

Título: La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Medina, Graciela

Publicado en: DFyP 2014 (noviembre), 03/11/2014, 15

Cita: TR LALEY AR/DOC/3797/2014

Sumario: 1. Introducción y objetivos.— 2. La denominación Responsabilidad Parental.— 3. Los principios generales sobre la responsabilidad parental.— 4. Comienzo de la responsabilidad parental.— 5. Jurisprudencia.— 6. Principios generales. Enumeración.— 7. Capacidad progresiva del niño.— 8. El derecho del niño a ser oído.— 9. El interés superior del menor.— 10. Jurisprudencia.— 11. Figuras legales derivadas de la responsabilidad parental.— 12. La titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental.— 13. El cuidado personal del hijo.— 14. La guarda otorgada por el juez a un tercero.— 15. Jurisprudencia.— 16. Ejercicio de la responsabilidad parental.— 17. Relación con el Código Civil y Fuentes del nuevo texto.— 18. Padres que conviven.— 19. Padres que no conviven por separación, divorcio o nulidad de matrimonio.— 20. Cese o suspensión de la responsabilidad parental.— 21. Hijo extramatrimonial con un solo vínculo reconocido.— 22. Hijo extramatrimonial con filiación establecida por sentencia judicial.— 23. Jurisprudencia.— 24. Intervención judicial en caso de desacuerdo.— 25. Legitimación.— 26. Juez competente.— 27. Procedimiento.— 28. La mediación.— 29. Atribución del ejercicio a uno de los progenitores.— 30. Plazo.— 31. La intervención del Ministerio Público.— 32. Delegación del ejercicio.— 33. Personas a quien se puede delegar.— 34. Carácter delegable de la responsabilidad parental.— 35. Responsabilidad por actos ilícitos.— 36. Adopción.— 37. El procedimiento.— 38. Jurisprudencia.— 39. Progenitores adolescentes.— 40. Actos que pueden realizar los progenitores adolescentes.— 41. Actos de disposición.— 42. Actos trascendentes para la vida del niño.— 43. La seguridad de los terceros.— 44. La diferencia entre asentimiento y consentimiento.— 45. Resolución de los conflictos.— 46. Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores.— 47. Carácter de la enumeración.— 48. Jurisprudencia.— 49. Deberes y derechos de los progenitores. Reglas generales.— 50. Relación con el Código Civil.— 51. Cuidado.— 52. Convivencia.— 53. Alimento.— 54. Educación.— 55. El respeto de la personalidad del menor.— 56. El respeto del derecho del niño a ser oído.— 57. El respeto a la comunicación con los abuelos y otros parientes.— 58. La administración de los bienes.— 59. La representación.— 60. Prohibición de malos tratos.— 61. Relación con el Código Civil.— 62. El castigo físico.— 63. ¿Ha desaparecido el deber de corrección?

La finalidad de la responsabilidad parental es el desarrollo integral del niño en todas sus potencialidades. Para lograr este objetivo los padres deben escuchar al niño, tener en cuenta sus elecciones y otorgarle una capacidad progresiva de acuerdo con su grado de madurez. En este aspecto la letra del Código plasma lo establecido por la Convención de Derechos del niño y por las leyes nacionales y Provinciales de Protección Integral de Niños Niñas y adolescentes.

1. Introducción y objetivos [\(1\)](#)

En el presente trabajo nos proponemos analizar los principios que informan la responsabilidad parental, determinar cómo se ejerce su titularidad y ejercicio y precisar cuáles los derechos y deberes de los progenitores en el Código Civil y Comercial aprobado por ley 26.994.

El art. no aspira a desarrollar totalmente el tema contenido en el Título Sexto del Libro segundo del nuevo código sino que pretende proporcionar una primera respuesta, concreta, fundada e interrelacionada que:

- a) Explique los fundamentos de la disposición que se comente;
- b) Compare la nueva solución con la ofrecida por la legislación actualmente vigente;
- c) Determine los efectos prácticos del cambio y las consecuencias de la reforma en las relaciones en curso de ejecución;
- d) Brinde una visión integral mediante la relación de las instituciones y de los artículos, haciendo las remisiones correspondientes;
- e) Identifique la jurisprudencia relevante cuya doctrina se mantenga inalterada

2. La denominación Responsabilidad Parental [\(2\)](#)

En el sistema del Código ley 26.994 se cambia la denominación "Patria Potestad" por la de autoridad parental, para desvincularla de su sentido literal de potestad paterna, el que había sido abandonado hace muchos años, ya que la legislación argentina nunca aceptó la absoluta potestad paterna sobre los hijos.

La expresión Responsabilidad Parental deberá ser dada a conocer al pueblo argentino porque es ajena al lenguaje jurídico y al popular, donde responsabilidad paterna se identifica con la responsabilidad de los padres por los daños y perjuicios de los hijos menores de edad, mientras que a partir de la entrada en vigencia la

expresión subsume todo el instituto de la Patria Potestad como era conocido entre nosotros.

Consideramos que la denominación "patria potestad" por sus remotos orígenes y su recepción social, excede el mero marco de su sentido literal para individualizar la institución en sus verdaderos alcances y que el instituto lejos estaba de asemejarse a la potestad del pater familia de Roma. Por ello pretender sustituirla por la mención "responsabilidad de los padres" resulta injustificado, por la falta de arraigo de la expresión en la sociedad para la cual se legisla, además que tal denominación puede reflejar la errónea idea de la responsabilidad de los padres por los daños y perjuicios de los hijos menores la que evidencia una limitación excesiva.

Sin embargo el legislador ha considerado aconsejable adoptarla siguiendo en esto la legislación del Reino Unido el Reglamento del Consejo Europeo n° 2201/03 del 27/03/2003 ("Nuevo Bruselas II"), el Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia del año 2006, la Ley 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (21/10/2005) que se refiere a las responsabilidades familiares y de los padres en el art. 7°, la ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley 114), que específicamente se refiere a la responsabilidad de los padres en su art. 34, y otras leyes locales.

El motivo del cambio de nombre radica en que sus redactores consideran que el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico, y a diferencia de lo que sucede con el concepto de patria potestad, que nos remite a la idea de poder de la potestad romana y pone el acento en la dependencia absoluta del niño dentro de una estructura familiar organizada jerárquicamente, el concepto de "responsabilidad parental" es inherente al de "deber" que, cumplido adecuadamente, subraya el compromiso paterno de orientar al hijo hacia la autonomía

3. Los principios generales sobre la responsabilidad parental

El Proyecto de Código Civil y Comercial tiene como novedad que además de regular una parte general común a todo el ordenamiento iusprivatista, trae partes generales de cada rama del derecho, y en algunos casos adiciona partes generales a cada institución.

En las partes generales se establecen los principios y las definiciones comunes a todo el derecho privado, a cada parte del derecho o a cada instituto.

En el ámbito de la responsabilidad parental, a los principios generales del título "De las relaciones de familia", se agrega una parte general específica de la "responsabilidad parental" que está legislada en el capítulo 1, del Título VII donde se establecen los tres grandes principios rectores de la institución que son: el principio de igualdad de los deberes y derechos de los padres frente al ejercicio y a la titularidad de la patria potestad sin distinción ni de sexo, ni de origen matrimonial o fuera de este, (ii) el principio de la capacidad progresiva del niño (iii) y el principio del interés superior del niño (iv) el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta.

