**Título:** Un cuarto de siglo en la comprensión de la responsabilidad parental

**Autor:** Grosman, Cecilia

**Publicado en:**

**Cita Online:** AP/DOC/1073/2014

**Sumario: I. La intención de nuestro aporte.— II. Una pincelada del devenir histórico.— III. Significado y contenido de la responsabilidad parental.— IV. El hijo como sujeto de derechos.— V. ¿Cuáles son los principios básicos a partir de los cuales el proyecto de reformas regula la responsabilidad parental, considerando al niño o adolescente como un sujeto de derechos?— VI. La titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental.— VII. El ejercicio de la responsabilidad parental en los casos de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio.— VIII. El cuidado personal de los hijos cuando los padres no conviven.— IX. No discriminación.— X. Ejercicio de la responsabilidad parental cuando se trata de padres adolescentes.— XI. Proyecto de Reformas. Delegación de la autoridad parental.— XII. Palabras finales**

I. La intención de nuestro aporte

Siempre fue obstinación de la Revista construir en las sucesivas narraciones mejores horizontes para las familias argentinas. Con este mandato que nos abraza desde hace un cuarto de siglo, nos hemos propuesto en este trabajo relatar a gruesos trazos los cambios que se produjeron en nuestro país en la relación entre padres e hijos a partir del significado y contenido de la responsabilidad parental expresados tanto en la normativa, la actuación judicial, como en la labor doctrinaria. El tema elegido es muy vasto, por lo que en esta ocasión centraremos nuestro esmero en el análisis e interpretación de algunos aspectos de la responsabilidad parental cuyo avance se expresa con intensidad en el Proyecto de Reformas al Código Civil y Comercial, particularmente cuando los progenitores no conviven.

II. Una pincelada del devenir histórico

Un brevísimo retrato de la relación entre padres e hijos nos muestra que el ideal democrático en la familia ha debido hacer un largo camino. Las transformaciones sufridas en esta relación en el proceso histórico forma parte de los cambios operados en la estructura y funciones sociales de la familia [(1)](#FN1).Una mirada hacia el pasado nos fotografía en el marco de una sociedad pre-industrial, un tipo de familia patriarcal basada en el poder omnímodo del padre y esposo, quien, como jefe de familia, centralizaba y conducía las funciones económicas, religiosas y hasta políticas e imponía sus mandatos a la mujer e hijos, en materia patrimonial, personal y de sentimientos. El sistema socio-económico basado en la propiedad de la tierra y los ganados habría de mantener el modelo de familia tradicional, tendiente a la preservación y continuación de los patrimonios, de las relaciones de poder, títulos y prestigio [(2)](#FN2). El ordenamiento, pues, consolidó una familia basada en el matrimonio monogámico, religioso e indisoluble, centrado en el poder del marido.

En esta familia de antaño, diseñada por el Código Civil, los hijos tenían un tratamiento distinto según la condición de los padres. Los "legítimos", concebidos durante el matrimonio, poseían derechos superiores a los "ilegítimos", engendrados fuera de la unión conyugal. Pero existía otra categoría de hijos cuya situación era aún más estigmatizante, como los hijos adulterinos e incestuosos, que no tenían, según la ley, ni padre ni madre ni derecho a investigar la paternidad o maternidad. Estas normas reflejan la inferioridad social que sufrían quienes no nacían de un vínculo legal y más si eran fruto de relaciones ilícitas. La ley 14.367, de 1954, suprimió estas categorías de hijos y las incluyó dentro de la calificación global de hijos extramatrimoniales. La reforma del Código Civil de 1985 (ley 23.264) terminó por afirmar el principio igualitario y concedió derechos idénticos a los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio (art. 240) en materia de sustento, educación, salud y derechos hereditarios y confirió a ambos padres el ejercicio conjunto de la patria potestad durante la convivencia Los tratados de derechos humanos, particularmente la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2º), fortalecieron desde la cima el principio de no discriminación, precursores de un modelo legal de familia que adquiere su máxima cristalización con los tratados de derechos humanos que asumen jerarquía constitucional a partir de la reforma de la Constitución de 1994 [(3)](#FN3). Se constituye así el "bloque" de normas de máxima jerarquía que cualquier legislación debe respetar, so pena de incurrir en responsabilidad internacional. ¿Qué quiere decir esto? La Argentina está comprometida a cumplir con un piso mínimo de derechos humanos que deben guiar la reforma del Código Civil.

Estos tratados consagran varios derechos esenciales que atraviesan todas las instituciones del derecho de familia: el derecho a la igualdad, el derecho a la participación, el derecho al desarrollo y perfeccionamiento personal, conjugado necesariamente con la solidaridad y la unidad familiar [(4)](#FN4). Estas normas superiores defienden, además, el consenso como la forma ideal para resolver los conflictos, rechazándose la imposición y la violencia en el manejo de las relaciones familiares. Finalmente, madura un mayor reconocimiento de las distintas formas de familia, que van perdiendo su condición de "desviadas" o "no familias". En nuestro andar veremos cómo estos derechos conmueven las entrañas de la familia autoritaria en el trato entre padres e hijos y cómo el contenido del Proyecto de Reformas al Código Civil y Comercial revoluciona las ideas pretéritas y procura que la ley estimule los nuevos ideales para que iluminen el camino por el cual debemos avanzar.

III. Significado y contenido de la responsabilidad parental

El art. 264, en su texto actual, nos dice que "La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado".

La expresión en latín "patria potestad" contradice los cambios sustanciales introducidos en la función de gobierno de los progenitores. La palabra "potestad", según la Real Academia Española, es el "dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre una cosa". Este "dominio o poder" sobre los objetos que trasunta implica una suerte de "cosificación" de uno de los extremos (el sujeto pasivo) de la relación paterno-filial [(5)](#FN5) en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo "responsabilidad" implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores [(6)](#FN6) que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer las necesidades de cuidado y educación del niño.

La designación más apropiada es, pues, la de responsabilidad parental, que tiene un fuerte valor simbólico y pedagógico, si tenemos en cuenta que el lenguaje influye en las creencias e incide en las conductas y actitudes. Esta designación se emplea en Alemania, Austria, Australia, Bulgaria, Noruega, entre otras, y el Reglamento del Consejo Europeo 2201/2003, del 27/3/2003 —también denominado "Nuevo Bruselas II"—, que se refiere a la "competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental".

En consonancia con estos cambios, en la Ciudad de Buenos Aires, el art. 34 de la ley 114 de "Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes" utiliza la expresión "responsabilidad de los padres". Idéntica locución encabezan algunas leyes locales de protección integral de derechos, tales como el art. 26 de la ley riojana 7590, el art. 28 de la ley neuquina 2302 y el art. 38 de la ley sanjuanina 7338. Por su parte, la ley nacional 26.061 recepta genéricamente en el art. 7º la expresión "responsabilidad familiar".

IV. El hijo como sujeto de derechos

Mientras que el concepto del art. 264 originario del Código Civil consideraba a la "patria potestad" como un conjunto de derechos de los padres, o sea, de uno de los términos de la relación, a partir de la ley 10.903 se dispuso que la "patria potestad" es el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre la persona y bienes de los hijos, es decir, se trataría de "un derecho-deber" que no sólo se ejerce en el interés de los padres, sino también en atención a los intereses del hijo. Con la ley 23.264 se fortalece esta idea y los derechos y deberes de los padres se reconocen para "la protección y formación integral de los hijos"[(7)](#FN7).

Con esta misma orientación, el Proyecto de Reformas al Código Civil y Comercial define 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 y desarrollo integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado" (art. 638).

Se observa en esta definición que el eje de la acción de los padres implica considerar y tratar al hijo como una persona titular de una serie de derechos que aseguren su mejor desarrollo y los deberes de los progenitores están destinados a cumplir dicho cometido. El paradigma esencial que surge de la Convención sobre los Derechos del Niño es, pues, reconocer al hijo como un sujeto de derechos; esto significa que ya no es visto como una figura pasiva sobre la cual se ejerce la acción parental, o sea, como un "objeto" de protección, sino como una persona que participa activamente en su proceso de crianza y educación, naturalmente de acuerdo con cada etapa de su evolución [(8)](#FN8). Se trata de asegurar que la función normativa de los padres se realice en el marco de una interacción entre el adulto y el niño o adolescente y no como efecto de una acción unilateral basada en la sumisión [(9)](#FN9). Veamos las distintas formas en que se expresa esta participación en el Proyecto de Reformas.

**1. Evaluar los personales requerimientos y considerar las distintas fases de crecimiento del hijo**

El Proyecto [(10)](#FN10) dispone que es un deber de los padres "considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psico-físicas, aptitudes y desarrollo madurativo" (art. 646.b). El niño o adolescente reclama una franja de libertad para el desarrollo de su potencial humano y que se tome en cuenta su particular personalidad, necesidades, dificultades y deseos en cada etapa de su evolución, con un gradual reconocimiento de su autonomía en el ejercicio de sus derechos, como lo exige el art. 5º de la CDN, cuando reconoce el derecho de los padres de impartir a sus hijos, "en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención"[(11)](#FN11).

Otros países ya consignan esta orientación en las normativas. Citamos, a título de ejemplo, el art. 1626.2 del BGB de Alemania donde se establece que "Los padres observarán en el ejercicio del cuidado la creciente capacidad y necesidad de la independencia del hijo en cuanto a su actuación consciente y responsable. Debatirán con el hijo las cuestiones relativas a su cuidado y promoverán la adopción de acuerdos". El Código de Familia de Cataluña señala que "La potestad parental es una función inexcusable que, en el marco del interés general de la familia, se ejerce personalmente en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y para facilitar su pleno desarrollo" (art. 236.2). Igualmente, el cambio propuesto por el Proyecto ya es norma en el Código Civil español, art. 154; Código Civil suizo, art. 302; Código Civil italiano, art. 147; Código Civil portugués, art. 1885; Código austríaco, art. 146; Código de Familia de la República de El Salvador, art. 211; Conclusiones del Consejo de Europa, 1977.

