

Las relaciones parento filiales a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*

The relationship between parents and children according to the new National Civil and Commercial Code

Por Gabriela Eslava**

Resumen: El presente trabajo posee como objetivo central el análisis del marco legal general relativo a las relaciones parento filiales conforme el Código Civil y Comercial de la Nación y su aplicación en la praxis judicial diaria. Ello implica la necesidad de adentrarse en el estudio del conflicto familiar, a fin de analizar la nueva normativa en materia de “responsabilidad parental”, conforme a la evolución jurídica y doctrinaria que ha tenido la sustituida noción de la “patria potestad” a la luz del paradigma de la “protección integral”. En tal dirección, el propósito radica en destacar la importancia de que el conflicto familiar sea abordado mediante un proceso judicial específico, delineado por principios adjetivos propios, que se condigan con su naturaleza peculiar. Finalmente y tras el examen de la faz relativa a los deberes que representan la concreción del derecho a la co-parentalidad poniendo mayor énfasis en el repaso de las modalidades de ejercicio del cuidado personal, se procura destacar la importancia de la labor del juez al tiempo de proponer “el plan de trabajo o abordaje del caso” en los sometidos a su decisión procurando en primer lugar la autocomposición del conflicto y tan solo luego, dirimir el desacuerdo parental. Ello sin perder de vista que se debe establecer en todo supuesto, aquello que represente un camino a la correcta constitución de la pareja parental, y en consecuencia, hacia el cuidado personal compartido.

Palabras clave: Responsabilidad parental, Protección integral, Coparentalidad, Cuidado personal y Conflicto familiar.

* Recibido el 31/03/2016 y aprobado definitivamente para su publicación el 30/09/2016.

El presente trabajo se basa en el trabajo final presentado por la autora para la obtención del título de Especialista en Derecho de Familia otorgado por la Universidad Nacional de Rosario

** Poder Judicial de la Provincia de Córdoba

Abstract: This research work has as a main objective the analysis of the legal frame regarding the parents-children relationship agreeing to the regulations of the Civil and Commercial Code and its application into everyday judicial practice. This implies the need of the deep and profound study of family conflict in order to analyze the new normative in “parental responsibility”, in agreement with the doctrinaire and judicial evolution which has left behind the substituted notion of “patria potestad” by the notion of “integral protection”. In such way, the main purpose is to highlight the importance that the family conflict be treated by a specific process, attending to its particulars and special nature.

Finally, and considering the duties of the co-paternal right emphasizing the notion of personal care, the objective is to highlight the importance of the judge’s labor when proposing a “work plan” in the cases submitted to its decision; considering, in the first place, to the conflict own-composition, and just then, solve the parental disagreement. All this, in a permanent consideration that in all cases it must be arrived to a right constitution of the parental couple and, consequently, to the shared personal care.

Keywords: Parental responsibility, Integral protection, Co paternal right, Personal Care and Family Conflict.

Introducción

A partir de la sanción de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación mediante la Ley 26994, la República Argentina atraviesa un momento histórico. El nuevo Código ha venido a reemplazar al Código de Vélez Sarsfield que rigiera la suerte del derecho privado en nuestro país durante centurias, debiéndose reconocer la grandeza de dicha obra que fue capaz de sobrevivir con indudable permeabilidad al paso del tiempo, acompañado de modificaciones parciales de las instituciones tales como las operadas mediante diferentes leyes, mencionando a título ejemplificativo las siguientes: Ley 23.264, Ley 23.511, Ley 23.515, Ley 24.779, Ley 26061, 26579, 26618, etc.

Las instituciones han sufrido un cambio profundo y en tal sentido nuestra Nación transita sus primeros pasos en cuanto a la doctrina y jurisprudencia que se origina a partir de la nueva legislación.

En materia de familia se han producido importantes modificaciones siendo una de las ramas del derecho que fuera objeto de mayores cambios desde lo substancial en referencia al antiguo Código Civil. Ahora bien, en nuestra opinión, no puede soslayarse que probablemente sea en esta materia donde el cambio resultaba también indispensable a los fines de adecuar la ley civil a nuestro sistema normativo en su conjunto. Muchos de los principios y modificaciones hoy consagrados en el Código ya habían sido receptados por la legislación antes referenciada tanto internacional como interna y eran aplicados con vigencia plena desde un verdadero cambio de paradigma.

Especialmente a partir de la Convención de los Derechos del Niño se sitúa al niño como sujeto de derechos, merecedor de especial tutela jurídica a los fines de garantizarle el ejercicio efectivo de aquellos derechos, valga la repetición, que le corresponden; con más un plus adicional por su condición de tal.

Esta línea ideológica y conceptual fue seguida asimismo por los diversos instrumentos internacionales posteriores que, de modo directo o indirecto, contemplan y regulan los derechos humanos en general y de la infancia como categoría jurídica propiamente dicha.

