

Comito, Carina ; Comito, Natalia

Responsabilidad parental (Título VII)

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Comito, C. ; Comito, N. (2012). Responsabilidad parental (título VII) [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/responsabilidad-parental-carina-natalia-comito.pdf> [Fecha de consulta:.....]
(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

RESPONSABILIDAD PARENTAL (TÍTULO VII)¹

CARINA COMITO Y NATALIA COMITO

a) Terminología y principios aplicables

La ley 23.264 efectuó un aporte importante en relación con la patria potestad y su contenido, poniendo la lupa no solo en los derechos de los padres sino también en sus deberes. El proyecto avanza un paso más en esa dirección y modifica el término “patria potestad” por el de “responsabilidad parental”. La definición es similar a la de la ley 23.264, con algunos cambios mínimos como el hecho de cambiar el término “padres” por “progenitores”, o de añadir el “desarrollo” dentro de los fines de la institución (art. 638). Empero, ya no se aclara cuándo comienza la responsabilidad parental, en concordancia con el nuevo art. 19 sobre el comienzo de la existencia de las personas humanas².

Incluye principios generales por los cuales debe regirse la responsabilidad parental, siguiendo los lineamientos de la Convención sobre los Derechos del Niño: el interés superior del niño, la autonomía progresiva y el derecho a ser oído (art. 639).

b) Ejercicio de la responsabilidad parental³

El proyecto no distingue el ejercicio de la responsabilidad parental según convivan o no los padres (acaso en conformidad con la eliminación del deber de cohabitación entre los cónyuges). Se establece expresamente que el ejercicio siempre corresponde a ambos progenitores, salvo en los casos de suspensión, privación, falta de reconocimiento voluntario, etc. (art. 641).

Sin embargo, persisten diferencias entre el padre conviviente y el no conviviente.

En primer lugar, porque se presume que los actos realizados por uno de los padres cuentan con la conformidad del otro, salvo los supuestos contemplados en el art. 645 similar al art. 264 quáter actual. Es decir que se le puede hacer la misma crítica en cuanto a que otros actos significantes en la vida del hijo no han sido incluidos. Por ejemplo, un solo progenitor podría decidir sobre una intervención quirúrgica, si se bautiza al hijo, si se lo circuncida, qué idioma estudiar, qué deporte practicar, a qué colegio ir, sobre la conveniencia de hacer un tratamiento terapéutico, etc.

Y en segundo lugar, porque el art. 654 señala que cada progenitor debe *informar* al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo. Ahora bien, el deber de

1. Esta vez, la autoría es de Carina y Natalia Comito, con licencia de EDFA-mayo de 2012.

2. El art. 19 del proyecto dispone que la existencia de la persona comienza con la concepción, pero a continuación diferencia el caso de técnicas de reproducción asistida para establecer que en tal situación el comienzo de la existencia se da con la implantación del embrión en la mujer.

3. Autoría: Carina y Natalia Comito.

informar puede tener valor ya que el otro padre está facultado a solicitar al juez que se redistribuyan las funciones de acuerdo al art. 642. Pero lo cierto es que no se puede volver el tiempo atrás, y la decisión que se informa tal vez acarree consecuencias irreparables.

Quizás sería más conveniente requerir autorización del otro padre para los actos trascendentales para la vida del hijo, aunque excedan la escueta enumeración del art. 645, y así evitar que el ejercicio de la responsabilidad parental del padre no conviviente se convierta en letra muerta.

c) Delegación

El art. 643 del proyecto establece la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental a un pariente o tercero idóneo convenida por los progenitores en el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente. Tiene un plazo máximo de un año, aunque renovable judicialmente por razones fundadas. Pero los padres conservan la titularidad de la responsabilidad parental y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación de su hijo.

El art. 657 establece la posibilidad de que el juez otorgue la guarda a un tercero, pariente o no, en casos de especial gravedad. El guardador tiene el cuidado personal del hijo y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades cotidianas, aunque la responsabilidad parental quede en cabeza de los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de la titularidad y el ejercicio.