A menudo los adultos cometen un abuso de autoridad al negar al niño o adolescente su condición de otro, una persona diferente con su propia singularidad, expresión de su derecho a la identidad. Se trata, como bien se ha dicho, de construir lazos afectivos sanos y respetuosos de los derechos personalísimos de cada integrante —niños/as, adolescentes, adultos y adultos mayores—, convirtiéndose la familia en el vehículo propicio para el desarrollo de estas personalidades y no en un valladar de sus potencialidades [(12)](#FN12).

Al mismo tiempo, las crónicas periodísticas evidencian que no tomar en cuenta las capacidades del niño en sus distintos estadios evolutivos puede llevar a actos de violencia irreparables. Cito el caso de la mujer que dio muerte a su hija de trece meses porque no controlaba los esfínteres o los padres que han golpeado cruelmente a sus hijos irritados por su constante llanto, que es, en el lenguaje del niño, expresión de sus necesidades, hambre, sed, dolor o incomodidad. Por cierto que estos hechos no se producen exclusivamente por no comprender las limitaciones de sus hijos en cada etapa vital, sino que en el maltrato intervienen una multiplicidad de factores de carácter social, problemas personales o el modo en que fueron socializados los padres. Sin llegar a los casos espectaculares que registran los diarios, cada uno de nosotros ha visto las reacciones agresivas de algún progenitor al no satisfacer el niño una exigencia desmedida o inoportuna [(13)](#FN13).

**2. La participación del hijo en el proceso educativo**

La participación del hijo en el proceso educativo es darle el derecho de expresar su opinión en las cuestiones que lo afecten (CDN, art. 12). Esta directiva representa la incorporación de un nuevo modelo interaccional, ya práctica normal en muchas familias, que abre la posibilidad del diálogo entre padres e hijos y permite conocer los problemas que afectan a los niños y adolescentes y la posibilidad de cumplir en mejor medida una función de apoyo y orientación, como lo propone el Proyecto de Reformas al establecer como deberes de los progenitores: "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" (art. 646, inc. c); "prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos" (art. 646, inc. d).

En este modelo interaccional no hay antinomia entre las facultades educativas de los padres y la participación del hijo en el proceso educativo, rechazándose la falsa disyuntiva modelo autocrático o anomia. Como se ha destacado, frente a los modelos extremos, la CDN presenta un modelo democrático donde se reconoce al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el ejercicio "progresivo" del derecho a la educación (art. 28, inc. 1). El art. 29 (inc. 1) establece que su educación debe estar encaminada a "desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades" (inc. 1) y el art. 32 reconoce el derecho del niño "a participar plenamente en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento"[(14)](#FN14).

Esto significa que los padres, en el ejercicio de su función, tienen el deber de orientar y socializar a los hijos y en esta labor se requiere un intercambio con el niño o adolescente de acuerdo con cada etapa de su desarrollo. Esto representa el reemplazo de la obediencia e imposición por el intercambio y la búsqueda de negociación frente a los conflictos, a más de la transmisión de valores y conductas.

**3. El aprendizaje hacia la autonomía**

Como vemos, considerar al niño o adolescente como sujetos de derecho significa, al mismo tiempo, acordar al hijo la posibilidad de hacer su aprendizaje hacia la autonomía, permitiéndole decidir de acuerdo con la adquisición de sus diferentes capacidades. Es necesario tener presente que la inserción social de una persona no deviene de manera súbita, sino que es consecuencia de un largo proceso que gesta su independencia. Si los padres truncan este proceso, se contraponen a la directiva del Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño cuando dice "que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad...". Naturalmente, siempre habrá que cuidar el justo equilibrio entre los derechos a la autodeterminación del hijo a partir de cierta edad y las responsabilidades parentales, que deben ser cuidadosamente preservadas para que los niños cuenten con el debido marco de contención.

**4. Los malos tratos a niños y adolescentes**

No podemos abandonar este apartado relativo a la consideración del niño o adolescente como un sujeto de derechos sin alzar la voz sobre una problemática que la sociedad vivencia diariamente a través de las noticias periodísticas. Se trata del maltrato al hijo por sus padres en el ejercicio de la responsabilidad parental.

El actual art. 278 del Código Civil establece que "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 corporales que lesionen físicamente o psíquicamente a los menores".

Los casos llegados a la justicia han puesto en evidencia que el término "moderado" deja un espacio a la arbitrariedad, pues el progenitor definirá de acuerdo a sus propios códigos la normalidad de la acción [(15)](#FN15). El Proyecto de Reformas afirma una nueva visión en la relación entre padres e hijos acorde con la filosofía que tiñe toda su estructura al derogar el llamado "poder de corrección", reemplazándolo por el derecho-deber de los progenitores de "prestar orientación y dirección" a niños y adolescentes (art. 646), requiriéndose para esta labor un "intercambio con el hijo de acuerdo con cada etapa de su desarrollo", al mismo tiempo que se propone el asesoramiento y apoyo del Estado para afrontar la problemática planteada [(16)](#FN16).

De esta manera, el art. 647 dispone 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".

Un Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños, las Niñas y los Adolescentes de mayo 2005 nos informa que en una encuesta en Colombia, "...el 53% consideraba que el castigo físico es necesario para la educación de los hijos". En un relevamiento en el Hospital Gutiérrez, sobre 475 encuestas de padres de hijos entre 1 y 5 años, el 68% usaba el chirlo como método de disciplina. "Un sopapo a tiempo vale más que mil palabras"[(17)](#FN17) . Como señala Di Lella, la inquietud que se plantea es cuando el "castigo" se considera justificado con el convencimiento de que sirve "para educar", de que para incorporar al niño a la vida social es necesario el empleo de este método [(18)](#FN18) .

El Comité de los Derechos del Niño recomendó a los gobiernos de la región y del mundo que deben sistemáticamente prohibir toda forma de violencia, incluyendo todo castigo corporal por ligero que fuese, en la crianza de los niños en el hogar, la escuela, las instituciones de cuidado. Golpear a los niños—señala el Informe para la Consulta Regional de América Latina, 2005— "es una lección de mal comportamiento, les enseña que los adultos, que les exigen respeto, consideran que la violencia es un método legítimo para resolver los conflictos e imponer la autoridad".

También hay otras formas de lesionar a los niños. Bien es sabido que, en los casos de ruptura de la pareja, muchas veces los hijos devienen el campo donde se despliega el conflicto. Se ha considerado que constituye un claro supuesto de maltrato infantil cuando se los utiliza "como objeto de presión, chantaje, hostigamiento o retención arbitraria en los conflictos familiares"[(19)](#FN19).

En el Informe del Comité sobre los Derechos del Niño dirigido a la Argentina el 11 de junio de 2010, el Comité "expresa su preocupación ante la inclusión del art. 278 del Código Civil en el sentido de reconocer el derecho de los padres a la corrección apropiada que puede conducir al abuso, y castigo corporal. El Comité recomienda que el Estado Parte explícitamente prohíba por ley en todas las provincias el castigo corporal y todas las formas de violencia contra los niños en todos los ámbitos incluyendo la familia, las escuelas, los lugares alternativos de cuidado y guarda de niños y lugares de detención para infractores juveniles, e implementen dichas leyes efectivamente. También recomienda que el Estado Parte intensifique sus campañas de concientización con una visión de cambio de percepciones erradicando el castigo corporal y a fin de promover el empleo de formas alternativas y no violentas de disciplina en una manera consistente con la dignidad humana de los niños y en concordancia con la Convención especialmente el art. 28, 2".

En el derecho comparado, numerosos países han establecido ya la prohibición absoluta del castigo corporal: Suecia, Dinamarca, Austria, Alemania, Israel, Chipre, Islandia, Código de la Niñez de Bolivia, Uruguay, Costa Rica, Venezuela.

En coincidencia con el deber de los padres de "prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos" (art. 646.d), el Comité de los Derechos del Niño, observación 8 (2006), señala que "...al rechazar toda justificación de la violencia y la humillación como forma de castigo de los niños, el Comité no está rechazando en modo alguno el concepto positivo de disciplina. El desarrollo sano del niño depende de los padres y otros adultos para la orientación y dirección necesarias, de acuerdo con el desarrollo de su capacidad, a fin de ayudarle en su crecimiento para llevar una vida responsable en la sociedad".

V. ¿Cuáles son los principios básicos a partir de los cuales el proyecto de reformas regula la responsabilidad parental, considerando al niño o adolescente como un sujeto de derechos?

El art. 639 del Proyecto enumera los siguientes principios generales que rigen la responsabilidad parental, que si bien se describen en los tratados internacionales de jerarquía superior, es relevante su mención expresa en este título, pues su esencia constituye una valiosa herramienta de interpretación y convicción para resolver los conflictos que puedan plantearse en la relación entre padres e hijos, a más del incalculable valor para orientar las conductas ciudadanas y con gravitación en toda la regulación [(20)](#FN20).

**1. El interés superior del niño**

Se trata de un principio de naturaleza histórico-cultural que simboliza la idea de que el niño o adolescente ocupa un lugar importante en la familia y la sociedad. Constituye un mandato a los padres o sustitutos, a los diversos órganos del Estado y a la sociedad civil en general [(21)](#FN21). Es una noción de contenido indeterminado cuya definición en el caso concreto se delega en el juez, debiendo identificarse con "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías" del niño y adolescente, expresión de sus necesidades, que reconoce la ley 26.061 en su art. 3º. El interés superior del niño, se advierte en un fallo "es un concepto abierto, debiendo los jueces asignarle contenidos precisos y dar buenos fundamentos acerca de la selección que realicen para no caer en un uso antifuncional de sus facultades discrecionales. Para ello será necesario la intervención de especialistas quienes han de transmitir al tribunal las comprobaciones y resultados de su actividad"[(22)](#FN22).

El interés superior del niño debe también ser considerado en la actuación del Estado. Tomemos un solo ejemplo. Los padres de un niño recién nacido se opusieron a que éste reciba las vacunas previstas en el Plan Nacional de Vacunación. Ello, porque siguen el modelo homeopático y en especial el ayurvédico, basado en directrices nutricionales, sanitarias, etc. La controversia se centra entre la obligatoriedad de las vacunas, la autoridad de los padres y la posibilidad, ante el incumplimiento de éstos para que los hijos accedan a la inmunidad que otorgan, decidir su aplicación compulsiva. En el fallo se exponen los siguientes argumentos: a) el ejercicio de la responsabilidad parental no es absoluto. El límite es el interés superior del niño (arts. 3 y 18, CDN). Cuando ese objetivo no se cumple e, incluso, es perjudicial, el ejercicio es abusivo; b) el Estado no puede cuestionar la elección de cada familia de un determinado estilo de vida, en el caso, la aplicación de la medicina homeopática a menores de edad, pero el Estado debe garantizar el derecho a la salud del niño frente a una ley de vacunación obligatoria (ley 22.909 y normas reglamentarias.). Se decidió, pues, intimar a los progenitores para que en el plazo de perentorio de dos días se acredite el cumplimiento del Plan de Vacunación, bajo apercibimiento de procederse a la vacunación en forma compulsiva, sin perjuicio de usar el auxilio de la fuerza pública, siempre con los cuidados del caso [(23)](#FN23).