Concepto de Responsabilidad Parental

La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres con respecto a sus hijos menores de edad no emancipados. Ella se encuentra claramente definida en el art. 638 del Código Unificado.

Para que exista responsabilidad parental debe existir una condición fija y afirmativa: que se trate de menores de edad; y otra negativa y contingente, que estos menores no se hallen emancipados. Asimismo, existe una condición afirmativa, aunque contingente: que aquellos menores tengan ascendientes llamados por ley al ejercicio de la responsabilidad parental, y una circunstancia negativa: que no estén incapacitados ni impedidos para tal ejercicio.

Objetivo de la responsabilidad parental

La finalidad de la responsabilidad parental es el desarrollo integral del niño en todas sus potencialidades. Para lograr este objetivo los padres deben escuchar al niño, tener en cuenta sus elecciones y otorgarle una capacidad progresiva de acuerdo con su grado de madurez. En este aspecto la letra del Código plasma lo establecido por la Convención de Derechos del niño y por las leyes nacionales y Provinciales de Protección Integral de Niños Niñas y adolescentes.

Era necesario que la norma estableciera que el objetivo de la responsabilidad parental es el pleno desarrollo del niño porque la Convención de los Derechos del Niño expresamente dispone en su art. 18.1 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. Y que incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Esta disposición se integra con el art. 27 en cuanto prescribe la obligación de los padres y del Estado, de proporcionar al niño las condiciones de vida adecuadas para su desarrollo físico, mental espiritual, moral y

social.

La obligación parental de dirigir y orientar a los hijos, debe estar encaminada a dotarlos de las herramientas para que éstos, en la medida de su desarrollo, y de sus potencialidades puedan ir ejerciendo de manera progresiva los derechos respecto de los cuales son los verdaderos titulares. Guiarlos será, en definitiva, acompañarlos en el camino que los lleva de la dependencia (cuando son muy pequeños) a la total autonomía, por ello es de absoluta importancia por una parte escuchar al menor y entenderlo y por otra reconocer su capacidad progresiva.

Tan importante es esta idea de desarrollo que ha llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a señalar que el niño tiene los mismos derechos fundamentales de los que resultan titulares los adultos, más un "plus" de derechos específicos justificados por su condición de persona en desarrollo (Opinión Consultiva n° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de agosto).

4. Comienzo de la responsabilidad parental

La responsabilidad parental inicia con el comienzo de la persona y se extingue con la mayoría de edad y en algunos aspectos con la emancipación. Esta relación tutelar se inicia con la concepción y termina con la adquisición de la capacidad de los hijos. Como es lógico desde el momento de la concepción surge un sujeto de derecho que merece la más amplia protección en su aspecto sicosomático como el de su peculio. Esta protección y defensa tutelar, que corresponde a los padres, se acabará cuando el sujeto de derecho consiga la capacidad para poder defenderse por sí mismo y administrar su patrimonio (VARSI).

5. Jurisprudencia

Sigue vigente la jurisprudencia de la Corte Suprema que sostiene que "modernamente la noción misma de patria potestad se define más allá de los derechos de los padres (...). La patria potestad es una verdadera función social que los padres deben desempeñar en orden a la humanización de los hijos, con la pertinente garantía del Estado. En esa línea, no sólo condiciona el modo en que debe desplegarse el officium paterno. También obliga al intérprete —urgido por esta directiva jurídica de particular peso axiológico en el derecho contemporáneo— a dar, en cada caso individual, respuestas realmente coherentes con una acción de protección bien entendida. Y, por lo mismo, lo conmina a prestar especial atención a los niños como personas, enteramente revestidas de la dignidad de tales; titulares —ahora mismo— de unos derechos, cuyo ejercicio actual se proyectará ineludiblemente en la calidad de su futuro". (3)

Por otra parte la norma continúa la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha resuelto hace ya varios años que la CDN, al tiempo que ha reconocido que el niño es un sujeto de derecho pleno, no ha dejado de advertir que es un ser que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de los valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática. De ahí que aluda a la "evolución" de las facultades del niño (arts. 5° y 14.2), a la evolución de su "madurez" (art. 12), y al impulso que debe darse a su "desarrollo" (arts. 18.1, 27.2), físico, mental, espiritual, moral y social (art. 32.1). Es por ello, además, que los Estados habrán de garantizar el "desarrollo" del niño (art. 6°.2) (consid. 3). (4)

Mantiene su validez las resoluciones jurisprudenciales que señalan que "El derecho natural de los padres de sangre para decidir sobre la crianza y educación de los hijos puede considerarse reconocido implícitamente en los términos del art. 33 de la Constitución Nacional (5) y las que indican que "La patria potestad no es un mero derecho subjetivo, sino un complejo indisoluble de deberes y derechos, siendo las normas que a ella se refieren de orden público". Y también las que resuelven que "Los derechos de la patria potestad están conferidos exclusivamente para que los padres puedan cumplir con sus deberes"(6) y que "Si a los padres se les confieren derechos, ellos lo son no en mira de su particular beneficio, sino del cumplimiento de sus obligaciones como el medio más adecuado para ejercer eficazmente el poder de protección de los menores. La patria potestad no es un mero derecho subjetivo, sino una función". (7)

6. Principios generales

Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios:

- 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.

7. Capacidad progresiva del niño

La edad es tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico en tanto que la evolución de la vida humana

entraña la aparición de cambios importantes en la persona, que repercuten en su capacidad de obrar. La capacidad de entender y, por tanto, la de querer conscientemente, esencial para obrar, no es la misma, evidentemente, en la infancia que en la juventud o madurez (Crovi).

El carácter progresivo de esta evolución acarrea la necesidad de los padres de ir ampliando sucesivamente el marco de capacidad de obrar de sus hijos a medida que se van desarrollando la madurez y las aptitudes intelectuales y psicológicas del menor.

En este Código la capacidad para realizar actos jurídicos se determina en principio por la edad ya que se atribuye a ese dato objetivo, con base en consideraciones que resultan de la experiencia, la existencia de una determinada aptitud para celebrar determinados actos.

Por otra parte el Código recoge el principio de la capacidad progresiva y a mayor autonomía disminuye la representación de los padres, pero solo para los actos jurídicos que estén expresamente previstos porque, insistimos, el principio general es la incapacidad jurídica del menor. Así por más que el niño sea maduro y que sus padres quieran reconocerle su capacidad progresiva, no podrá vender por sí un inmueble, ni donar un bien de su propiedad, pero sus padres tienen que escucharlo en todas las decisiones relativas a su salud y educación.

La incapacidad de obrar de los menores y las excepciones a la misma se precisan en función de actos jurídicos determinados, teniendo presente siempre el principio general que consagra la básica incapacidad genérica de todo menor, salvo en los actos jurídicos que estén expresamente autorizados, lo que implica, en la práctica, ampliar su capacidad de obrar.