Más allá de que se podría generar un debate en cuanto a qué es cotidiano y qué no lo es, puesto que pueden darse situaciones cotidianas que sean trascendentales, v.gr. someterse a un tratamiento de radioterapia⁴, nos preguntamos si el guardador, en el caso del art. 657, tiene que pedir autorización a los padres para el resto de los actos. Las decisiones que no requieran autorización judicial, ¿podrán ser llevadas a cabo sin inconvenientes por el guardador? ¿Cómo se implementará esto en la práctica? ¿Podrá el guardador, por ejemplo, mudar la residencia del niño a otra provincia sin la autorización de los padres? Parece ser que la idea que subyace es la de asimilación del ejercicio de la responsabilidad parental con la guarda, tal como lo señala el art. 264 del cód. civil.

Por último, recalamos que si bien el proyecto por un lado sustituye el término “guarda” por el de “cuidado personal” –como mencionaremos en el punto V del presente–, el art. 657 alude a la guarda y al guardador, términos desaprobados por gran parte de la doctrina.

d) Progenitores adolescentes

El proyecto parece innovar en gran manera, pero al hacer una lectura más profunda, advertimos que la innovación no es de tal magnitud. El art. 644 establece que los progenitores adolescentes, estén casados o no, ejercen la responsabilidad parental de los hijos, pudiendo decidir por sí mismos realizar las tareas necesarias para su cuidado, educación o salud.

Sin embargo, la intervención de los abuelos sigue siendo preponderante. Por un lado, la norma señala que cuando el abuelo vive con el padre adolescente y su hijo, puede oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño, e intervenir cuando el progenitor omita realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo. Pero por otro lado, también se exige el asentimiento de cualquiera de los progenitores del adolescente cuando se trata de actos trascendentes para la vida del niño, “como su entrega con fines de adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que puedan lesionar gravemente sus derechos”. En caso de conflicto, debe decidir el juez.

4. Es decir, ¿cualquier acto que se realice en forma diaria es cotidiano, más allá de su relevancia?

Es decir que, si bien el progenitor adolescente ejerce la responsabilidad parental, en ciertos casos va a necesitar la conformidad de su propio padre; en otros, el abuelo puede oponerse a la celebración de actos decididos por el adolescente; y también está facultado a actuar ante la desidia del adolescente.

Asimismo, se genera una incertidumbre con relación a cuáles son los actos que requieren asentimiento del padre del adolescente. Al referirse el art. 644 a las “intervenciones quirúrgicas”, deducimos que no remite a los actos enumerados por el art. 645: parece ser más extenso, y a la vez más impreciso. Entonces, ¿qué casos llegarán ante al juez para que él decida? ¿Quiénes determinarán cuáles actos lesionan gravemente los derechos del niño de forma tal que requieran la conformidad de los abuelos?

e) *Cuidado personal*

Se modifica el término de “guarda” por el de “cuidado personal” (art. 648). Se establece expresamente la posibilidad del cuidado alternado (mal llamada “tenencia compartida”, ya que la misma solo podría darse cuando los padres conviven). También se señala la posibilidad de que el cuidado sea indistinto, modalidad en la que el hijo reside principalmente en el domicilio de uno de los padres, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen las tareas (art. 650). La modalidad preferente es la indistinta (art. 651).

Para otorgar el cuidado personal, se va a preferir al progenitor que facilite el mantenimiento del trato regular con el otro. También se tendrá en cuenta la edad del hijo, el mantenimiento del *statu quo*, y la opinión de niño o adolescente (art. 653).

Se autoriza a los padres a que presenten un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo, que se refiera al lugar y tiempo en que aquel permanezca con cada padre, régimen de vacaciones, responsabilidades que cada uno asume, etc. (art. 655). Si no hubiere tal acuerdo, o el juez no lo homologase, el juez debe fijar el régimen de cuidado priorizando la modalidad compartida indistinta. Pero también puede optar por el cuidado unipersonal o alternado. El juez no puede decidir basándose en discriminaciones fundadas en el sexo, orientación sexual, religión, preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición (art. 656).

En atención a lo expuesto en el punto II, no advertimos qué diferencia relevante existiría entre el cuidado personal unipersonal y el indistinto. ¿Acaso en el cuidado unipersonal no se aplicaría el art. 645? A grandes rasgos, la opción sería entre modalidad alternada o unipersonal.

En caso de la modalidad alternada, cuando ambos padres cuentan con recursos equivalentes, cada uno debe hacerse cargo de la manutención cuando el hijo permanece bajo su cuidado. Pero si los recursos no son equivalentes, aquel padre que tiene mayores ingresos debe pasar una cuota alimentaria al otro para que el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares (art. 666).

f) *Progenitor afín*

El art. 672 define al progenitor afín como el cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente. Nos preguntamos por qué se optó por tal terminología, ya que el parentesco por afinidad no ha sido modificado en el proyecto, y se podrían haber utilizado otros términos usados en derecho comparado, como “padre social”, “padre psicológico” o “padre de hecho”.