También en diversos pronunciamientos se privilegió el derecho a la vida del niño por sobre cualquier creencia religiosa, criterio que se expresó, en particular, en torno al rechazo absoluto de la realización de transfusiones sanguíneas por los "Testigos de Jehová". Lo contrario, se sostuvo, es un desconocimiento absoluto del niño como sujeto de derechos [(24)](#FN24).

**2. La capacidad progresiva define los grados de autonomía del niño o adolescente**

Otro de los principios básicos que inscribe el Proyecto en su art. 639 (inc. b) en el ejercicio de la responsabilidad parental es "la autonomía progresiva de los hijos 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".

Se ha definido el principio de autonomía progresiva como el derecho del niño de ejercer ciertas facultades de autodeterminación, en la medida en que adquiere la competencia necesaria para comprender las situaciones que puedan afectar a su persona.

El fundamento es la necesidad de que el derecho tome en cuenta los procesos de maduración ligados al patrón biológico, a factores de interacción social y desarrollo cognitivo. El principio de autonomía progresiva implica flexibilizar el sistema a partir de las ideas de madurez, desarrollo intelectual, comprensión y discernimiento.

Este principio surge de manera nítida en el Proyecto de Reformas en el capítulo de la capacidad, que sólo enunciamos, pues su tratamiento supera los objetivos de este trabajo [(25)](#FN25). Se establece como regla la capacidad de ejercicio de los derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial (art. 23). Se considera menor de edad a la persona que no ha cumplido los 18 años y adolescente a la persona menor de edad que cumplió 13 años (art. 25).

La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada (art. 26). La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona (art. 26).

Como vemos, en el Proyecto se toma la edad como un elemento objetivo para evaluar la madurez de la persona, pero no el único, es decir, se observa a la edad como un requisito presuntivo o movible y no rígido. Asimismo, se diferencia el tipo de acto de que se trate, si son actos personalísimos o de carácter extrapatrimonial o, por el contrario, de actos patrimoniales donde se encontrarían involucrados intereses de terceros.

La representación de los progenitores, por otra parte, se frena cuando se trata de actos personalísimos que el niño o adolescente está en condiciones de realizar por sí mismo. La función de los padres será, a lo sumo, de asistencia, pero nunca reemplazará la voluntad del hijo. Se presume que el adolescente entre 13 y 16 años tiene aptitud para decidir por sí respecto de 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 tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto de las consecuencias de la realización o no del acto médico.

Se ha definido la asistencia como una función meramente complementaria respecto de la decisión del hijo. Es un medio de control por parte de un tercero, de modo que la persona actúa por sí, sin que se la reemplace o sustituya, pero tiene que contar con la conformidad o asentimiento que le prestará si considera que el acto no es dañoso para el asistido [(26)](#FN26).

A partir de los 16 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo (art. 26).

La normativa específica que introduce el Proyecto, cuando se trata del derecho del niño o adolescente al cuidado de su propio cuerpo, es porque se hallan en juego sus esenciales derechos humanos, reconocidos en los tratados internacionales: el derecho a la vida, a la integridad psicofísica, el derecho a la salud, el derecho a la autonomía personal y el derecho a la intimidad.

**3. El derecho del niño a ser oído**

El principio de autonomía progresiva se asocia con el previsto en el art. 639, inc c): "el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez", que armoniza con lo expresado en el capítulo 3, referente a los deberes de los progenitores, entre los cuales se menciona: "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" (art. 646.c). En este trabajo sólo enunciamos el principio, ya que su tratamiento ha sido asumido por otro de los autores de este número de la Revista.

VI. La titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental

**1. El sistema en nuestro Código Civil actual durante la convivencia**

Ambos progenitores tienen la titularidad de la responsabilidad parental, trátese de hijos matrimoniales o extramatrimoniales. Durante la convivencia ejercen conjuntamente dicha responsabilidad. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos que expresamente establece el art. 264 quater, o cuando mediare expresa oposición (art. 264, inc. 1 e inc. 5).

**2. El Proyecto de Reformas**

El Proyecto de Reformas sigue similar criterio: "En caso de convivencia con ambos progenitores, el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos, trátese de hijos matrimoniales o extramatrimoniales. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos que establece el art. 645, o que medie expresa oposición" (art. 641, inc. a). Sin embargo, se introducen cambios en cuanto a los actos que requieren la doble conformidad de los progenitores.

El art. 645 establece: "Si el hijo tiene doble vínculo filial se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para los siguientes supuestos:

"a) autorizar a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio;

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

"c) 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".

Como vemos, en el Proyecto se suprimió el inc. 1 del art. 264 quáter, que alude a la autorización al hijo para contraer matrimonio, pues cuando se trata de un menor de edad que no haya cumplido la edad de 16 años, puede contraer matrimonio previa dispensa judicial. Es decir, no se requiere autorización de los padres. Si supera los 16 años, puede contraer matrimonio con autorización de sus representantes legales (art. 404, inc. f). A falta de ésta, puede hacerlo previa dispensa judicial.

El texto establece una serie de requisitos para otorgar la autorización judicial: a) mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes y con sus representantes legales; b) se debe tener en cuenta para otorgar la autorización judicial la edad y grado de madurez alcanzados por la persona, referidos especialmente a la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y evaluar la opinión de los representantes, si la hubiesen expresado (art. 404).

Igualmente, a diferencia del texto actual, para cualquiera de los actos enunciados que requieren el consentimiento de los progenitores, si se trata de adolescentes, o sea, tener más de 13 años de edad (art. 25 del Proyecto), es preciso su consentimiento expreso, por aplicación del principio de la autonomía progresiva del hijo (art. 639, inc. b).

VII. El ejercicio de la responsabilidad parental en los casos de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio

**1. El sistema en el Código vigente**

En nuestro país, la titularidad de la patria potestad la tienen ambos padres, pero el ejercicio de la función, o sea su faz activa, la posee quien ejerza la "tenencia" (art. 264, inc. 2 e inc. 5 CCiv.), tanto si se trata de hijos matrimoniales como extramatrimoniales. Al otro progenitor sólo le resta el derecho a tener una adecuada comunicación con el niño o adolescente y supervisar su educación (art. 264, inc. 2, CCiv.) [(27)](#FN27). Es decir, posee el derecho de controlar el modo en que el otro cumple con su responsabilidad, o sea, sólo podrá actuar después de producido el hecho [(28)](#FN28). Se infiere implícitamente de este texto un resultado poco razonable: uno tiene el derecho-deber de educar al hijo y el padre no guardador sólo puede vigilar desde afuera el modo en que es ejercido, como si fuera un extraño. Esta comprensión contradice la idea de participación y colaboración e implica para el hijo una pérdida que vulnera su derecho a ser cuidado y educado por ambos padres (arts. 7º y 18 de la CDN). De ordinario, es la madre la que toma a su cargo el cuidado del hijo, pues a ella se le adjudica, generalmente, la guarda de los hijos, ya sea por acuerdo de los padres o por decisión judicial (se puede estimar que ello acontece entre el 85% al 90% de los casos).

**2. Orientación doctrinaria y jurisprudencial**

Nuestro sistema legal, que otorga el ejercicio de la responsabilidad parental sólo al padre a quien se le ha conferido "la tenencia", ha sido juzgado por una gran parte de la doctrina nacional como contrario a la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los progenitores en la crianza y educación de los hijos asegurado en diversos tratados de derechos humanos, que en nuestro país tienen rango constitucional (en especial, la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, arts. 5.b y 16.d y CDN, art. 18.1). Por lo tanto, los autores propician una reforma que mantenga el ejercicio de la responsabilidad parental en cabeza de ambos progenitores, pese a la falta de vida en común, separación o divorcio de los padres [(29)](#FN29). Ello, sin perjuicio de que por voluntad de los padres o decisión judicial, en interés del hijo, se atribuya el ejercicio de la función a sólo uno de ellos o se establezcan distintas modalidades en cuanto a la distribución de tareas.

Pese al texto legal, muchas parejas separadas realizan acuerdos donde se establece expresamente que el ejercicio de la patria potestad la tendrán ambos padres, concordancia ésta que de ordinario aceptan los jueces, porque la estiman beneficiosa para el hijo, ya que, aun cuando el niño o adolescente esté bajo el cuidado de uno de los progenitores, el otro no se siente apartado de su vida. En uno de los pronunciamientos se marca especialmente las ventajas del sistema con estas palabras: "mantener el ejercicio compartido de la patria potestad significa sostener en la conciencia de los progenitores la responsabilidad que sobre ambos pesa respecto del cuidado y educación de los hijos, no obstante la falta de convivencia; además, preserva el fin querido por la ley de que no sea uno sino ambos padres quienes tomen las decisiones, expresa o tácitamente, atinentes a la vida y patrimonio de los hijos"[(30)](#FN30).

**3. El Proyecto de Reformas al Código Civil y Comercial**

a) El ejercicio de la responsabilidad compartida. Sus beneficios

Este proceso de apoyo al ejercicio de la responsabilidad parental en cabeza de ambos progenitores en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio se corona con el proyecto de Código Civil y Comercial (art. 641.b).El texto agrega que se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones establecidas en el art. 645 —al cual luego nos referiremos— o que medie expresa oposición. En la reforma se admite que por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecer distintas modalidades (art. 641.b).