En orden a la responsabilidad parental los padres están obligados a reconocer la capacidad progresiva de los menores para lograr su pleno desarrollo, y no deben equivocarse en como reconocer la autonomía, y darles más capacidad que la que estén preparados, porque si erran en ello y el menor comete un acto ilícito los progenitores son objetivamente responsable sin que puedan liberarse demostrando la falta de culpa.

Dentro de los derechos en los cuales se reconoce más capacidad a los menores, cabe señalar que se establece que el niño debe participar "activamente" en el procedimiento judicial en el que se discutan sus derechos, con la garantía de estar asistido con un abogado que lo represente o patrocine, pudiendo recurrir por sí las decisiones que lo afecten. Esta legitimación de los menores impone a los jueces la obligación de escuchar a los niños y atender a sus peticiones en los procesos judiciales referidos a ellos (art. 26).

El Código también recoge la capacidad progresiva del menor para tratamientos médicos, desde los 13 a los 16 tiene aptitud para decidir por sí sobre aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamiento invasivos o que pongan en riesgo la vida o la integridad del menor, debe prestar su consentimiento "con la asistencia" de sus progenitores (art. 26).

En caso de conflicto entre ambos padres, el juez debe resolver sobre la base de la opinión médica respecto de las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los 16 años el adolescente será considerado como un adulto para las decisiones atinentes a su propio cuerpo, no obstante lo cual por la responsabilidad de los padres estos deberán seguir pagando los gastos de salud aunque no estén de acuerdo con el tratamiento que el niño elija(art. 27).

8. El derecho del niño a ser oído

Para determinar el "interés del niño" indefectiblemente se debe escuchar su opinión ya que, en virtud de la "Convención de Derechos del Niño" que tiene jerarquía constitucional y de "La Ley de Niños Niñas y Adolescentes" tiene derecho a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta de acuerdo a su capacidad progresiva, ello implica que no serán tenidas en cuenta de la misma manera los dichos de un infante de 4 años que los de un adolescente de 12 años. De todas maneras cabe recalcar que el "Derecho del Niño a ser oído" no implica que obligatoriamente el juez debe fallar de acuerdo a lo que este exprese porque puede ocurrir que lo que el niño quiere no sea lo mejor para su "interés superior".

En nuestro derecho se establece la obligación de oír al menor como principio general tanto en lo atinente a responsabilidad parental como a proceso de familia.

A los efectos de decidir el régimen de cuidado personal de un menor, el juez debe escuchar al hijo cuando su edad lo permita. Ello es así, pues parece razonable tomar contacto directo con el niño, ya que es la persona sobre cuya existencia se toman decisiones trascendentes.

La opinión del niño, si bien no puede ser el único elemento a tomar en consideración, adquiere importancia cuando por su edad y madurez puede ser considerada como personal y auténtica.

Para la evaluación y adecuada valoración de la opinión del niño deberá, necesariamente, tomarse en cuenta

diversas circunstancias como ser la edad, su madurez emotiva, la autenticidad de sus conceptos, las motivaciones de sus preferencias, entre otras, debiendo en cada caso examinarse cuál es el camino idóneo para poder equilibrar sus deseos con las demás pautas.

Se considera que el menor entre los siete u ocho años ya tiene un juicio de la realidad, y que alrededor de los doce años ha adquirido capacidad de simbolización, razón por la cual será su edad la que determinará el modo de interrogarlo. Pero como bien decíamos más arriba, este no es un principio rector sobre a qué edad puede el niño tener conciencia de sus preferencias, dependiendo el carácter del niño y la problemática familiar en la que se ve envuelto.

Constatar la autenticidad de la opinión resulta de suma importancia, tornándose imprescindible el poder asegurar que ésta es el reflejo de lo que el niño realmente siente, descartándose toda posible influencia de uno de los progenitores con el objeto de ganar su preferencia. Debe, asimismo, poder determinarse según su edad, costumbres y hábitos de vida, que la inclinación por uno de sus padres en particular no se vea motivada por un menor control en sus actividades, menores exigencias, o, en definitiva, lo que haga que le parezca más deseable más allá de atentar contra sus propios intereses.

Lograr un equilibrio entre los deseos del niño y su conveniencia resulta difícil, pero su opinión no ha de ser desmerecida como tampoco sobrevalorada, debiendo encontrarse el punto justo de equilibrio, sin perder de vista que toda resolución a dictarse debe tener en cuenta fundamentalmente el interés del menor.

Pero así como deben escuchar a los niños los jueces y funcionarios que intervienen en la determinación de la tenencia tienen que tener muchísimo cuidado de evitar el Síndrome de Alienación Parental que se da cuando un progenitor, en forma abierta o encubierta, habla o actúa de una manera descalificarte o destructiva al o acerca del otro progenitor, durante o subsecuentemente a un proceso de divorcio, en un intento de alejar (alienar) o indisponer al hijo o hijos contra este otro progenitor.

En el supuesto que exista SAP por un lado la opinión del niño como no es libre, sino producto de una mala injerencia, no tendrá valor o su importancia será muy relativa y por otra parte quien la ejerce debe ser jurídicamente sancionado por el daño que les produce al hijo y al otro padre.

9. El interés superior del menor

El interés superior del menor supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, descontado el principio de progresividad contenido en el art. 5º de la Convención. El concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o "nivel de vida adecuado" (art. 27.1 de la Convención).

Por ello una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.

Con respecto a la interpretación concreta que ha dado la Corte Suprema de Justicia al Interés superior del menor resulta vigente y de suma utilidad la lectura del Resumen del Interés superior del menor publicado por la CSJN de la Nación a cuya lectura remitimos en Diciembre del 2012 y que se encuentra en Internet en <http://www.csjn.gov.ar/data/intsupn.pdf>.

10. Jurisprudencia

Mantiene vigencia la jurisprudencia que establece que la permanencia del niño con su familia biológica debe ser dejada de lado toda vez que peligre su interés superior. Y que la procedencia de la familia de origen "no es con todo absoluta, sino que constituye una presunción conectada —entre otros extremos— con el hecho de que la familia biológica es el ámbito inicial de la vida de toda persona y que cualquier cambio implica necesariamente un trauma y también una duplicidad. No se trata por tanto, de una barrera infranqueable para la consideración de situaciones en las cuales la permanencia en ese espacio original fue de hecho interrumpida (como es el caso) o genera sufrimientos y daños aun mayores que los propios de un cambio. Un enfoque no dogmático lleva a la cuidadosa consideración de estos últimos casos desde la perspectiva libre de prejuicios que ordena utilizar el art. 3º.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño". (8)

11. Figuras legales derivadas de la responsabilidad parental

Este Código regula tres figuras legales derivadas de la responsabilidad parental

- a) la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental;
- b) el cuidado personal del hijo por los progenitores;

c) la guarda otorgada por el juez a un tercero.

12. La titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental

De la responsabilidad parental se deriva tanto la titularidad como el ejercicio, mientras que, la titularidad alude al conjunto de deberes y derechos que la ley reconoce a favor de ambos padres, el ejercicio se refiere a la posibilidad de actuar en cumplimiento de esos deberes y derechos.

