

Responsabilidad parental en el Código Civil y en el proyecto de Código Civil

14 diciembre 2012 por [Ed. Microjuris.com Argentina](#) [Dejar un comentario](#)

Autor: Bigliardi, Karina A. – Ver más Artículos del autor

Fecha: 14-dic-2012

Cita: MJ-DOC-6111-AR | MJD6111

Sumario:

I. Introducción. II. Padres convivientes. III. Padres no convivientes. IV. Delegación del ejercicio. V. Deberes y derechos de los progenitores. VI. Cuidado personal. VII. Consideraciones finales.

Doctrina:

Por Karina A. Bigliardi (*)

I. INTRODUCCIÓN

El proyecto de Código Civil (PCC) conceptúa a la responsabilidad parental 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.

Es el mismo concepto que nos da el art. 264 Código Civil (CCiv) en su primera parte, limitándose a remplazar la palabra «padres» por la de «progenitores» y agregando que la finalidad del otorgamiento de la responsabilidad parental es también la de acompañar en el desarrollo a los hijos menores de edad.

El PCC menciona los principios que rigen la responsabilidad parental, mencionando al interés superior del niño; la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo; y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Estos principios no son más que la reiteración de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño -arts. 3, 5 y 12-, así como en la Ley 26.061 -arts. 3, 24 y 27 -, por lo que entendemos que su mención resulta sobreabundante e innecesaria.

El PCC dentro de los principios establece que a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos. Si bien esto es una clara consecuencia de la capacidad progresiva, resulta conveniente aclarar que esa totalidad que parece tener la responsabilidad parental va disminuyendo con el crecimiento de los hijos, es decir, con la adquisición de madurez para poder tomar decisiones propias.

El PCC efectúa un cambio radical en las denominaciones de este instituto. No se habla más de patria potestad sino de titularidad y del ejercicio de la responsabilidad parental, se incorpora el cuidado personal del hijo por los progenitores, así como la posibilidad de otorgar la guarda de su hijo menor de edad a un tercero.

En el presente trabajo abordaremos las reformas propuestas en relación al ejercicio de la responsabilidad parental.

II. PADRES CONVIVIENTES

El actual art. 264 CCiv dispone que el ejercicio de la patria potestad en el caso de los hijos matrimoniales corresponde a los cónyuges conjuntamente, presumiendo que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos contemplados en el art. 264 quáter CCiv, o cuando mediare expresa oposición.

El art. 641 del PCC también establece el otorgamiento conjunto del ejercicio de la responsabilidad parental cuando los progenitores convivan.

Si bien es el mismo principio que el actual, resulta más acertada la terminología usada ya que habla de padres convivientes en cambio de hijos matrimoniales, porque el otorgamiento conjunto lo da la convivencia de los padres, ya que se presume que las decisiones se toman en conjunto, que son producto de conversaciones que se dieron en la familia.

Es decir, el Código Civil adopta el sistema de titularidad de la patria potestad en cabeza de ambos padres y otorga el ejercicio compartido en el caso de padres convivientes. La actuación conjunta de los padres importa que la iniciativa corresponda, en los hechos, a un progenitor, pero en el plano jurídico el acto es realizado por ambos, ya que se presume que se efectúa con el consentimiento del otro progenitor. Si hay divergencias en lo que hace a la educación y demás actos que atiendan al bienestar del niño, se resuelven en el seno de la familia. Este sistema es repetido por PCC.

III. PADRES NO CONVIVIENTES

En el caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad del matrimonio, el Código Civil determina que el ejercicio de patria potestad lo tendrá el padre o madre que ejerza legalmente la tenencia (1).

En el caso de progenitores no convivientes deberá elegirse a uno de ellos, para que ejerza unilateralmente la autoridad parental de los hijos menores de edad, es decir que se va a designar a uno o ambos padres para que tome las decisiones diarias sobre los hijos. En el caso de no estar de acuerdo con las decisiones tomadas, el otro progenitor deberá acudir a la justicia y presentar su oposición (art. 264 ter CCiv), debiendo el juez resolver lo más conveniente para el niño.

Por supuesto que en el caso de estar de acuerdo ambos progenitores o por decisión judicial, puede otorgarse el ejercicio de la patria potestad compartida (2).

Por su parte, el PCC determina que el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde, en caso de separación de hecho, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores, presumiendo que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a solo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades.

Es decir que en principio el régimen de los no convivientes es igual que el de los padres convivientes: ambos ejercen la responsabilidad parental, y las decisiones que tome uno se presume que son tomadas con la conformidad del otro progenitor. Se otorga unilateralmente por voluntad de los progenitores o decisión judicial, teniendo en cuenta el interés del hijo.

En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público.

Una gran novedad está en la solución que el PCC encuentra cuando los desacuerdos de los progenitores son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, estableciendo que el juez puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder de dos años. El juez también puede ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación.

Cumplido el plazo debe revisarse a los fines de verificar si subsisten o han cesado las causas que dieron lugar a la decisión de que se otorgue en forma unilateral. Siempre con la intención de que el ejercicio de la responsabilidad parental sea compartido por ambos progenitores.

IV. DELEGACIÓN DEL EJERCICIO

El PCC contempla la posibilidad de que en el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente o tercero idóneo.

El acuerdo celebrado en este sentido con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo, tiene un plazo máximo de un año de duración, 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.