En el sistema legal actual, con harto frecuencia, el niño o adolescente se desvincula paulatinamente de una de las figuras parentales, generalmente el padre, con lo cual se lesiona su proceso de crecimiento y humanización que requiere su identificación con ambos progenitores. El hombre se siente marginado de la familia y comienza a desentenderse de su hijo y a retacear su deber asistencial. La madre, que de ordinario asume el gobierno de los hijos, padece, a menudo, tensiones psíquicas originadas en la sobrecarga de tareas y su exclusiva responsabilidad en la formación del niño o adolescente. De esta manera, pierde eficacia la responsabilidad alimentaria garantizada en el art. 27 de la CDN, dañándose el bienestar del niño o adolescente. Cualquiera fuere la extensión del cuidado del hijo, por su sola expresión el ejercicio de la responsabilidad compartida asume el valor de un compromiso de los dos padres y simboliza el respeto igualitario de la función materna y paterna.

La tendencia actual en el derecho comparado es establecer como regla general, el ejercicio compartido de la responsabilidad parental después del divorcio o separación. Entre otros, Código de Familia del Salvador, art. 207; Código de la Niñez y Adolescencia del Paraguay, art. 70; Código Civil de Brasil, art. 1632; Código Civil del Uruguay, arts. 252 y 275; Código de Familia cubano, art. 57; Código Civil francés, art. 373, inc. 2.

b) Hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial

En este caso, el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde al otro progenitor. En interés del hijo, los progenitores de común acuerdo o el juez pueden decidir el ejercicio conjunto o establecer distintas modalidades (art. 641.e). La solución es razonable pues, como sostiene Mizrahi, por más que en definitiva un emplazamiento fuese producto de un pronunciamiento de la justicia, tal vez la situación particular de la causa o la actitud posterior adoptada por ese padre pueden justificar —en aras de priorizar el interés superior del niño— que no se aparte a aquél de esa importante función [(31)](#FN31).

VIII. El cuidado personal de los hijos cuando los padres no conviven

**1. La relevancia del tema**

La política legislativa y social, destinada a la regulación de las relaciones de los padres con sus hijos menores de edad después de la separación o divorcio o cuando los padres no conviven, tiene una gran trascendencia en todas las partes del mundo por el impacto que provoca en la familia y en la vida de sus integrantes. Se impone, pues, implementar un adecuado sistema que garantice a niños y adolescentes las condiciones necesarias para su desarrollo, como así también para mantener un trato amplio y fluido con ambos padres, no obstante la falta de vida en común. A menudo, los progenitores no pueden diferenciar su relación de pareja del vínculo materno o paterno filial, circunstancia que conlleva ubicar al niño como un objeto de pertenencia, más que como un sujeto de derechos. Por esta razón, en coincidencia con los cambios que se divisan en el derecho contemporáneo, pondremos el acento en el cuidado de los hijos de padres no convivientes, reformas estas que, como veremos, tienen como horizonte deseado preservar los vínculos con ambos progenitores [(32)](#FN32).

**2. La autonomía de la voluntad de los padres en el cuidado del hijo**

Es necesario tener presente, respecto de la guarda y cuidado del hijo, que la primera palabra la tienen los propios padres, quienes poseen la más amplia libertad para resolver todos los problemas conexos con una situación de divorcio o separación. Los progenitores son los que están en mejores condiciones de saber si podrán llevar a cabo el régimen convenido y qué es lo más beneficioso para los hijos.

Las directivas legales y judiciales sobre los criterios de atribución son de aplicación a falta de acuerdo entre los progenitores. Empero, la autonomía de la voluntad tiene un límite, que es "el interés superior del niño" (art. 3, CDN), razón por la cual el juez, en cuya figura se centra el control social del Estado con finalidad protectora, puede objetar algunas de las estipulaciones si afectaren el bienestar de los hijos [(33)](#FN33). Éste es el criterio seguido en la mayor parte de los ordenamientos que respeta la libertad de los padres para decidir cómo organizará la convivencia con el hijo, pues el acuerdo es más eficaz que una decisión impuesta por la justicia [(34)](#FN34). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos destacó en un pronunciamiento que "el disfrute mutuo de la compañía recíproca de cada uno de los padres y del hijo constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aun cuando la relación entre los padres se haya roto, y que las medidas internas que obstaculicen ese disfrute constituyen una violación del derecho protegido por el art. 8º del Convenio" (sentencia 13 de julio de 2000). Es por ello que en la doctrina se ha sostenido que el tribunal debe actuar bajo un nuevo modelo de justicia en el cual se oriente a los justiciables hacia soluciones que conduzcan a resolver racionalmente el litigio donde el principal afectado es el niño [(35)](#FN35).

**3. El cuidado personal del hijo en el Proyecto de Reformas al Código Civil y Comercial**

En el Proyecto se denomina "cuidado personal" a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo (art. 648), concepto que reemplaza al uso del término "tenencia". Tal como lo recordamos en otras oportunidades, tal denominación es inadecuada, pues significa "ocupación y posesión actual y corporal de una cosa" y no puede ser aplicado al niño, que es una persona. Por esta razón, en las legislaciones modernas se emplea otra terminología, como "convivencia con el hijo", "cuidado personal del hijo" o "residencia habitual del hijo". Detenernos en los vocablos no es cuestión intrascendente, pues el lenguaje, insistimos en ello, coopera en la transformación de las ideas y, como resultado, influye en las actitudes y comportamientos. Por lo tanto, es preciso bregar por la incorporación de designaciones más apropiadas a su real significación histórica y vital [(36)](#FN36), ya que las que aún subsisten no resultan ser sus intérpretes legítimos.

Cuando los padres no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos (art. 649). O sea, cuidado unipersonal o cuidado compartido.

El texto define en el art. 650 las dos modalidades del cuidado personal compartido: alternado o indistinto.

a) Alternado: el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia.

b) Indistinto: el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado, con independencia del lugar donde el niño reside.

Los padres tienen el derecho de definir la forma en que organizarán el cuidado personal del niño o adolescente, por cierto, en lo posible, con la participación del hijo.

Estas dos nociones responden a las dos acepciones del verbo "compartir". En una, significa "participar uno en alguna cosa", o sea, en nuestro tema, participación real de ambos padres en la crianza y educación del niño [(37)](#FN37). Si tomamos el otro significado, o sea, "repartir, distribuir", se está en presencia de la llamada "tenencia alternada" cuando el niño convive espacios de tiempo con los dos progenitores.

El cuidado compartido de los hijos —en sus múltiples variantes— es un sistema que consiste en el reconocimiento a ambos padres del derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales [(38)](#FN38). En este orden de ideas, se ha observado que compartir las responsabilidades paternas sobre el hijo es mucho más que la elección de sus lugares de residencia. Orientar desde la ley el camino hacia un actuar conjunto y solidario de los padres entrelaza el interés social que aspira a la mejor formación de las nuevas generaciones y el interés individual de los que integran el núcleo familiar. Significa legitimar un modelo alternativo frente al sistema ya "naturalizado" de una guarda unipersonal. Debe recordarse el importante papel educativo de la ley, pues permite incorporar en la conciencia de los protagonistas esta opción, tan favorable al niño como a sus padres.

**4. El acogimiento del cuidado compartido**

En el orden regional, en el Segundo Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur, celebrado en la Ciudad de Buenos Aires en 2006, se concluyó que "Deben propiciarse los acuerdos de 'cuidado compartido' del hijo y plantearlo como alternativa preferencial en los ordenamientos legales, teniendo en cuenta el derecho del niño a la responsabilidad de ambos padres en su crianza y educación, consagrado en los arts. 9 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Es conveniente, en principio, contar con el acuerdo de los padres. Sin embargo, pueden darse circunstancias por las cuales resulte apropiado que el juez disponga el régimen de cuidado compartido en interés del niño"[(39)](#FN39).

Vale la pena conocer el texto de apoyo internacional a la custodia compartida decidido en la Conferencia Internacional sobre la Igualdad Parental, celebrada en Langedac (Francia) largo tiempo atrás, entre el 25 y el 31 de julio de 1999. Los delegados de todos los países europeos mostraron su acuerdo unánime en que la llamada custodia compartida representa los mejores intereses de los niños, los padres y la sociedad en general. Asimismo, se consideró que su promoción constituía una prioridad que debería contar con el apoyo de las instituciones gubernamentales de cada país. En la Conferencia se decidió suscribir un documento en el que se establecen los principios básicos de la custodia compartida, conocido como "Declaración de Langedac"[(40)](#FN40).

Entre las legislaciones que contemplan expresamente la modalidad de cuidado compartido del hijo citamos: España, Bélgica, Francia, Inglaterra y Gales, Italia, República Checa, Suecia, diversas jurisdicciones de los Estados Unidos, Uruguay, Código de Familia del Salvador, Código Civil de México y Brasil.

**5. Plan de parentalidad (art. 655)**

El Proyecto establece que los progenitores pueden pueden presentar un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo. No es obligatorio. Se puede acordar sobre las siguientes cuestiones:

— a) lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor;

— b) responsabilidades que cada uno asume;

— c) régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia;

— d) régimen de relación y comunicación con el hijo cuando éste reside con el otro progenitor;

— e) el plan de parentalidad puede ser modificado en función de las necesidades del grupo familiar y del hijo en sus diferentes etapas;

— f) los progenitores deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad.

Este plan puede ser modificado por los progenitores según las necesidades del grupo familiar y del hijo en sus diferentes etapas. Como se ha destacado, el plan da fuerza a la pareja parental, pese a la falta de convivencia, y convierte a las concordancias logradas en un interés común para lograr el mejor cumplimiento de la función de cuidado del hijo [(41)](#FN41). Su puesta en práctica habrá de confirmar la pertinencia de la predicción. Sabido es que los acuerdos o resoluciones que se dictan en esta materia no causan estado y en función del interés del niño puede en cualquier momento acudirse al mecanismo corrector.

**6. Inexistencia de plan de parentalidad homologado (art. 656)**

Si no existe acuerdo o no se ha homologado el plan, el art. 651 dispone "A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo".

¿Cuál fue la razón por la cual el Proyecto privilegió el cuidado compartido indistinto? A nuestro entender, porque es el sistema que menos dificultades puede ofrecer, ya que será aceptado con mayor amplitud y porque, en rigor, promueve la participación de ambos progenitores en la formación del niño, pues implica compartir las decisiones y las labores en materia de salud, educación, relaciones y distintas actividades, sin importar dónde el niño o adolescente reside. Es decir, alienta el compromiso efectivo y concreto en su desarrollo con la decisión de ambos padres en los supuestos de trascendencia en la vida del hijo. Por cierto que ello significa, al mismo tiempo, tener una amplia comunicación con el hijo, que necesariamente representa compartir horas en común con uno u otro progenitor a través de la realización de tareas, actividades deportivas, encuentros con amigos o compañeros de estudio en uno u otro domicilio de los padres.