En consecuencia era de prever que esto desembocara en una reforma que, como la actual, haciendo honor a la importancia que en líneas generales se ha acordado a la cuestión terminológica, reemplaza directamente la noción de “patria potestad” por la de “responsabilidad parental”; tema que será el objeto de estudio en este trabajo, procurando profundizar las distintas nociones y relacionarlas con los aspectos vinculares que de ella emergen, partiendo del análisis de la importancia y necesidad del aporte interdisciplinario.

La nueva normativa consagra una verdadera “parentalidad compartida” a partir del principio del reconocimiento de la igualdad de los progenitores para su ejercicio. Ahora bien, a partir de ello, uno de los primeros interrogantes que se generan es su adecuación para dar respuesta específica mediante su implementación a los casos concretos que se presentan en los Tribunales, ante el hecho de la separación de la pareja afectiva. Se utiliza tal denominación (pareja afectiva) con el objeto de diferenciarla de la pareja parental, incluyendo los aspectos vinculares propios de la relación afectiva previa cualquiera sea su forma de constitución, ya sea conyugal, convivencial, extramatrimonial, etc.

Utilizando un lenguaje coloquial; en muchos supuestos de la vida diaria, ante la separación, lo que “se debe”, -esto es continuar ejerciendo conjuntamente la tarea de padres priorizando los intereses de los hijos por sobre los propios - , no siempre coincide con lo que efectivamente, desde los propios recursos personales “se puede” hacer frente al conflicto. Ello nos lleva a que debemos considerar las características particulares del conflicto familiar como un tipo específico, partiendo de un “enfoque afectivo” del mismo que las contemple, postura que se propugna.

Así la principal tarea de la intervención jurisdiccional, estará destinada a elaborar un plan de trabajo, entendido como estrategia de abordaje, tendiente a lograr la pacificación y superación del conflicto, que vaya más allá de dar meras respuestas parciales a desavenencias parentales concretas, sin perjuicio de que ello resulte necesario durante la consecución del mismo.

El nuevo Código Civil y Comercial y las relaciones entre padres e hijos

Desde la Convención de los Derechos del Niño al nuevo Código Civil y Comercial.

Como ya se dijo, la actual normativa privada ha logrado plasmar, a nuestro modo de ver un verdadero cambio ideológico en la manera de mirar las relaciones familiares. En gran medida, o al menos en lo que respecta a las cuestiones que involucran a niños y niñas, su antecedente normativo se encuentra en la Convención de los Derechos del Niño, a la

que a su vez se fue adecuando la legislación interna en la materia, destacándose la “Ley Nacional 26061 de Protección de los niños, niñas y adolescentes”.

La importancia de la Convención, radica en primer lugar en que no sólo forma parte del plexo jurídico de nuestro país por haber sido ratificada como instrumento internacional, sino que cuenta con jerarquía constitucional desde la última reforma a la carta magna que la incorpora en el artículo 75 inc. 22.

En segundo lugar, su relevancia radica en haber plasmado en derecho lo que podríamos llamar el paradigma de protección integral, donde “la infancia”, goza del carácter de categoría jurídica susceptible de una protección especial, aspecto que ha sido puesto de resalto también en el ámbito de la sociología, debiéndose a tal efecto considerar como sujeto protegido al niño en concreto y no a la infancia como categoría abstracta.

Así en la línea indicada se puede citar a Elizabeth Jelin quien señala que:

Un desarrollo internacional importante al respecto en el mundo contemporáneo es la sanción de la Convención de los Derechos del Niño. Reconocer el derecho de los niños y niñas a una infancia protegida implica responsabilizar a los padres y las madres por esa protección y cuidado. (Jelin, 2010: 85)

En igual sentido se ha destacado que la Convención “...perfeccionó y dio forma a una determinada concepción sobre la infancia y la adolescencia fundada en el respeto por sus derechos humanos, teniendo en cuenta su calidad de personas en desarrollo” (Gil Domínguez, Famá y Herrera, 2007: 13).

Este modelo ideológico se conoce como “doctrina de la protección integral de derechos”, la que fuera de recibo en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 17 sobre la Condición Jurídica del Niño, e implica, tal como se dijo, su reconocimiento como sujetos de derecho, a los que les corresponde además de la titularidad de aquellos fundamentales de la persona humana, un “plus” de derechos específicos que se justifican en función de la calidad antes mentada de personas en desarrollo.

En cuanto a las relaciones parento filiales Cecilia Grosman, ha destacado que:

El paradigma de la protección integral propone una interacción distinta, más democrática y horizontal ... Se trata de garantizar que la función formativa de los padres se lleve a cabo en el marco de un especial vínculo entre el adulto y el niño, bien alejado de la acción unilateral donde el niño asume un lugar de sumisión como objeto de representación y control ilimitados por parte de sus padres. (Gil Domínguez, Famá y Herrera, 2007: 20)

Luego de la Convención, el siguiente paso hacia la consagración de la doctrina de protección integral en el derecho argentino lo dio la Ley 26061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

A partir de ambas normativas se producen importantes cambios, como por ejemplo, el reemplazo a nivel doctrinario y también jurisprudencial de la noción de patria potestad por la de “responsabilidad parental”; poniendo el acento en los deberes y obligaciones de los padres respecto de sus hijos, más allá de los derechos que a estos les competen por sobre aquellos. Parafraseando el artículo 264 del código velezano se

sustituye la idea de “derechos sobre sujetos sometidos al gobierno de otros” en virtud de ser unos hijos y otros padres.