La titularidad de la responsabilidad parental indica a la persona que es titular de los derechos y deberes sobre la persona y bienes de los hijos menores, mientras que el ejercicio de la responsabilidad parental pone de relieve la forma en que se van a efectivizar los derechos y deberes que los padres tienen sobre sus hijos menores de edad y no emancipados.

La titularidad de la responsabilidad parental hace responsables a los padres por los daños y perjuicios de sus hijos, siempre que habiten con ellos. La responsabilidad no cesa si deriva de una causa que les es atribuible (art. 1755 del Cód. Civil).

13. El cuidado personal del hijo

Cuando los progenitores no conviven el niño no puede convivir con ambos al mismo tiempo lo que origina la necesidad de establecer un régimen que regule la cohabitación del menor de edad con sus padres no convivientes. A ese régimen hasta el año 2014 se lo ha conocido como "tenencia" y da origen al régimen de visita.

Lo primero que queremos destacar es que las palabras "tenencia", "visita" y "guarda" no son etimológicamente idóneas para designar los contenidos a los que aluden.

La impropiedad de estos términos ya fue destacada, en el siglo pasado por quienes afirmaban que el vocablo tenencia es un término inadecuado, pues parece aludir más a las cosas que a las personas.

En los Fundamentos del Anteproyecto que dio origen al Código se aclara que el "cuidado personal" es la denominación que reemplaza a "tenencia" sustitución que se opera por entenderse que aquélla es una expresión más apropiada.

El cuidado personal es una derivación de la responsabilidad parental y consiste en el ejercicio atenuado de la responsabilidad parental derivada del contacto con el niño cuando los padres no conviven.

El Código la define como "los deberes y facultades de los progenitores referidos (sic) a la vida cotidiana del hijo" y en definitiva es el régimen de custodia del hijo cuando los padres no conviven.

14. La guarda otorgada por el juez a un tercero

La guarda otorgada a un tercero es un régimen excepcional por el cual se transfieren al tercero el ejercicio de la responsabilidad parental reservándose el derecho deber de supervisar la educación y crianza en virtud de sus posibilidades.

La delegación de la guarda a un tercero no exime de responder por los daños y perjuicios cometidos por el niño (art. 1755) solo puede otorgarse por un plazo de un año, y no puede ser considerada a los fines de la adopción (art. 611).

15. Jurisprudencia

Tiene vigencia la jurisprudencia que establece que "La decisión adoptada por los padres de un recién nacido, al diseñar su proyecto familiar, de no aplicarle las vacunas obligatorias, afecta los derechos de terceros, en tanto pone en riesgo la salud de toda la comunidad y compromete la eficacia del régimen de vacunaciones oficial, por lo que no puede considerarse como una de las acciones privadas del art. 19 de la Constitución Nacional, y por lo tanto, está sujeta a la interferencia estatal, en el caso, plasmada en el plan de vacunación nacional. [\(9\)](#)

16. Ejercicio de la responsabilidad parental

El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde:

a) en caso de convivencia con ambos progenitores, a éstos. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos contemplados en el art. 645, o que medie expresa oposición;

b) en caso de separación de hecho, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del inciso anterior. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades;

c) en caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o

suspensión del ejercicio de un progenitor, al otro;

d) en caso de hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial, al único progenitor;

e) en caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, al otro progenitor. En interés del hijo, los progenitores de común acuerdo o el juez pueden decidir el ejercicio conjunto o establecer distintas modalidades.

17. Relación con el Código Civil y Fuentes del nuevo texto

La regulación del ejercicio de la responsabilidad parental se encuentra establecido en el art. 641 del Código unificado, se relaciona con el art. 264 del Código Civil y tiene su fuente en el art. 571 del Proyecto de 1998.

18. Padres que conviven

En el supuesto que los progenitores conviven el ejercicio de la responsabilidad parental es conjunto, pero como los actos de la vida cotidiana no se pueden ejercer siempre en forma conjunta por ambos progenitores, la ley presume que el accionar de uno cuenta con la conformidad del otro, salvo oposición o que se trate de actos que requieren el consentimiento de ambos.

La oposición debe ser fehaciente y por ende es conveniente instrumentarla por escrito de manera de no dejar dudas sobre ella.

19. Padres que no conviven por separación, divorcio o nulidad de matrimonio

En el anterior régimen el ejercicio de la patria potestad de los hijos de padres que no convivían la tenía aquel de los progenitores que tenía la guarda del niño. El paradigma ha cambiado y en estos casos el principio general sigue siendo el ejercicio conjunto con la presunción del asentimiento del otro padre para el acto ejercido por uno solo de ellos, salvo los casos en que se requieran asentimiento conjunto o que haya mediado oposición, en cuyo caso hace falta una decisión judicial supletoria.

Lo importante es destacar que aun cuando los padres estén separados, la responsabilidad corresponde a ambos y se presume que cada uno de ellos tiene el consentimiento del otro para la realización de cualquier acto jurídico relativo a la vida del menor. Esta disposición es importante para los terceros, ya que les da la seguridad que cualquiera de los padres representa al menor y puede accionar por él aun cuando estén separados. Así por ejemplo, los directores de escuelas, los médicos, los centros deportivos, deben tener la certeza de que es válido el trámite realizado por uno solo de los padres aunque estuvieran ellos divorciados, separados o su matrimonio hubiera sido anulado. Todos los terceros deben acceder al pedido de los padres mientras no reciban una clara comunicación de la oposición del otro.

20. Cese o suspensión de la responsabilidad parental

En caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación o suspensión de la responsabilidad parental, el ejercicio corresponde al otro progenitor.

La restitución del ejercicio se torna posible, al restablecerse la responsabilidad parental en los casos del art. 701 o 703 del presente Código.

21. Hijo extramatrimonial con un solo vínculo reconocido

En el supuesto que el hijo matrimonial fuera reconocido por un solo progenitor, ya sea voluntaria o judicialmente, es a él a quien le corresponde el ejercicio de la responsabilidad parental.

22. Hijo extramatrimonial con filiación establecida por sentencia judicial

En principio, el ejercicio de la responsabilidad parental la tiene quien reconoció al hijo voluntariamente, pero ello no obsta a que ambos padres acuerden otro tipo de ejercicio. Este acuerdo deberá ser homologado. Por otra parte, el juez puede decidir el ejercicio conjunto aún cuando el vínculo filial se haya obtenido por declaración judicial, lo que debe primar es siempre el interés superior del menor.

23. Jurisprudencia

Continúa teniendo vigencia la jurisprudencia que dice que no cabe duda de que si la ley reconoce a ambos padres la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, no existe medio más bondadoso que el ejercicio en forma conjunta de ella, sin perjuicio de que en algunos supuestos ha de ser menester una debida adecuación a las particularidades del caso [\(10\)](#) y también son antecedentes validos los precedentes que sostienen Que "Si la patria potestad se articuló en la ley, sobre la base de conferirla a ambos padres, de manera que deba guardar su ejercicio con los intereses de los hijos, respetando la igualdad de ambos, sin distinción de sexo, la jerarquía que tiene este principio no debe ser desvirtuada por una interpretación no acorde con él". [\(11\)](#)

Art. 642.— Desacuerdo. En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al

juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público.