Sin embargo, puede haber familias a quienes les interesará compartir los hogares de sus padres en mayor medida y de manera más sistemática, ya sea por la distancia o las ocupaciones de los progenitores. En suma, a nuestro entender, hay poca distancia entre el cuidado personal indistinto o alternado y ambos pueden ser beneficiosos para el bienestar del niño y sus padres, si realmente comparten de modo equitativo la función de cuidado, según la particularidad de cada vida familiar.

Por otra parte, debemos tener presente que la preferencia legal que establece el Proyecto no es una regla dogmática. Si bien legitima un modelo alternativo, frente al sistema ya "naturalizado" de una guarda unipersonal, no siempre es posible su aplicación: distancia, trabajo, niños muy pequeños. Aquí aparece la necesidad de apoyos estatales que faciliten el cuidado compartido, como también de políticas que permitan conciliar el trabajo con las responsabilidades familiares.

**7. Las ventajas del cuidado personal compartido**

No cabe duda de que una doctrina nutrida, con sus variadas voces, respalda el cuidado compartido con una riqueza de argumentos donde se pone el alma a favor del bienestar del hijo favorecido por el mayor vigor en la función parental que el sistema promueve. La cantidad de autores que han encarado esta alternativa es una demostración de la importancia que se asigna a esta solución [(42)](#FN42).

En cuanto a la voz de la justicia, en épocas pasadas los jueces no homologaban los acuerdos de cuidado compartido, con argumentos como "La conducta de los cónyuges no merecía confianza"; "no eran compatibles estos acuerdos con la situación de los padres divorciados"; "debía evitarse una comunicación que necesariamente sería conflictiva" o que "era necesaria unidad de criterio en la educación".

Hoy, un recorrido de los fallos pone en evidencia un cambio sustancial en el pensamiento de los magistrados. Incluimos, de manera sintética, algunas de las expresiones vertidas en los distintos pronunciamientos sobre los beneficios del cuidado compartido:

a) Se afirma el principio de la coparentalidad. Desaparecen los padres periféricos. "Se garantiza el mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas. Hay menos problemas de lealtades, circunstancias que favorecen el interés del hijo"[(43)](#FN43).

b) Se afirma el principio de igualdad. "El sistema reconoce a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, posibilidades y características personales, las responsabilidades y deberes para con los hijos"[(44)](#FN44).

c) Reconocimiento de la importancia de la figura del padre en la socialización de los hijos. Al respecto, mencionamos un informe de Unicef sobre el co-protagonismo paterno, tema al cual se refiere Marisa Herrera en su trabajo "El derecho de los niños a vivir en familia. La responsabilidad del Estado en la función de crianza y educación de los hijos"[(45)](#FN45). Nos permitimos transcribir una cita por la importancia que reviste para nuestro tema: "Estudios recientes sobre desarrollo infantil temprano señalan que un padre afectivamente cercano y disponible es un factor protector y promotor de la autoestima y de la confianza personal para con niños y niñas. Además favorece el desarrollo psicomotor, su inserción en mundos extra familiares y representa una figura de apego y modelaje conductual..."[(46)](#FN46).

d) La lógica de la participación sostiene el principio igualitario entre el hombre y la mujer para realizar sus proyectos de vida. Se concilia con los cambios que se han producido en los roles establecidos en función del sexo. Va de suyo que para ello se requieren, como ya lo advertimos, políticas del Estado que permitan conciliar el trabajo con las responsabilidades familiares.

e) Se ahuyenta el fantasma del abandono. Se crea un clima donde el niño o adolescente siente que no pierde a ninguno de sus progenitores. "Los contactos continuos y significativos disminuyen el impacto traumático del divorcio en los hijos y su sentimiento de abandono..."[(47)](#FN47).

f) La participación activa de los progenitores en la vida del hijo los estimula a proveer a sus necesidades. Mayor compromiso asistencial. Debe aceptarse la tenencia compartida si constituye una opción que más respeta el interés superior del niño [(48)](#FN48).

**8. El tribunal impone el cuidado compartido de los hijos**

En diversos pronunciamientos, por otra parte, para superar una situación conflictiva entre los padres, el tribunal decidió el cuidado compartido de los hijos. Cito algunas expresiones que se vertieron en un caso "el ejercicio por padre y madre que compartirán en paridad de condiciones todas las cuestiones inherentes a la educación, crianza y cuidado del hijo (elección de la escuela a la que concurra, control sobre sus amigos, continuidad en los tratamientos médicos), obligará a los padres a conciliar y armonizar sus actitudes personales a favor del mejor y mayor bienestar del menor"[(49)](#FN49).

En otro pronunciamiento, sobre la base de que no debe haber "ganadores" ni "perdedores", se argumentó: "Si se otorga la tenencia con exclusividad a uno de los padres, éstos y el propio hijo percibirán quién fue el triunfador y quién fue el derrotado en la batalla por obtener su tenencia, a pesar del esfuerzo y la resignación que realice o soporte el padre 'perdedor', en aras de la felicidad del niño. Lo lógico, más beneficioso y hacia donde deben volcarse todos los esfuerzos para el avance de la maduración intelectual del hijo, es tratar de lograr que el único ganador sea él y que no haya 'perdedores"[(50)](#FN50).

**9. Supuesto excepcional: el cuidado unipersonal**

El Proyecto establece como supuesto de excepción el cuidado unipersonal (art. 653). La Sup. Corte Bs. As. ya venía sosteniendo que en la actualidad la opción que mejor protege el derecho de los niños es tener dos padres que asuman la responsabilidad de su crianza y educación [(51)](#FN51).

Para adoptar una decisión sobre cuál de los progenitores asumirá esta función, el inc. a) del artículo considera, en primer término, "la prioridad del progenitor que facilita el derecho del hijo a mantener trato regular con el otro". Sabido es que la guarda y el cuidado del hijo a cargo de uno de los progenitores van acompañados por disposiciones encaminadas a asegurar el trato del niño con el padre no conviviente, directiva internacional prevista expresamente en la CDN (art. 9.3). Sin embargo, pese a la energía del mandato, la práctica social y judicial ha puesto en evidencia que muy a menudo carece de efectividad, porque la madre obstruye la relación y aspira, con frecuencia, a que el hijo se identifique con sus propios sentimientos y hostilidad hacia el padre, olvidando que el hijo necesita del vínculo paterno. Al mismo tiempo, el progenitor vive el desaliento de ver truncada su relación paterna y responde con una mayor ausencia y descuido de sus responsabilidades y deberes alimentarios. Por lo tanto, reviste importancia la preferencia que marca el Proyecto hacia el progenitor que respeta y alienta la relación con el padre no conviviente, destinada a preservar el bienestar del hijo, criterio vigente en muchos países cuando, por vía normativa o judicial, valoran como un elemento relevante para otorgar la guarda, cuál de los progenitores está más dispuesto a facilitar el contacto con el otro [(52)](#FN52). El mismo convencimiento se observa en juicios en nuestro país cuando se procura que la designación recaiga en el padre que favorece las relaciones con el otro progenitor, lo cual evidencia mayor idoneidad para comprender sus necesidades [(53)](#FN53) .

Otros elementos que se toman en cuenta en el Proyecto (art. 653), son: a) la edad del hijo; b) la opinión del niño o adolescente; c) el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo. Naturalmente, estos datos se valorizan en función de las características de cada situación concreta.

Al mismo tiempo, el Proyecto, en dicha norma, dispone que el progenitor que no se encuentra a cargo del cuidado de hijo tiene "el derecho y el deber de colaboración con el conviviente", texto que, no obstante estar en presencia del cuidado unipersonal, persigue preservar la participación del progenitor no conviviente en la formación del hijo, para lo cual, exige, además, que "cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo", imposición correlativa al deber de cooperación de ambos progenitores que favorece la comunicación continua entre ellos [(54)](#FN54).

IX. No discriminación

**1. Razones religiosas, políticas o ideológicas**

Un principio básico para definir el cuidado personal del hijo es que deben desecharse presunciones abstractas de ineptitud que alteran derechos y garantías constitucionales, el principio de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación reiterado en los tratados de derechos humanos (art. 75, inc. 22). Sólo pueden juzgarse conductas en la medida en que incidan negativamente en el niño o adolescente. Son inadmisibles discriminaciones por razones religiosas, políticas o ideológicas, siempre que no afecten el interés del niño.

Se ha sostenido que, de no seguirse este criterio, se estaría lesionando el principio del debido proceso, propio de un Estado de derecho, ya que se colocaría a una de las partes en una situación de absoluta desigualdad, pues no podría discutir su idoneidad para tener el cuidado del niño, vulnerándose el principio de que ambos progenitores tienen los mismos derechos y responsabilidades, tanto en la filiación matrimonial o extramatrimonial (arts. 18, CDN, y 16, CEDAW).

**2. Orientación sexual**

La ley 26.618 dispone que "Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos personas de distinto sexo" (art. 42). Esta norma claramente constituye un cimiento indestructible para cuestionar el cuidado del hijo en razón de la orientación sexual del progenitor.

Varios precedentes jurisprudenciales anuncian el rechazo a este tipo de segregación. Al respecto, citamos un fallo donde el tribunal rechazó el pedido de la madre para que se le otorgara la tenencia de los hijos, en razón de la homosexualidad del padre. El tribunal consideró que el padre había ejercido su función parental en forma beneficiosa, frente a los problemas de salud de la madre y aun cuando en el caso su conducta sexual no era convencional por vivir junto a su pareja homosexual, aunque en habitaciones separadas, mantuvo la tenencia en cabeza del padre. Se comprobó que entre los niños y el compañero del padre existía un vínculo afectivo saludable. El pronunciamiento sienta la doctrina que si esta situación no pone en riesgo el desarrollo de los hijos, la diferente orientación sexual no implica falta de idoneidad. La solución contraria significa una discriminación inaceptable [(55)](https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=174&docguid=#55) .