V. DEBERES Y DERECHOS DE LOS PROGENITORES

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

Los deberes consagrados en PCC son mucho más amplios que los actualmente consagrados en el CCiv, y adecuados al plexo normativo actual en materia de niñez.

Uno de los deberes muy discutidos que otorga nuestro actual CCiv es el derecho de corrección, el cual se encuentra normado en el art. 278, que reza «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».

Como ya lo expusieramos, (3) entendemos que a la luz del desarrollo dogmático sobre la temática de violencia familiar y principalmente a lo establecido en el art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual establece que: «Los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo»; así como lo normado en los arts. 3 y 18 este derecho no puede ser ejercido en la actualidad por los progenitores, ni siquiera alegarlo a los efectos de justificar conductas efectuadas sobre sus hijos y que conlleva a determinados perjuicios psicofísicos de los mismos.

Los padres deben educar y formar a sus hijos procurando el pleno desarrollo de su personalidad, sin la utilización de acciones que puedan conllevar algún acto configurativo de violencia familiar, a los fines de su conceptualización nos remitimos al comentarios sobre las normas específicas.

El PCC establece en el art. 647 que se prohíbe el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes. Los progenitores pueden solicitar el auxilio de los servicios de orientación a cargo de los organismos del Estado.

VI. CUIDADO PERSONAL

Bajo un capítulo denominado “Deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos” el PCC regula todo lo referente a lo que dio en llamar «cuidado personal», conceptualizándolo como los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo.

Cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos. Si el cuidado personal es compartido, el PCC establece que puede tener dos modalidades: alternado o indistinto. Es alternado cuando el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia e indistinto, cuando el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado. La regla general es que se otorgue la modalidad indistinta, salvo que esto no sea posible o resulte perjudicial para el hijo.

Para el caso de que el cuidado del niño se otorgue a uno solo de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo.

El PCC establece pautas de preferencia para la elección del progenitor que tendrá el cuidado personal del hijo, como principal se menciona que debe elegirse al progenitor que facilite el derecho a mantener un trato regular con el otro progenitor. También entiende que debe ponderarse: a) la edad del hijo; b) la opinión del hijo; y c) el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo.

Se consagra el deber de informar, es decir, que cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo.

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 este 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.

Si no existe acuerdo o no se ha homologado el plan, el juez debe fijar el régimen de cuidado de los hijos priorizando la modalidad compartida indistinta, excepto que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado.

Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Aplaudimos las modificaciones en materia terminológica que realiza el PCC en referencia a este instituto, así como la adecuación de las normas referentes a responsabilidad parental con el plexo constitucional vigente en materia de niñez, ya que los padres no tienen derechos sobre sus hijos, sino responsabilidades, pero no están desprendidas de toda razón, no en una forma absoluta, sino que las mismas debe estar encaminadas a lo que resulte necesario para orientar y formar al hijo. Asimismo entendemos pertinente que se establezca como norma general el otorgamiento del ejercicio de la responsabilidad compartida, así como el cuidado personal del hijo, aunque los progenitores no convivan.

Si bien en la práctica parece difícil llevarlo adelante, en razón de que un gran porcentaje de los progenitores reclaman el ejercicio de la responsabilidad parental en forma unilateral, así como la convivencia exclusiva con el hijo, en estos temas la norma puede ser una fuente de formación para el operador judicial así como para los progenitores, orientando que la mejor forma de llevar adelante la responsabilidad parental es en forma consensuada.

La toma de decisiones conjunta de los padres, bajo normas de respeto y de consideración mutua, sobre las cuestiones que hacen a la vida de sus hijos es la que sin duda protege adecuadamente su interés superior.

(1) Es importante hacer una aclaración sobre la cuestión terminológica, es decir, usaremos las palabras patria potestad, tenencia, régimen de visitas y guarda, aunque no creamos correcta su utilización, por dos motivos el primero es porque son las formas que utiliza el Código Civil y en segundo lugar porque están incorporadas tanto en el vocabulario de los abogados, así como de la gente en general. Entendemos que las denominaciones más acordes son responsabilidad parental,

para denominar las obligaciones o deberes que ostentan los progenitores en relación a sus hijos menores de edad; ejercicio de la autoridad parental cuando debemos determinar quién toma las decisiones diarias sobre el hijo. Asimismo debemos referirnos al derecho del padre no conviviente como el derecho a tener un régimen amplio de contacto con su hijo/a; y por último convivencia, es decir, con quién vive el hijo, cuál es el progenitor que ostenta el mismo domicilio que el menor de edad.

(2) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires B., G. S. c. M. G., R. A. : «En el marco de un incidente de modificación de régimen de visitas tras el cambio de domicilio realizado por la madre de dos niños, corresponde fijar un régimen de residencia alternada en el domicilio de cada uno de sus padres, manteniendo el régimen escolar y residencia con el padre y con la madre durante los días que no asistan al colegio, atribuyéndose el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental a ambos progenitores, dado que la forma compartida es la que mejor garantiza la satisfacción de la premisa que preside el sistema, cual es el interés de los niños».

(3) Bigliardi, Karina y de Oliveira, Juan José, De la Patria Potestad -arts. 264 a 310, Códigos Civil y de Comercio comentados, Tomo I, Directores Alterini, Atilio y Alegría Héctor, Ed. La Ley.

(*) Abogada, UNLP. Especialista en Derecho de Familia, UNLP. Docente de grado y posgrado, UNLP. Autora de numerosos artículos sobre el tema de su especialidad.