Si los desacuerdos son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, el juez puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder de dos [2] años. El juez también puede ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación.

24. Intervención judicial en caso de desacuerdo

Con la reforma del año 1985 al régimen legal de la patria potestad y al haberse consagrado un ejercicio participativo de ambos padres se abrió, inexorablemente, la posible intervención del Estado en la vida familiar, tendiente a superar el desacuerdo entre los progenitores.

Dicha intervención presenta la dificultad de su implementación, en tanto el problema supera plenamente las posibilidades de los organismos judiciales, salvo que cuenten con auxiliares técnicos.

La solución arbitrada aparece como de rigurosa lógica, en tanto la institución familiar se ha organizado con un poder bicéfalo, que requiere la dilucidación del conflicto.

25. Legitimación

Legitimado para recurrir ante el juez o tribunal competente está cualquiera de los progenitores, sea que se trate de quien pretende llevar a cabo el acto o de quien se opone.

Nada impide que la petición de intervención dirimente del conflicto sea formulada por ambos padres conjuntamente.

¿Podría reclamar la intervención judicial el propio hijo? El interrogante requiere apreciar la trascendencia que para el desarrollo personal del menor tiene la presencia de desacuerdos paternos y la situación gravemente perjudicial que de los mismos resulta.

Al carecerse ahora de la determinación legal de uno de los progenitores a los fines de dirimir las controversias y adoptar la decisión final dentro del propio grupo familiar —lo que sí ocurría en el régimen anterior de ejercicio por uno de los padres—, consideramos no sólo posible sino muchas veces imprescindible que se abra la posibilidad de requerir la decisión judicial a iniciativa del propio menor o de los organismos que tienen a su cargo.

26. Juez competente

Para determinar quién es el juez competente hay que remitirse a lo dispuesto por el art. 716 que establece que en los procesos referidos a la responsabilidad parental, es competente el juez del lugar donde la persona tiene su centro de vida.

27. Procedimiento

El procedimiento debe ser el más breve previsto por la ley local, pero tiene que ser un procedimiento contradictorio porque tratándose de desacuerdos debe darse la oportunidad de que la otra parte exprese su opinión. El niño debe ser oído de conformidad al art. 12 de la Convención y a lo dispuesto por el art. 707 del presente Código que establece la necesaria participación de las niñas, niños y adolescentes en todos los procesos que los afecten directamente, debiéndose tener en cuenta su opinión y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

28. La mediación

El juez se encuentra facultado para someter las discrepancias a mediación, en el ámbito nacional esta atribución se encuentra contemplada en los arts. 16 y 17 de la Ley 26.589, que establecen que el magistrado podrá derivar el expediente a mediación durante la tramitación del proceso, lo que produce la suspensión del juicio por treinta días. Esta es una buena herramienta para lograr la solución del conflicto que tiene mayores posibilidades de producirse fuera del proceso contradictorio y con un mediador especializado.

29. Atribución del ejercicio a uno de los progenitores

Los desacuerdos reiterados o la causa gravemente entorpecedora de la finalidad reconocida, constituyen una causal que puede determinar la atribución del ejercicio de la responsabilidad parental, total o parcialmente a uno solo de los progenitores, o distribuir las funciones entre ellos.

30. Plazo

El plazo es de dos años, pero si los desacuerdos se prolongan el plazo se puede alargar y siempre se podrá acortar si cesan las discrepancias que dieron origen a la controversia.

31. La intervención del Ministerio Público

En todos estos supuestos, es requisito esencial la intervención del Ministerio Público.

32. Delegación del ejercicio

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 con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un [1] 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. Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido.

En casos excepcionales el ejercicio de la responsabilidad parental puede ser delegado a un pariente, sin perjuicio de la posibilidad de delegación al progenitor afín contemplado en el art. 674.

33. Personas a quien se puede delegar

La norma establece que la delegación excepcional debe ser hecha a un pariente, sin embargo no vemos óbice para que se delegue a un allegado como podría ser el padrino del bautizo del menor de edad. Lo que debe primar siempre es el interés superior del menor.

34. Carácter delegable de la responsabilidad parental

Este artículo y el 674 vienen a dejar de lado uno el carácter de la indelegabilidad de la patria potestad. En efecto, siempre se sostuvo que la patria potestad reconocida por la ley, es intransmisible. Esta característica era conocida como la indisponibilidad o inalienabilidad de los derechos y deberes de los padres frente a los hijos. La norma en cuestión viene a determinar, que el ejercicio de estos derechos puede delegarse cuando el interés superior del menor lo exija.

35. Responsabilidad por actos ilícitos

La delegación de la responsabilidad parental no exime a los padres de responder por los actos ilícitos ocasionados por los menores de edad, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1755 del Cód. Civil.

36. Adopción

La delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, en principio no debe ser considerado a los fines de la adopción, de acuerdo con el art. 611, párr. 3°.

Creemos que este principio puede ser dejado de lado, porque si se ha delegado el ejercicio de la responsabilidad parental en un tercero y el juez lo ha homologado, no vemos motivo por el cual esta delegación no sea tenida en cuenta a los fines de la adopción cuando no se ha supervisado la crianza y educación del hijo.

37. El procedimiento

La ley no establece el procedimiento por el cual deberá llevarse a cabo la homologación del convenio de delegación del ejercicio, pero evidentemente ha de tratarse de un procedimiento no controvertido y voluntario.

38. Jurisprudencia

En jurisprudencia se ha dicho que "excepcionalmente puede disponerse que la guarda de los menores no se confíe a ninguno de los padres. En este caso, la decisión también debe consultar el interés de los menores, teniendo en cuenta que, en principio, son siempre los progenitores quienes deben asumir, irrenunciablemente, las obligaciones emergentes de la patria potestad y, por ende, la guarda de sus hijos. [\(12\)](#)

39. Progenitores adolescentes

Los progenitores adolescentes, estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud.

Las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo.

El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos. En caso de conflicto, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local.

La plena capacidad de uno de los progenitores no modifica este régimen (art. 644).

El art. 644 indica que los progenitores adolescentes, estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud. Las personas que ejerzan la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omita realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo. El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si 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, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local. La plena capacidad de uno de los progenitores no modifica este régimen.

Se deja sin efecto la figura de la tutela por parte de un abuelo sobre su nieto y se admite, con algunas limitaciones, el ejercicio de la responsabilidad parental por los progenitores menores de edad, lo que concuerda con la autonomía progresiva reconocida.

40. Actos que pueden realizar los progenitores adolescentes

Los progenitores adolescentes en principio, pueden realizar por si mismo todas las tareas necesarias para el cuidado y educación de los hijos menores de edad, esto incluye también los contratos de escasas cuantías establecidos por el art. 684.

41. Actos de disposición

Para realizar actos de disposición de los bienes de los hijos, se requiere la autorización judicial, por lo tanto la inexperiencia del adolescente esta suplida por el control del tribunal.

42. Actos trascendentes para la vida del niño

En el caso de actos trascendentes para la vida del niño, se requiere que el consentimiento del progenitor adolescente se integre con el asentimiento de cualquiera de los progenitores.

