan relación con reproche o imputación al/los progenitor/es—, la privación requiere la declaración judicial —sentencia— pertinente, previa valoración de la inconveniencia para el hijo del mantenimiento de la responsabilidad parental en cabeza de su/s progenitor/es.

Se diferencia así de la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, por la inexistencia en la segunda de reproches a la conducta del progenitor, hallándose en cambio motivada en situaciones de imposibilidad de ejercicio.

8.3. Rehabilitación

La privación de la responsabilidad parental puede ser dejada sin efecto por el juez si los progenitores, o uno de ellos, demuestra que la restitución se justifica en beneficio e interés superior del hijo.

En este sentido, mantiene la solución incorporada por ley 23.264 al art. 308, acorde con el carácter reversible de la privación de la responsabilidad pa-

(34) Queda claro que la sentencia de adopción extingue la titularidad de la responsabilidad parental. Ello así, trátase de adopción plena o simple (art. 620). La responsabilidad parental extinguida puede ser restituida en caso de revocación (para la adopción simple, art. 629) o nulidad de la adopción (arts. 634, 635).

(35) Se reemplaza la mención de “el padre o madre” por la de “cualquiera de los progenitores”, manteniendo el postulado igualitario en relación a los hijos nacidos de uniones/matrimonios de igual o diverso sexo.

rental. Esta naturaleza implica que, en beneficio del hijo y en su interés (art. 3 CDN, art. 3 de la ley 26.061) el juez puede revertir la grave decisión preexistente, rehabilitando el ejercicio de la responsabilidad parental privada.

La pauta central es el beneficio e interés del hijo, acorde el carácter funcional del ejercicio de la responsabilidad parental (arts. 638, 639) y el principio central de interés superior del niño que la rige (art. 639, inc. a; art. 3, ley 26.061; art. 3 CDN).

8.4. Suspensión del ejercicio

El ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure: a) la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento; b) el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres (3) años; c) la declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio; d) la convivencia del hijo con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales.

Se mantiene la distinción entre privación y suspensión de la responsabilidad parental. La suspensión, de este modo, no importa una valoración sancionatoria o de reproche al progenitor, sino que atiende a situaciones fácticas que exigen el dictado de esta limitación, mientras tales causas perduren.

9. Regulación de la familia ensamblada

El Proyecto regula a la llamada "familia ensamblada", siguiendo la misma línea de ampliación de derechos, reconoce otras formas de organización familiar, aplicando y extendiendo el principio de solidaridad.⁽³⁶⁾

Define expresamente como progenitor afín al cónyuge o conviviente del progenitor que tiene a su cargo el cuidado del niño o adolescente. Le otorga determinados derechos y deberes en beneficio de los hijos de su

(36) En nuestro país, la citada Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes 26.061 y su reglamentación, el dec. 415/2006 en su art. 7º, receptan un concepto amplio de familia. Además de los progenitores, incluye las personas vinculadas con los niños a través de líneas de parentesco de consanguinidad o afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Asimismo, la norma establece que podrán asimilarse al concepto de familia "otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal, como así también en su desarrollo, asistencia y protección". Esto significa que la norma reconoce al conviviente del progenitor como una figura familiar. Cabe interpretar que este reconocimiento se desprende también del mandato de la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 5º.

pareja —casada o no—, con quienes convive. Esta denominación se utiliza con independencia de que el progenitor no conviviente haya fallecido o se lo haya privado de su responsabilidad parental.

De este modo, se reconoce desde el plano normativo la ampliación de lazos socio afectivos que un niño puede tener. Así, se trata de una figura que suma, y no que reemplaza o excluye.

Ahora bien, tal como hemos dicho, se reconocen y fijan los derechos y deberes del progenitor afín. Así, tienen la obligación de cooperar en la crianza y educación de los hijos de su pareja pudiendo, incluso, llevar adelante actos cotidianos relativos al ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia.

Además, en determinadas circunstancias, puede hacerse cargo del cuidado de estos niños cuando, por diversas razones y de manera transitoria, el progenitor no puede hacerlo (por ejemplo, cuando debe alejarse de manera no permanente por razones laborales o de salud, que lo obligan a hacer un tratamiento prolongado fuera de su lugar de residencia), o ejercer conjuntamente con este progenitor el ejercicio de la responsabilidad parental.

En supuestos excepcionales y de carácter subsidiario, el progenitor afín puede contribuir a la manutención alimentaria.

De esta forma, se alienta la cooperación de la nueva pareja en el cuidado del hijo del cónyuge o conviviente y se identifica de modo expreso la relación entre un cónyuge o conviviente con los hijos del otro.

Va de suyo que esta cooperación no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental, ya que la normativa sólo pretende dar legitimidad a las labores del progenitor afín en apoyo de la función parental, tal como lo hemos referido precedentemente. No implica de ninguna manera el desplazamiento de la figura materna o paterna, sino que suma los afectos y/o vínculos significativos en la vida de los niños y adolescentes.

10. Palabras finales

A lo largo de este artículo hemos querido repasar las principales y sustanciales modificaciones que se han de receptor en el ámbito de la responsabilidad parental a partir de la Reforma.

Estos cambios propuestos obedecen al concepto de familia democrática donde se privilegia el diálogo y la búsqueda de acuerdos para afrontar

el cuidado de los niños y adolescentes, su orientación y contención. Esto significa: a) respetar el espacio personal de los integrantes; b) considerar los derechos de los integrantes de los sistemas familiares precedentes y los acuerdos celebrados (alimentos, comunicación con el hijo); c) buscar consenso para acordar reglas de convivencia; d) rechazar toda ideología de apartamiento de alguno de los integrantes de la familia ensamblada, tanto sea de alguno de los padres o del cónyuge o conviviente del progenitor, y e) no discriminar entre unos hijos y los otros, o sea, afirmar el principio igualitario.

En suma, consolidar los principios de participación, cooperación y solidaridad en el funcionamiento de estas familias.

Queremos dejar muy claro que estos principios, y las directrices que la Reforma ha traído aparejadas, son lineamientos visibles que los magistrados, tanto a nivel nacional como internacional, han utilizado para tomar decisiones fundadas en casos de esta índole, basándose en la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061.

En consecuencia, creemos que tener estos cambios en el Código Civil y Comercial de la Nación produce un efecto muy fuerte para que todos los que trabajamos en el derecho de las familias las utilicemos, y hagamos una vida mejor para los niños, niñas y adolescentes, y así lograr, de una vez por todas, terminar con la noción de que son siempre ellos los más vulnerables en las relaciones de familia.