En otra sentencia se juzgó "(...) que la homosexualidad materna, no puede ser de por sí sola un impedimento para que el menor tenga un régimen de visitas adecuado con su madre, mientras ello no atente contra el interés del niño. Impedir un contacto adecuado entre la progenitora y su hijo, quien guarda hacia ella profundos sentimientos positivos, sería desconocer el interés superior del menor contemplados en la CDN y discriminar arbitrariamente a la madre por su preferencia sexual, en contra de lo establecido en toda la legislación antidiscriminatoria"[(56)](#FN56).

Sobre el tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una sentencia en el "Caso Atala" contra la discriminación por razón de la orientación sexual madre en el marco de la responsabilidad parental. La Sra. Atala Riffo y el Sr. López Allendes, unidos en matrimonio desde el año 1993, se separan de hecho y celebran un convenio por el cual la madre asumiría la tenencia de las tres hijas. Meses más tarde, el padre demanda la tenencia, alegando que el desarrollo emocional de sus hijas se encontraba en peligro desde la fecha en que la compañera sentimental de la Sra. Atala convivía con ésta y las niñas. Después de la intervención de las distintas instancias judiciales, el caso llega a la Corte Suprema de Justicia de Chile, que finalmente otorga la tuición definitiva al padre. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibe la denuncia de la Sra. Atala, representada por diversos organismos de derechos humanos, por la vulneración de sus derechos fundamentales contra el Estado de Chile. El 24 de febrero de 2012 la Corte dicta la sentencia que el Estado de Chile ha afectado diversos derechos previstos por la Convención en perjuicio de la Sra. Atala y/o de sus tres hijas. Resuelve que ha existido una afectación de los derechos a la igualdad y no discriminación y a la vida familiar de la Sra. Atala y de sus tres hijas, al derecho a la vida privada y al derecho a ser oído de las niñas, e impone una serie de reparaciones al Estado chileno, entre otras: la indemnización de los daños morales y materiales ocasionados, rehabilitación de las víctimas (asistencia médica y psicológica), garantías de no repetición (básicamente a través de la capacitación de los funcionarios).

La Corte evalúa los fundamentos en que se basa la sentencia y sostiene:1) en modo alguno puede admitirse que la intolerancia social sea un eximente que quite la ilegalidad de conductas violatorias de derechos fundamentales; 2) los expertos que expusieron ante la Corte sostienen que los estudios que buscan atribuir los problemas de desarrollo infantil a la orientación sexual de sus padres son inconsistentes, cuando existen investigaciones científicas más autorizadas relativas a la aptitud de las personas homosexuales para la responsabilidad parental y al resultado positivo en los niños y niñas provenientes de estos hogares; 3) estudios realizados demostraron que la crianza por personas o parejas del mismo sexo no conlleva per se un desarrollo psicosexual atípico ni constituye un factor de riesgo. Otros fallos de distintos países llegaron a similares conclusiones [(57)](#FN57)

**3. Supresión de la preferencia materna**

El texto actual del art. 206 del Código Civil relativo a la preferencia materna después de la reforma introducida por la ley 26.618 establece que "...Los hijos menores de 5 años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. En casos de matrimonios constituidos por ambos cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo, el juez resolverá teniendo en cuenta el interés del menor. Los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos".

Como vemos, esta norma mantiene la preferencia materna cuando se trata de cónyuges heterosexuales, en cambio la suprime si estamos ante una pareja matrimonial conformada por dos mujeres, pues en este caso pueden convenir quien ejercerá el cuidado del niño y si no hay acuerdo el juez decidirá cuál es el progenitor más idóneo para asumir la función [(58)](#FN58). Como se observa, se ha creado una discriminación que vulnera los derechos humanos. Rotundamente se afirma en la doctrina que no corresponde establecer preferencia alguna y decidir la controversia que pueda plantearse apelándose al principio del mejor interés superior del niño [(59)](#FN59). Los jueces deben tener la libertad de adoptar decisiones teniendo en cuenta la conveniencia del niño en cada caso, lo cual no obsta a que se considere su edad, según la situación concreta. Como se ha dicho, la preferencia materna reafirma los roles rígidos y tradicionales según los cuales las madres son las principales y mejores cuidadoras de sus hijos y aun cuando esta preferencia ya ha sido suprimida en las legislaciones más recientes, todavía pervive con fuerza en la conciencia social, como lo demuestran tanto los arreglos consensuados como el criterio de los jueces a la hora de decidir [(60)](#FN60)

**4. El Proyecto de reformas al Código civil y Comercial**

Los antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios en nuestro país y las experiencias y normativas en otras latitudes confirman la necesidad de establecer una regulación específica en el ejercicio de la responsabilidad parental que rechace criterios discriminatorios a la hora de decidir quién es el progenitor más conveniente para asumir el cuidado personal del hijo.

Resulta, pues, oportuna la manda del Proyecto cuando dispone que "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" (art. 656).

X. Ejercicio de la responsabilidad parental cuando se trata de padres adolescentes

**1. Sistema actual**

En el sistema vigente, cuando se trata de padres menores de edad, incapaces o estén privados de la patria potestad o suspendidos en su ejercicio, se otorga la tutela a quien tiene el ejercicio de la responsabilidad parental sobre el progenitor que tenga al hijo bajo su amparo o cuidado, o sea al abuelo o abuela (art. 264 bis). Este sistema excluye a los progenitores menores de edad de la posibilidad de reafirmar su rol de padres y crea una desigualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, pues a los primeros se los considera hábiles para asumir tal rol sólo por haber contraído matrimonio, circunstancia que por sí sola no asegura la aptitud o madurez para la crianza de un niño.

De esta manera se vulnera el principio igualitario —igualdad entre las filiaciones, art. 240, CCiv.; art. 2, CDN: Convención Americana de Derechos Humanos (art. 17.5)—. Se ha destacado en la doctrina que la norma termina por lesionar a numerosas madres adolescentes cuando no pueden acceder a los servicios de salud para que sus hijos sean atendidos, en los casos cuyos progenitores no pueden acompañarlas por vivir a largas distancias [(61)](#FN61).

Antecedente del criterio que se define en el Proyecto de Reformas es un fallo donde, al momento de decidir la transformación de la causa peticionada inicialmente como tutela, en una guarda, se analizó el art. 264 bis a la luz del nuevo paradigma de protección integral de niños, niñas y adolescentes (ley 26.061) y la noción de autonomía progresiva. Esta interpretación —afirma el pronunciamiento— proporciona a "esta joven madre la posibilidad de ejercer la responsabilidad parental respecto de actos personales y de la esfera doméstica (extra patrimoniales), sin perjuicio de la asistencia que le brinde su madre (actora) sobre las demás cuestiones patrimoniales que puedan suscitarse en relación a la niña en cuestión". Se advierte en la sentencia que la norma resulta contraria al principio de no discriminación por el origen de los hijos (arts. 240, 241, CCiv.; 5 y 18, CDN, y 17, CADH).

**2. El Proyecto de Reformas**

En el Proyecto, en función del principio de autonomía progresiva, se admite el ejercicio de la responsabilidad parental por los progenitores menores de edad, con ciertas limitaciones referidas a los actos de gravedad o trascendencia. De esta manera, el texto nos dice: "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". Por ejemplo, si se negare a vacunarlo o someterlo a un tratamiento médico indispensable [(62)](#FN62). Al respecto, se ha dicho que se debe garantizar a los progenitores adolescentes un asesoramiento adecuado a fin de que tomen decisiones acertadas respecto de los cuidados a sus hijos [(63)](#FN63).

"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: a) su entrega con fines de adopción; b) intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida u c) 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". Agrega el artículo que la plena capacidad de uno de los progenitores no modifica este régimen.

Como vemos, el proyecto, que se funda en uno de los principios generales que le dan soporte —la autonomía progresiva— reconoce que los progenitores adolescentes pueden llevar adelante los actos de la vida cotidiana de sus hijos, dándoles la posibilidad de ser actores comprometidos en su crianza, por cierto, con la asistencia de sus padres, cuya virtud es acompañar al hijo en el camino hacia la madurez, con la posibilidad de expresar su oposición cuando se trata de acciones que pueden dañar al niño.

XI. Proyecto de Reformas. Delegación de la autoridad parental

Finalizamos nuestro recorrido con un tema que no es tratado en el Código Civil vigente: la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental. Como se destaca en los fundamentos de la reforma, el Proyecto cubre este vacío al reconocer efectos jurídicos a las relaciones entre el niño y los adultos temporalmente responsables de su cuidado, lo cual le permite al delegatario tener la legitimidad para realizar las acciones necesarias para su debido cuidado. Se observa en la realidad cotidiana que es frecuente que los padres o uno de ellos encarguen a terceros, integrantes o no de la familia, el cuidado o educación de los hijos. Diversas son las circunstancias que pueden llevar a esta delegación: enfermedades, viajes, razones de trabajo, necesidad de cuidar a un pariente cercano, entre otras. Ocurre con frecuencia que madres de los sectores con escasos recursos dejen a sus hijos en el hogar de los abuelos, mientras ellas se emplean en casas de familia [(64)](#FN64).

El art. 643 nos dice 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 con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo".

Las condiciones establecidas son, por lo tanto: a) la delegación debe tener lugar en el interés del hijo, o sea, serán sus necesidades y el amparo de sus derechos las que aconsejen la delegación; b) deben existir razones debidamente justificadas; c) acuerdo entre el progenitor /o progenitores [(65)](#FN65) y la persona que acepta la delegación; d) debe oírse al niño o adolescente.

Dada la importancia e implicancias que tiene esta delegación, se explica en los Fundamentos, la medida se establece por un tiempo determinado —un año —, con el objeto de evitar un desentendimiento prolongado de las responsabilidades parentales, pudiendo renovarse judicialmente, por razones debidamente fundadas, por un período más, con participación de las partes.

El acuerdo debe ser homologado judicialmente y puede revocarse por voluntad de cualquiera de las partes o incumplimiento de los deberes contraídos [(66)](#FN66). Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación de los hijos en función de sus posibilidades.

En el derecho comparado se regula esta posibilidad en distintos países, entre ellos, en el Código Civil francés (arts. 376 y 377), modificados por la ley del 4/3/2002; la figura del affidamento, en sus distintas formas en la ley italiana de 1983; Código de Familia de El Salvador (art. 216).