La ley enumera en forma ejemplificativa algunos actos que requieren el asentimiento de los abuelos, ellos son: la adopción y las intervenciones quirúrgicas. Tal enumeración es simplemente enunciativa porque el precepto indica que se debe requerir el asentimiento en todos aquellos actos que puedan lesionar gravemente el derecho del niño o niña hijo de un adolescente, como por ejemplo la locación de un campo de gran valor, la venta de una cosecha de soja, la participación en una asamblea societaria para la cual el adolescente carezca de formación o de conocimientos.

43. La seguridad de los terceros

Tratándose de progenitores adolescentes por seguridad, los terceros deben contar con el asentimiento de los abuelos, para evitar futuras nulidades.

44. La diferencia entre asentimiento y consentimiento

Los que deben dar el consentimiento en representación del menor son los padres adolescentes, los abuelos solo prestan el asentimiento, lo cual no los hace parte del acto ni les genera responsabilidad contractual alguna. Ellos así, el hecho de prestar el asentimiento para una operación quirúrgica, no obliga a los abuelos al pago de los honorarios médicos, ya que no son ellos los titulares de la responsabilidad parental.

45. Resolución de los conflictos

En caso de desacuerdo, la resolución es judicial y deberá ser tomada en el procedimiento más breve que prevean las leyes locales, en el procedimiento se debe escuchar al niño afectado por la resolución y su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida.

46. Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores. Si el hijo tiene doble vínculo filial se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para los siguientes supuestos (art. 645):

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

En todos estos casos, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar.

Cuando el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso.

47. Carácter de la enumeración

Esta enumeración es taxativa y no puede ampliarse por interpretación del juez ni de las partes.

a) Autorización para contraer matrimonio;

Se requiere el consentimiento de ambos cónyuges para que el hijo menor de edad contraiga matrimonio, por la trascendencia que tiene el casamiento y porque éste produce la emancipación del niño y el cese de la responsabilidad parental. En estos casos no es suficiente la presunción del consentimiento de uno de los padres.

b) Autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad;

El ingreso en comunidades religiosas y en las fuerzas armadas, aleja al niño de la autoridad de sus padres, es por ello que se requiere el consentimiento conjunto de ambos progenitores y si el hijo es mayor de 13 años, se necesita también su consentimiento expreso, según el párrafo final del art. 645.

c) Autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero;

Se requiere autorización de ambos padres, no solo para salir del país, como lo establecía el art. 264 quáter, sino también para el cambio de residencia permanente en el extranjero. Pues, resulta claro que no es lo mismo que el hijo viva en Uruguay que en Afganistán. La norma nada dice, con respecto a los cambios de residencia dentro del país, en principio el padre o la madre que tiene el cuidado personal del niño, podrá cambiar la residencia en nuestro país sino media oposición paterna, pero si la hay deberá recurrir al trámite del art. 642.

En diversas sentencias, para conceder la autorización para viajar, se ha hecho hincapié en la necesidad de quien pretende emprender el cambio de residencia, en la inteligencia de que satisfacer estas aspiraciones legítimas, benefician indirectamente al niño al mejorarse de modo sustancial, el estado emocional de ese progenitor.

d) Autorizarlo para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí;

En este aspecto hay que tener en cuenta que no siempre el hijo menor va a necesitar el consentimiento de ambos padres para estar en juicio, ya que de acuerdo a lo dispuesto por el art. 30, el menor con título habilitante, tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ellos.

Por otra parte, el hijo adolescente no precisa autorización de sus progenitores cuando sea acusado criminalmente ni cuando sea demandado para reconocer hijos (art. 680). Además de ello, el hijo puede estar en juicio contra sus progenitores sin previa autorización judicial.

e) Administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto en este Capítulo;

El principio general es que ambos padres deben prestar su consentimiento para la administración de los bienes de sus hijos. Este principio no es aplicable en los casos del art. 30, en los contratos de escasa cuantía y en los supuestos contemplados en el art. 683, es decir, en los casos en que el mayor de 16 años ejerza algún empleo, profesión o industria, supuesto en el que se considera autorizado por sus progenitores, para todos los actos y contratos concernientes al empleo.

f) Oposición

En caso de oposición, el juez debe resolver de acuerdo al interés familiar. Adviértase que en este caso, no se habla del interés del menor, sino de toda la familia.

48. Jurisprudencia

Sigue vigente la jurisprudencia que indica que "Si ambos padres tienen el propósito de que su pequeña hija reciba el sacramento del bautismo, la decisión material, por parte de la madre, del lugar y forma de hacerlo, no importa una sustitución en el ejercicio de la patria potestad". (13) También mantienen válidos los precedentes que indican que "Corresponde conferir la autorización que solicita para ingresar a un convento donde profesará como religiosa y en el cual ya se encuentra de hecho, a la menor que cuenta con veinte años de edad, es bachiller y estudiante secundaria del profesorado —lo que le da el necesario discernimiento para decidir la orientación de su vida—, no es hija única ni único sostén de sus padres, y demuestra su vocación clara, firme y decidida en el sentido indicado". (14) Negada a un menor la autorización paterna para entrar en comunidad religiosa, puede el juez acordar la venia siempre que medien motivos razonables para ello y, en caso de no existir indicios serios y fundados de que el propósito de entrar en religión obedezca a razones extrañas a la de una verdadera vocación, debe protegerse el derecho de todo individuo con uso de razón de resolver en su fuero íntimo su destino espiritual. (15) Procede la autorización para el ingreso si la negativa materna no se fundaba en

motivos serios (Ídem nota anterior). La autorización paterna se requiere no sólo para la celebración del contrato inicial, por el cual el menor se incorpora a la fuerza armada, sino también para prorrogarlo. (16) La vía más idónea para resolver la autorización para sacar a un hijo del país por un lapso prolongado es el trámite incidental desde que, siendo breve, preserva un adecuado debate y el derecho de ambos padres, propendiendo a lo más conveniente para los menores (CCC de San Isidro, 15/06/1989, D.J. 1989-2-771).

Sigue vigente la jurisprudencia que autorizó la radicación de dos niñas de ocho y nueve años en Roma, Italia, junto a su madre. Tres fueron las razones básicas por las cuales se accedió al pedido. Una, que la realización afectiva y profesional de la madre no resulta ajena al interés familiar y se vincula estrechamente con el de las hijas, para quienes tal realización de la progenitora habrá de redundar en un beneficio para ellas, tanto en el aspecto espiritual como material. La segunda razón, es que dichas niñas —al estar en plena etapa de formación y desarrollo— debían tener una relación privilegiada con su progenitora. La tercera, es que en la especie se garantizaba un amplio contacto con el padre. En el caso, se ordenó que las niñas vinieran a la Argentina en las vacaciones de invierno y verano; que la madre debiera proporcionar al padre dos pasajes aéreos anuales y alojamiento por quince días; y, en fin, que tenía que asegurar que las niñas mantendrían un contacto estrecho con el padre por vía telefónica, Internet y otros medios disponibles. (17)

49. Deberes y derechos de los progenitores. Reglas generales

Constituyen derechos de los progenitores los enumerados en el art. 646 que dice: Son deberes de los progenitores:

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

50. Relación con el Código Civil

La norma comentada se relaciona con el art. 265 del Cód. Civil. El texto adoptado es más amplio y es afín a las convenciones internacionales y la jurisprudencia más moderna sobre el tema.