Este progenitor afín debe colaborar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los “actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico”, y tomar decisiones ante situaciones de urgencia. Se prevé que en caso de desacuerdo entre el padre y el progenitor afín prevalece el criterio del progenitor, pero no se regula qué criterio prevalece en caso de desacuerdo del progenitor no conviviente: solo se limita a expresar que no se afectarán sus derechos parentales (art. 673). Una vez más nos encontramos ante un divorcio entre la letra del proyecto y los hechos derivados de la aplicación del mismo. ¿Cómo no se van a ver afectados los derechos del otro padre, si se le otorga una amplitud tal de derechos al padre afín?

También se establece la posibilidad de que se delegue el ejercicio de la responsabilidad parental en el progenitor afín, pero en casos excepcionales y siempre requiere homologación judicial, salvo que el otro progenitor exprese su conformidad (art. 674).

La obligación alimentaria del progenitor afín es de carácter subsidiario, y cesa en caso de disolución del matrimonio o ruptura de la convivencia. Empero, si el cambio de situación ocasiona un grave daño al hijo, y el padre afín había asumido durante la vida en común el sustento de él, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio (art. 676).

A nuestro entender, el carácter subsidiario de la obligación del padre afín parece limitarse al período de convivencia, ya que luego de la ruptura de la misma, si efectivamente había asumido la manutención del niño, deberá seguir abonando una cuota asistencial más allá de la existencia de otros parientes con obligación alimentaria prioritaria.

g) Supresión del usufructo paterno

El art. 697 ordena que las rentas de los bienes del hijo corresponden a este. Además, añade que los progenitores deben preservarlas, evitando que no se confundan con sus propios bienes.

Se señala que los padres pueden disponer de las rentas de los bienes del hijo por razones fundadas y con autorización judicial. Pero también se establece la posibilidad de que las utilicen sin autorización judicial cuando sea para solventar los siguientes gastos: 1) subsistencia y educación del hijo, cuando los padres no pueden asumir esta responsabilidad por incapacidad o dificultad económica; 2) enfermedad del hijo y de la persona que haya instituido heredero al hijo; 3) conservación del capital devengado durante la minoría de edad del hijo.

Cuando la utilización de las rentas requiere autorización judicial, los progenitores, a pedido del hijo, deben rendir cuentas. Pero cuando son sin autorización judicial, están obligados a rendir cuentas aunque no lo pida el hijo.

En primer lugar, el proyecto aparenta avanzar más de lo que en realidad avanza, ya que si bien pareciera que el usufructo desaparece, se permite utilizar las rentas de los bienes de los hijos en el caso de “dificultad económica”, con la imprecisión que esta terminología implica, máxime teniendo en cuenta que no requiere autorización judicial.

En segundo lugar, la redacción aparece confusa por momentos, sobre todo en el caso de enfermedad de la persona que instituyó al hijo como heredero. El Código Civil establecía como carga del usufructo los gastos de entierro y funeral de quien hubiera instituido al hijo como heredero, por lo que la diferencia es abismal. Permítannos la obviedad, pero si hablamos de gastos de enfermedad nos estamos refiriendo a una persona que testó y está viva, que por ende puede revocar el testamento. Esto es, no se podría aludir al deber de gratitud. ¿O es que existe un deber de gratitud ante aquellos que nos instituyen herederos hoy pero revocan el testamento mañana?

h) Balance final

Como hemos observado, la intención del proyecto fue positiva al intentar armonizar el instituto de la responsabilidad parental con la Convención sobre los Derechos del Niño. No obstante, el avance que se vislumbra a primera vista no es tal, dado que en muchos casos los principios que aporta tienen tantas excepciones que finalmente quedan desdibujados.

En suma, algunas normas nos parecen criticables y otras aplaudibles, pero sería conveniente que algunas de ellas se vean modificadas en su redacción –considerablemente confusa–, y así evitar que traigan dificultades a la hora de aplicarse. Caso contrario, serán los magistrados, primordialmente, quienes deberán enfrentarse a tal encrucijada a menudo, e intentar resolver la situación teniendo como norte el mejor interés del niño.