XII. Palabras finales

Finalizamos esta colaboración con la convicción de que las ideas y la forma de concretarlas en el Proyecto de Reformas cuando aborda el ejercicio de la responsabilidad parental significa un paso importante para hacer realidad los derechos de los niños y adolescentes en la vida familiar, a la vez que anima, con la regulación del cuidado compartido, a la creación de un espacio gratificante entre padres e hijos, pese a la falta de convivencia de los progenitores, circunstancia que da nuevo ímpetu a la pareja parental, sin las discordias que, a menudo, ensombrecen y dañan la vida de niños y adultos.

Como es de toda lógica, la ley que se sancione como resultado de esta iniciativa irá acompañada de interpretaciones que ampliarán la comprensión de su contenido, siendo, al mismo tiempo, de valor incalculable el extenso escenario doctrinario y judicial, precedentes inestimables, fuente de inspiración y respaldo a las propuestas proyectadas

Al cierre de este cuarto de siglo en que se creó la revista, las normas que se han planeado prometen más acuerdos que conflictos, cuya solución, cuando se presentan, demandan tribunales de familia acompañados por otros saberes destinados a fortalecer la relación parental [(67)](#FN67), equipos interdisciplinarios para una mayor efectividad de la acción de la justicia en el ámbito familiar [(68)](#FN68). Así se afirma en el art. 706, referido a los procesos de familia, cuando nos dice que las normas que rigen el procedimiento deben procurar la resolución pacífica de los conflictos y los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario. Esta mirada se advierte en el art. 642 del Proyecto, cuando se hace referencia a los casos de desacuerdo entre los progenitores en que cualquiera de ellos puede acudir al juez quien deberá tomar una decisión frente al conflicto, pudiendo el magistrado interviniente "ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación".

Al mismo tiempo, se impone una comprometida responsabilidad del Estado, con la implementación de las acciones positivas necesarias para hacer posible el empeño de los padres de criar y educar a sus hijos bajo el signo de un intercambio donde el niño o adolescente se convierta en protagonista. Asumir al hijo como un sujeto de derecho y el respeto por los principios generales que comentáramos al inicio (art. 639 del Proyecto) en las relaciones entre padres e hijos, nos anuncia un nuevo amanecer con el cual todos soñamos, el ideal democrático en el ámbito de la familia. Si es cierto, como dijo Vélez Sarsfield, que "un Código nunca es la última palabra de la perfección legislativa ni el término de un progreso", nadie duda de que "forma parte del proceso histórico, un momento en el tránsito de la humanidad en que los logros del pasado diseñan el torso de las aspiraciones del futuro"[(69)](#FN69).

 (1) Zannoni, Eduardo, Derecho de Familia, t. 2, Astrea, Buenos Aires, 1998, ps. 680 y ss.

 (2) Grosman, Cecilia P., "El derecho de familia en la Argentina en los umbrales del siglo XXI", en obra colectiva, Retratos de familia... en la escuela, Paidos, Buenos Aires, 1998, p. 28.

 (3) Art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

 (4) Herrera, Marisa, "Las familias en el proyecto de reforma del Código civil y Comercial de la Nación". Sitio de consulta y debate sobre el proyecto elaborado por la Comisión presidida por el Dr. Ricardo Lorenzetti, www.nuevocodigocivil.com/las familias-en-el-proyecto-de-reforma-del codigocivil/.

 (5) Mizrahi, Mauricio L., "La responsabilidad parental. Comparación entre el régimen actual y el del Proyecto de Código, LL 2013-B-837; DFyP 2013 (abril), 1/4/2013, p. 21, cita online: AR/DOC/607/2013.

 (6) Art. 18.1, Convención sobre los Derechos del Niño.

 (7) Bossert, Gustavo A. - Zannoni, Eduardo A., Régimen legal de filiación y patria potestad. Ley 23.264, Astrea, Buenos Aires, ps. 256 y ss.

 (8) Ilundain, Mirta, "Responsabilidad parental", RDF 57-308.

 (9) Grosman, Cecilia P., "Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño", LL 1993-B-1095.

 (10) En adelante abreviamos con la expresión "Proyecto" o "Proyecto de Reformas".

 (11) Gil Domínguez, Andrés - Famá, María Victoria - Herrera, Marisa, Derecho constitucional de familia, t. I, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 552.

 (12) 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", RDF 59-131, Sección: Ponencias Premiadas.

 (13) Grosman, Cecilia - Mesterman, Silvia, Maltrato al menor, Universidad, Buenos Aires, 2004, ps. 179 y ss.

 (14) Famá, María Victoria - Herrera, Marisa, "El derecho a la educación como un derecho autónomo. Hacia la formación de adultos autónomos y responsables", en Derecho constitucional de familia, cit., t. 1, ps. 651 y ss; LL, Anales de Legislación Argentina, Boletín Informativo nro. 33, 2003, p. 1; ver de las mismas autoras, "Estado, responsabilidad parental y derecho a la educación de los hijos", en El Dial.com del 28/12/2004.

 (15) Herrera, Marisa - Spaventa, Verónica, "Vigilar y castigar... el poder de corrección de los padres", Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año X, ps. 63/85; Minyersky, Nelly, "El impacto del proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación en instituciones del derecho de familia", en Pensar en derecho, Eudeba, Buenos Aires, 2012, p. 114; Grosman, Cecilia P. - Mesterman, Silvia, Maltrato al menor, cit., ps. 15 y ss.

 (16) Ilundain, Mirta, "Responsabilidad parental", cit., p. 313.

 (17) Clarín del 6/9/2009.

 (18) Di Lella, Pedro, "El ejercicio de la patria potestad de padres no convivientes", en Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.) - Herrera, Marisa (coord.), La familia en el nuevo derecho, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, ps. 246 y ss.

 (19) Supuesto de maltrato infantil expresamente incluido en el Código de la Niñez y Adolescencia de Bolivia, art. 109.

 (20) Fernández, Silvia F, JA, Número Especial, 2012-II, "El derecho de familia en el Proyecto de Código Civil", ps. 108 y ss.

 (21) Grosman, Cecilia P., "El interés superior del niño", en Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad, Universidad, Buenos Aires, 1998, ps. 23 y ss.

 (22) 14/9/2010, fasc. 9, Corte Suprema, 2010-IV-38.

 (23) Sup. Corte, 6/10/2010, AbeledoPerrot, dic. 2011, ps. 136 y ss.

 (24) Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, Derecho..., cit. t. 1, ps. 671 y ss.

 (25) Ver Fernández, Silvia F., JA, Número Especial, 2012-II, "El Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil", cit., ps. 108 y ss.

 (26) Cifuentes, Santos, citado en Gil Domínguez, Andrés - Famá, María Victoria - Herrera, Marisa, Derecho..., cit., t. 1, p. 564.

 (27) El término educación está tomado en un sentido amplio como "formación del hijo" (Bossert, Gustavo A. - Zannoni, Eduardo A, Régimen..., cit., p. 281).

 (28) Azpiri, Jorge O., "El orden público y la autonomía de la voluntad en la patria potestad", RDF 15-89, en Grosman, Cecilia P. - Lloveras, Nora - Herrera Marisa (dirs.), Summa de familia, t. III, AbeledoPerrot, Buenos Aires, p. 2392.

 (29) Entre otros: Azpiri, Jorge, O., "El orden...", cit.; Cataldi, Myriam M., "La responsabilidad parental", en Rivera, Julio César (dir.) - Medina, Graciela (coord.), Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, 2012, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, ps. 463 y ss.; Zannoni, Eduardo, Derecho de familia, cit., p. 69; Mizrahi, Mauricio, Familia, matrimonio y divorcio, Astrea, Buenos Aires, 1998, ps. 424/425; Díaz de Guijarro, Enrique, "La patria potestad compartida. Principios y consecuencias", JA del 29/6/1983; Scherman, Ida A., "El impacto de la reforma constitucional sobre el derecho de familia", Colegio Público de Abogados, Buenos Aires, 2001, Revista de Doctrina nro. 4, p. 218; Polakiewiecz, Marta, "El derecho de los hijos a una plena relación con ambos padres", en Grosman, Cecilia P., Los derechos..., cit. ps. 165 y ss.; Grosman, Cecilia P., "El derecho infraconstitucional y los derechos del niño", en el Libro de Ponencias del Congreso Internacional "La persona y el Derecho en el fin de siglo", Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1996, p. 244; Di Lella, Pedro, "El ejercicio...", cit., ps. 260/262; Lloveras, Nora - Salomón, Marcelo, El derecho de familia desde la Constitución Nacional, Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 376; Famá, María Victoria "Coparentalidad y cuidado compartido de los hijos: de la opción a la imposición", JA del 7/3/2012, 2012-I-3

 (30) C. Nac. Civ., sala F, 23/10/1987, LL 1989-A-95, con nota de Barbero, Omar, "Padres que dejan de convivir pero acuerdan seguir coejerciendo la patria potestad: lesión al orden público"; C. Nac. Civ., sala D, 21/11/1995, LL 1996-D-678; C. Nac. Civ., sala J, 24/11/1998, JA 1999-IV-603, LL 1999-D-477, con nota de Bíscaro, Beatriz, "Tenencia compartida. Una decisión acertada". Comparte la posibilidad de que se realicen tales acuerdos Méndez Costa, María J., "La patria potestad del progenitor excluido de la guarda del hijo", LL 1990-E-166.

 (31) Mizrahi, Mauricio, Familia..., cit.

 (32) Grosman, Cecilia P., "El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿utopía o realidad posible?", en Kemelmajer de Carlucci, Aída - Pérez Gallardo, Leonardo B. (coords.), Nuevos perfiles del derecho de familia, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, ps. 179 y ss.

 (33) Art. 236, CCiv.; Zannoni, Eduardo, Derecho de familia, cit., ps. 199y ss.

 (34) En la región mencionamos: el Código de la Niñez y Adolescencia de Paraguay (art. 93) y el Código Civil (art. 172); Código de la Niñez y Adolescencia del Uruguay (art. 34); Código Civil del Brasil (art. 1583); la nueva ley de matrimonio chilena (art. 63); Código de los Niños y Adolescentes de Perú (art. 81); Código de Familia de Bolivia (art. 145); el Código de Familia de Cuba (art. 88).