51. Cuidado

El deber de cuidado es el ingrediente fundamental de los restantes deberes derivados de la responsabilidad parental o si se prefiere un compendio de todos ellos, porque cuidar del hijo implica atender a su salud física y psíquica, informarse de sus problemas, aficiones personales y amistades personales, atender a su educación moral, cívica y hasta religiosa. En realidad el deber de cuidado se presenta sin un contenido específico, como una actitud que informa la totalidad de la función de parentalidad.

52. Convivencia

Convivir con los hijos es un derecho y un deber de los padres. La convivencia comienza con el alojamiento bajo el mismo techo y comprende una comunidad de vida que permite el desarrollo de los lazos afectivos y solidarios.

53. Alimentos

Los alimentos comprenden el deber de asistencia que es el sostenimiento debido de padres a hijos. En su sentido genérico, esta implica el cuidado, resguardo y atención en la persona y bienes del asistido. Es importante señalar que el deber de alimentos no cesa por la adquisición de la mayoría de edad sino que se prolonga hasta los 25 años en búsqueda de la consecución exitosa de estudios profesionales o técnicos.

54. Educación

Dentro del sinnúmero de obligaciones que tienen los padres, la más importante es la educación pues, en cierta manera, subsume a todas las demás, o en su defecto las complementa con sus características. En la educación hay que tomar en cuenta que los medios y condición de los padres tiene que estar relacionada con la vocación y aptitudes del hijo. La educación, es la formación física, espiritual y moral que permitirá al menor integrarse de manera satisfactoria y plena en la sociedad. Educar es cultivar las virtualidades positivas y

desalentar las negativas. La educación comprende la escolar y la superior incluyéndole universitaria o tecnológica. Asimismo, al hijo que adolezca de alguna enfermedad o deficiencia física o mental debe dársele una educación adecuada a su estado. La cuestión reside en determinar ¿qué hacer cuando en base al derecho de educar los padres optan? Por sustraer al hijo del sistema educativo. En estos casos habrá que determinar si el sustraerlo del sistema de educación oficial no los coloca en una situación de desamparo por falta de escolarización, máxime siendo ella obligatoria en nuestro país.

55. El respeto de la personalidad del menor

La responsabilidad parental ha de ejercerse de acuerdo con la personalidad del hijo, quien es no solo objeto de cuidados sino sujeto cuya peculiar individualidad constituye ahora la regla y medida del trato y de la educación que ha de recibir. Ello conlleva a tener en cuenta su opinión y parecer y por ende el deber de escucharlo si tuviese suficiente juicio, antes de adoptar decisiones que le puedan afectar.

56. El respeto del derecho del niño a ser oído

La norma en comentario positivista uno de los cuatro ejes de la Convención de los derechos del Niño, que requiere que los niños tienen derecho tanto a expresar su opinión sobre todo asunto que les afecta como a que se dé el debido peso a estas opiniones, conforme a su edad y madurez.

El escuchar a los niños no debe considerarse como un fin en sí mismo, sino más bien como un medio de que los padres hagan que sus interacciones con los niños y las medidas que adopten en favor de los niños estén cada vez más orientadas a la puesta en práctica de los derechos de los hijos. Para ello la participación de los niños y las consultas con los niños tienen también que tratar de no ser meramente simbólicas.

57. El respeto a la comunicación con los abuelos y otros parientes [\(18\)](#)

El Código Civil y Comercial facilita alienta y protege las relaciones de los nietos con los abuelos y sanciona desalienta y pena a quienes las impiden o a quienes las ejercen de manera abusiva. En el caso de la responsabilidad parental expresamente se establece la obligación de los padres de respetar el vínculo de los nietos con sus abuelos y otros parientes

Son múltiples las disposiciones que entretejen un sistema equilibrado de reconocimiento y regulación de las relaciones entre nietos y abuelos y demás parientes. Así el derecho de comunicación está regulado en el capítulo correspondiente al derecho de los parientes, concretamente en el art. 555. Por otra parte para favorecer y posibilitar las relaciones entre los niños y sus abuelos dispone que quienes tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de estos con sus abuelos.

La norma busca favorecer las relaciones entre los nietos y abuelos al tiempo que trata de impedir que los niños se transformen en "trofeos" en la disputa entre los adultos, ya que muchas veces ocurre que el progenitor que tiene la custodia del niño quiera cortar los vínculos del menor con la familia de su otro progenitor y a veces con la propia e impida las relaciones entre los abuelos y los descendientes.

Por otra parte resulta indudable que desde el punto de vista psicológico, la relación ente abuelos y nietos, constituye una necesidad para ambas partes.

58. La administración de los bienes

Los padres en principio están obligados a administrar los bienes de los hijos. Este principio no es aplicable en los casos del art. 30, en los contratos de escasa cuantía y en los supuestos contemplados en el art. 683, es decir, en los casos en que el mayor de 16 años ejerza algún empleo, profesión o industria, supuesto en el que se considera autorizado por sus progenitores, para todos los actos y contratos concernientes al empleo.

59. La representación

En principio los padres ejercen la representación de los hijos menores de edad, con excepción de los supuestos del art. 30, que contempla al menor con título habilitante, tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ellos, sin que requiera la representación de sus padres.

Por otra parte, el hijo adolescente no precisa ser representado por sus progenitores cuando sea acusado criminalmente ni cuando sea demandado para reconocer hijos (art. 680). Además de ello, el hijo puede estar en juicio contra sus progenitores sin que ellos los representen.

60. Prohibición de malos tratos

El Código contempla la prohibición de malos tratos en el art. 647 que dice: 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.

61. Relación con el Código Civil

La norma se relaciona con el art. 278 del Cód. Civil y tiene como fuente la Convención de los Derechos del Niño y la Observación General 8 del 2006 del Comité de derechos del niño.

62. El castigo físico

El castigo físico, disciplina física o castigo corporal es la aplicación deliberada de dolor corporal a una persona, aún en detrimento de su condición mental, con la intención de disciplinar para que cambie su conducta en una orientación positiva para la persona que recibe dicho trato.

Los castigos físicos han sido aplicados a lo largo de la historia como método de educación de los niños por parte de sus padres, La norma en comentario los impide en todas sus formas como método de educación y corrección del niño.

En Junio de 2006, el Comité de Derechos del Niño publicó una Observación General sobre el derecho de los niños a la protección contra los castigos corporales y otras sanciones crueles o degradantes, reafirmando la obligación que han contraído los gobiernos de prohibir y eliminar todas las formas de castigo corporal en todos los entornos, incluido el hogar familiar, y ofreciendo recomendaciones detalladas sobre la reforma legal y otras medidas necesarias. En Octubre de 2006, el informe para el estudio de la violencia contra los niños, encargado por el Secretario General de las Naciones Unidas, fue presentado a la Asamblea General. En él se urge a los Estados a prohibir el castigo corporal de los niños en todas sus manifestaciones y en todos los entornos, fijándose el año 2009 como fecha objetivo.