 (35) Argumento de Alberto, Andrea R., "Conflictos resultantes de la separación de los padres", DJ 1993-2-497; ver: C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, 9/6/2005, expte. 129944, "G. L. E. v. C. M. s/tenencia de hijo; régimen de comunicación y autorización judicial supletoria", El Dial del 6/7/2005.

 (36) En el mismo sentido, Jáuregui, Rodolfo G., "Aspectos procesales en los conflictos de 'tenencia' de niños", LLL 2005-669.

 (37) Arianna, Carlos; "Régimen de visitas", RDF 2-124.

 (38) C. Nac. Civ., sala J, 24/11/1998, "P., F. E. v. P., E. N. s/divorcio art. 215, CCiv.", ED 185-103, con nota de Alles de Monasterio, Ana M., "Patria potestad. El superior interés del niño y la tenencia compartida".

 (39) Conclusiones publicadas en RDF 43-236.

 (40) Ver: Grosman Cecilia, "El cuidado...", cit.

 (41) Wagmaister, Adriana, "Parentesco, alimentos y responsabilidad parental", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, julio 2012, Ed. Especial, p. 197.

 (42) Entre otros: Arianna, Carlos, "Régimen de visitas", cit.; Chechile, Ana María, "Patria potestad y tenencia compartidas luego de la separación de los padres: desigualdades entre la familia intacta y el hogar monoparental", cit. JA 2002-III-1308; Chechile, Ana María y Lopes, Cecilia, "El derecho humano del hijo a mantener contacto con ambos progenitores", LexisNexis, 2005; Famá, María Victoria, "Nuevamente en tela de juicio los acuerdos sobre tenencia compartida", RDF 25-187 y ss.; Gil Domínguez, Andrés - Famá, María Victoria - Herrera, Marisa, Derecho..., cit., t. I, ps. 520 y ss.; Gil Domínguez, Andrés - Famá, María V. - Herrera, Marisa, Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia, Ediar, Buenos Aires, 2010, ps. 413 y ss.; Famá, María Victoria, "Coparentalidad y cuidado compartido de los hijos: de la opción a la imposición", JA del 7/3/2012, 2012-I-3; Iñigo, Delia, "Una acertada decisión sobre patria potestad compartida", LL 1999-D-477; Jauregui, Rodolfo G., "Aspectos...", cit., ps. 699 y ss.; Gregorini Clusellas, Eduardo L., "El interés de los hijos como valor superior en los acuerdos sobre tenencia y patria potestad", LL 1997-E-425; Díaz de Guijarro, Enrique, "El interés familiar y el interés social en las cuestiones sobre tenencia compartida de los hijos, en hipótesis de nulidad matrimonial y de divorcio", JA. 1989-I-979; Grosman, Cecilia P., "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", LL 1984-B-806; de la misma autora, "El cuidado...", cit.; Herrera, Marisa, "El divorcio en el derecho argentino", en Acedo Penco, Ángel - Pérez Gallardo, Leonardo B. (coords.), El divorcio en el derecho iberoamericano, Temis - Ubijus - Reus - Zavalía, Bogotá - México DF - Madrid - Buenos Aires, 2009, ps. 94 y ss.; Hollweck, Mariana y Medina, Graciela, "Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares", LLBA 2001-1425; Kemelmajer de Carlucci, Aída - Lamm, Eleonora, "Pasos jurisprudenciales (dos firmes, otro no tanto) a favor de la guarda compartida. Una visión comparativa a través del nuevo derecho español e italiano en la materia", JA 2008-III-986; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El derecho de familia en la República Argentina en los inicios del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y de adecuación a los tratados internacionales de derechos humanos"·, Revista de Derecho Comparado, Derecho de Familia II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 59; Polakiewicz, Marta, "El derecho...", cit., ps. 192 y ss.; Szylowicki, Susana, "Tenencia compartida solicitada por los padres", RDF 15-225; Sirkin, Eduardo, "Tenencia compartida. Interés superior del niño", ElDial.com; Zalduendo, Martín, "La tenencia compartida: Una mirada desde la Convención sobre los Derechos del Niño", LL del 26/9/2006, etc.; Zannoni, Eduardo, Derecho de familia, cit., t. 2, p. 205; Rabinovich, Silvia B., "La tenencia compartida, una alternativa ante el divorcio de la pareja con hijos", LL 1992-A-53.

 (43) Juzg. Civ. y Com. n. 2 Gualeguaychu, ,6/7/1992.

 (44) C. Nac. Civ., sala J, 24/11/1998, JA 1999-IV-603.

 (45) En Grosman, Cecilia P. (dir.) - Herrera, Marisa (coord.), Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados", LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 465.

 (46) "Infancia", documento de trabajo nro. 4, UNICEF, mayo 2004, Chile.

 (47) C. Nac. Civ., sala J, 24/11/1998, JA 1999-IV-603; íd., sala H, 28/4/2003, RDF 25-187.

 (48) C. Nac. Civ., sala J, JA 1999-IV-603. En similar sentido Sup. Trib. Just. Tierra del Fuego, 8/10/1997, LL 1998-F-569, con nota aprobatoria de Martino, Gloria L., "Un fallo valioso sobre tenencia", LL 1998-F-569.

 (49) C .Civ. y Com. Azul, sala 2ª, del 4/6/2001, LLBA, 2001-1425; ver con mayor amplitud otros fallos citados por Famá, María Victoria, "Coparentalidad...", cit., Trib. Familia La Plata, 23/12/2003, "H., A. v. E., M.", RDF 2005-87, con nota de Lopes, Cecilia - Pietra, Luciana, "Tenencia compartida impuesta judicialmente. Un fallo con la mirada puesta en los más chicos"; C. Civ. y Com. Azul, sala 1ª, 8/5/2003, "De la C., A. R. v. P., M. R.", LLBA 2003-998. En igual sentido, Sup. Corte Bs. As., 5/12/2007, "B. G. S. v. M. G., R. A. s/incidente de modificación de régimen de visitas", www.abeledoperrot.com.; C. Nac. Civ., sala H, 31/5/2010, "V. Q., M. E. v. K. N. A. s/ordinario. Tenencia de hijo", inédito.

 (50) Sup. Trib. Just. Tierra del Fuego, 8/10/1997, LL 1998-F-569.

 (51) Sup. Corte Bs. As., 5/12/2007.

 (52) Código Civil de Quebec, art. 16.1; leg. sueca, art. 2º; Estados Unidos (California, Alaska, Arizona, Minnesota, Nevada, Ohio, Pennsilvania).

 (53) En nuestro país, citamos en el ámbito judicial: dictamen del asesor de menores, C. Nac. Civ., sala B, 22/11/1989, LL 1990-E-1701; dictamen del asesor de menores de Cámara, ED del 15/11/1995; C. Nac. Civ., sala L, 12/9/1991, LL 1991-E-503; C. Nac. Civ., sala B, 20/6/1989; C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, 3/6/2003, RDF 2004-I-131; C. Familia Mendoza, 7/2/2014, JA 2014-II-42/43.

 (54) Cataldi, Myriam M., "La responsabilidad parental", cit., p. 474; Krasnow, Adriana N., JA, Número Especial, 2012-II, El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil, ps. 101 y ss.

 (55) Juzg. Familia Córdoba, 6/8/2003, RDF 2004-I-143.

 (56) C. 1ª Civil y Com. San Isidro, 8/7/2002, JA 2003-I-661 LL 2003-F-77 y RDF 2002-23-163.

 (57) Juzg. de Letras de Villarica, Chile, 29/10/2003, RDF 2005-II- 155; Tribunal de Sevilla, 14/6/1999.

 (58) Chechile, Ana María, "La Ley de Matrimonio Igualitario y su incidencia en las relaciones paterno-filiales. Algunas oportunidades perdidas", RDF 2011-48-107; Grosman, Cecilia - Herrera, Marisa, "Tensiones y desafíos del derecho a contraer matrimonio de las parejas del mismo sexo. La experiencia en el derecho argentino", en Gómez de la Torre Maricruz (dir.) - Lepin, Cristian (coord.), Parejas homosexuales ¿Unión civil o matrimonial?, Abeledo Perrot - Thomson Reuters - Escuela de Posgrado, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Chile, Santiago, 2013, ps. 137 y ss.

 (59) Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa, "Matrimonio, orientación sexual y familias. Un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica", LL del 4/6/2010, ps. 1 y ss.

 (60) Ver el interesante desarrollo sobre este tema en Herrera, Marisa y Famá, María Victoria, "Preferencia materna en la custodia de los hijos menores de 5 años. De la discriminación inversa hacia la coparentalidad", en El Dial.com del 21/9/2005; Moreno, Gustavo, "La eliminación de la preferencia materna en el cuidado personal de niños y niñas de corta edad", RDF 16- 119.

 (61) Minyersky, Nelly, "El impacto...", cit., p. 57.

 (62) Chechile, Ana María, "La patria potestad de los padres menores de edad", RDF 2003-26-45, en Summa de familia, cit., p. 2403, y Herrera, Marisa, "La lógica de la legislación proyectada en materia de familia. Reformar para transformar", Revista Derecho Privado, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, año II, nro. 6, Buenos Aires, 2013, ps. 109 y ss.

 (63) Ilundain, Mirta, "Responsabilidad parental", cit., p. 323.

 (64) Bacigalupo de Girard, María, "Acuerdos sobre delegación de la autoridad parental", RDF 2003-26-57, en Summa de familia, cit., t. III, ps. 2529 y ss.

 (65) Como se aclara en los Fundamentos, puede ser por delegación conjunta o de uno de ellos.

 (66) Bacigalupo de Girard, María, "Acuerdos...", cit.

 (67) Ver sobre el funcionamiento de la justicia de familia: Kemelmajer de Carlucci, Aída "Principios procesales y tribunal de familia", JA 1993-IV-676 .

 (68) Herrera, Marisa, "El derecho de los niños a vivir en familia. La responsabilidad del Estado en la función de crianza y educación de los hijos", en Grosman, Cecilia P. (dir.) - Herrera, Marisa (coord.), Hacia una armonización..., cit., p. 519.

 (69) Grosman, Cecilia P., "El legado de Vélez Sarsfield al derecho de los niños", en Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield, t. III, Córdoba, 2000, p. 384.