La norma en comentario viene a adecuar nuestra legislación a esta recomendación. Buscando hacerla realidad ya que una condición necesaria para que la prohibición del castigo corporal sea efectiva consiste en que ésta esté explícitamente enmarcada en las leyes. Las normativas o directrices no son suficientes porque no dan un nivel igual de protección legal La prohibición legal requiere una declaración clara y contundente de que todo el castigo corporal está prohibido.

63. ¿Ha desaparecido el deber de corrección?

Evidentemente que no ha desaparecido el deber de corrección, porque mientras los padres tengan el deber de educar a sus hijos tienen también el deber de corregirlos, lo que no implica que puedan hacerlo mediante la utilización del maltrato físico ni corporal, ni la humillación, ni la vejación.

(1) Bibliografía clásica. BELLUSCIO, Augusto César, Incidencia de la reforma constitucional sobre el Derecho de Familia, en L.L. 1995-A-936; BORDA, Alejandro, El derecho de los padres frente a la intervención del Estado (una intervención acertada), en L.L. 1989-C-385; Aciertos y errores de la ley sobre filiación y patria potestad, en L.L. 1985-E-687; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo A., Régimen legal de filiación y patria potestad. Ley 23.264, Astrea, Buenos Aires, 1987; D'ANTONIO, Daniel Hugo, Patria potestad, Astrea, Buenos Aires, 1979; Nuevo régimen legal de la patria potestad, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel, Patria potestad y filiación. Trámite legislativo. Fuentes de su reforma, en L.L. 1985-D-751; La reforma del régimen de patria potestad, en Cuadernos de Familia, 1984, vol. 2, N° 4; GIL IGLESIA, Roberto A., Ley 23.264. Filiación, patria potestad, sucesiones, El Autor, Resistencia, 1987; GOWLAND, Alberto J., Patria potestad. Notas a la ley 23.264, en L.L. 1986-D-1158; LLOVERAS, Nora, Patria potestad y filiación, Depalma, Buenos Aires, 1986; URIARTE, Jorge Alcides, Patria potestad, Ghersi, Buenos Aires, 1981.

(2) Bibliografía. Bibliografía de la reforma DE LA TORRE, Natalia, "La recepción del principio de autonomía en el proyecto de reforma y unificación del Código Civil: democratización de las relaciones familiares", Revista de Derecho de Familia, 59-131, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2013. DEL MAZO, Carlos Gabriel, "Título: La responsabilidad parental en el Proyecto", Revista de Derecho de Familia y de la personas, 2012-07, La Ley, Buenos Aires, ps. 206. GROSMAN, Cecilia, "Un cuarto de siglo en la comprensión de la responsabilidad parental", Revista de Derecho de Familia, 66-227, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2014. ILUNDAIN, Mirta, "Responsabilidad parental", Revista de Derecho de Familia, 57-305, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012. JÁUREGUI, Rodolfo G, "La responsabilidad parental en el Anteproyecto del 2012", Revista de Derecho de Familia y de la personas, 2012-07, La Ley, Buenos Aires, ps. 227. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014", La Ley 08/10/2014, La Ley, 2014. MIZRAHI, Mauricio Luis, "La responsabilidad parental. Comparación entre el régimen actual y el del Proyecto de Código", Revista de Derecho de Familia y de la personas, 2013-04, La Ley, Buenos Aires, ps. 21;

MIZRAHI, Mauricio Luis, Aída, "La guarda de un niño por un tercero. Principios de estabilidad", La Ley 2013-E, 986, La Ley, 2013; MORENO, Natalia, "Ejercicio de los derechos de los menores de edad y adolescentes en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", Revista de Derecho de Familia y de la personas, 2013-04, La Ley, Buenos Aires, ps. 35. MUÑIZ, Carlos M., "Régimen de Capacidad de los Menores en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (Comisión de Reformas Decreto 191/2011)", DJ 01/08/2012, 95, La Ley, Buenos Aires; LLOVERAS, Nora, MONJO, Sebastián, "Responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en el Proyecto de Código", La Ley 2013-E, 1078, La Ley, 2013, JÁUREGUI, Rodolfo G., "La responsabilidad parental en el Anteproyecto del 2012", Revista de Derecho de Familia y de la personas, 2012-07, La Ley, Buenos Aires, ps. 227. WAGMAISTER, Adriana M., "Proyecto de Código Civil Unificado. Parentesco - Alimentos - Responsabilidad parental", Revista de Derecho de Familia y de la personas, 2012-07, La Ley, Buenos Aires, ps. 197.

(3) Corte Sup., 29/04/2008, LL 2008-C-540.

(4) "CS, G. 147. XLIV, "García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa 7537" del 02/12/2008.

(5) CNCiv., sala C, 03/06/1980, Rep. E.D. 19-954, sum. 12.

(6) SCBA, 23/03/1982, Rep. E.D. 19-953, sum. 1.

(7) CNCiv., sala F, 21/06/1977, E.D. 75-353.

(8) Confr. Fallos: 328:2870, voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay, considerando 6°.

(9) Corte Suprema de Justicia de la Nación "N.N. O U., V. s/protección y guarda de personas". 12/06/2012 Publicado en: LA LEY 26/06/2012, 7. Sup. Const. 2012 (junio), 66. LA LEY 2012-D, 182. DFyP 2012 (septiembre), 269 con nota de Marcelo Enrique LUFT. ED 25/10/2012, 1. DJ 07/11/2012, 17 con nota de Diego A. DOLABJIAN. ED 250, 45 Cita online: AR/JUR/23454/2012.

(10) CNCiv., sala J, 24/11/1998, E.D. 185-102.

(11) CNCiv., sala J, 24/11/1998, E.D. 185-102.

(12) C. Nac. Civ., sala A, 15/03/1965, LL 118-429.

(13) SCBA, 28/11/1972, L.L. 150-721.

(14) CNCiv., sala B, 20/05/1954, J.A. 1954-III-25.

(15) CNCiv., sala B, 31/05/1954, J.A. 1954-III-397.

(16) CFed. Capital, 05/08/1938, L.L. 11-696.

(17) CNCiv., sala D, 28/02/2011, "R., M.C. y otros c. T. P., M. s/autorización", R. 594.035. En similar sentido CNCiv., sala E, 20/10/2004, "H., P. D. c. B., H. C.", LA LEY, 3-11-2004, p. 10, La Ley Online AR/JUR/2737/2004., 12 Ver CNCiv., sala H, 17/12/2009, "A., M. M. y otros c. R., L.", La Ley Online, AR/JUR/62878/2009; íd. íd., 31/05/2010, "V. Q., M. E. c. K., N. A.", La Ley Online, AR/JUR/28227/2010.

(18) Medina, Graciela, El Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado y las relaciones entre abuelos y nietos, DFyP 2012 (diciembre), 3, AR/DOC/5232/2012. MEDINA, Graciela La reforma italiana en materia de filiación. Diferencias y semejanzas con el Proyecto de Código Civil y Comercial argentino, DFyP 2014 (julio), 3, AR/DOC/1116/2014.