Tal como indicáramos más arriba, la propia Convención sigue la línea referenciada estableciendo en su artículo 5 al establecer que: *“Los Estados Partes respetaran las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”*

Se consagran asimismo otras nociones que forman parte de la misma ideología, -entendiendo por tal una forma de ver el mundo-, tales como la protección de la familia incluyendo su visión ampliada, así como la idea del reconocimiento de la capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes y su consecuente derecho a participar y ser oídos en los procesos judiciales donde se ventilen cuestiones que los involucren.

A partir de la sanción de esta ley, en lo que hace a las relaciones parento filiales, tal como Olga Orlandi indica:

Deben tenerse en cuenta los siguientes principios: a) la familia es el eje principal y responsable de la protección de los NNA (niños, niñas y adolescentes), b) debe priorizarse la convivencia de NNA en el grupo familiar; c) la protección integral de los NNA debe partir de su concepción como sujeto de derecho en una relación paterno – filial reformulada a partir del principio democrático de interacción entre el adulto y el niño, teniendo en cuenta el reconocimiento y la efectiva promoción de su autonomía; d) el interés superior del niño; e) el derecho a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres; f) el derecho del niño a ser oído, y g) las garantías mínimas en los procedimientos judiciales y administrativos. (Faraoni y ots. 2011: pág. 213)

Si bien en el texto de la ley 26061 se reiteran algunos de los principios generales receptados en la Convención, la misma intentó no ser una repetición de aquella; no obstante lo cual, salvo la derogación de la figura del patronato (artículo 310 del viejo Código Civil), no se modificaron en esa oportunidad las normas del Código Civil que plasmaban un paradigma distinto, referenciado principalmente por la institución de la patria potestad.

La Responsabilidad Parental y un nuevo marco normativo.

La noción de responsabilidad parental, que rige las relaciones jurídicas emergentes del vínculo parento filial, ha sustituido al viejo concepto de patria potestad del código velezano, inspirado en la potestad del pater familiae del derecho romano.

Se pone de resalto la relevancia en la cuestión terminológica -ya no se habla de menores, palabra asociada al modelo tutelar-, sino de niños, niñas y adolescentes, incluyendo también la perspectiva de género. Luego de ello, el cambio de nominación no sólo afecta a la institución que se menciona sino a las nociones complementarias y derivadas como la de cuidado personal que sustituye la de tenencia, la de capacidad de

ejercicio que sustituye la de capacidad de hecho, pasando por la capacidad progresiva que abandona la categorización a través de compartimentos etarios estancos; y así sucesivamente.

En lo que hace a la responsabilidad parental como sustitutiva del concepto patria potestad se considera que la palabra potestad está referida a una situación de poder propia de una estructura familiar jerárquica; mientras que el concepto responsabilidad pone el acento en un camino de acompañamiento del hijo hacia su autonomía.

Se hace referencia en consecuencia más bien a una función, la función parental como noción integrativa de las funciones nutricias y normativas a favor del niño, que a las facultades con algunos deberes entremezclados.

Los derechos subjetivos familiares pueden ser definidos como facultades - deberes jurídicos reconocidos u otorgados a las personas por la ley – que se fundamentan u originan en el parentesco, ya sea como medio de protección a los intereses legítimos de sus titulares o de sujetos distintos al titular formal, cuyos derechos se pretenden tutelar, prevaleciendo en este caso el aspecto deber por sobre el de facultad.

El nuevo Código Civil y Comercial (CCC) trata la **responsabilidad parental** en el Título VII a partir del **artículo 638** norma que conceptualiza la institución como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona del hijo, para su protección desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”.

En cuanto a lo positivo del concepto, Del Mazo ha señalado que el mismo incluye un aspecto sumamente importante al referirse a la finalidad de la institución, esto es la funcionalidad de su ejercicio en post del desarrollo y autonomía del hijo. Así,

La obligación parental de dirigir y orientar a los hijos, debe estar encaminada a dotarlos de las herramientas para que éstos, en la medida de su desarrollo, puedan ir ejerciendo de manera progresiva los derechos respecto de los cuales son los verdaderos titulares. Guiarlos será, en definitiva, acompañarlos en el camino que los lleva de la dependencia (cuando son muy pequeños) a la total autonomía. (Del Mazo, 2012: 206)

En cuanto a las normas complementarias de la norma transcrita cabe citar el artículo 18 de la CDN y el artículo 7 de la ley 26061 que dispone en su párrafo primero que “la familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías”.

Por su parte el **artículo 640** del CCC hace referencia a las “figuras derivadas” de la responsabilidad parental, mencionando tres aspectos fundamentales: a. la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental. b. El cuidado personal de los hijos. c. El otorgamiento de la guarda a un tercero distinto de los padres.

En cuanto a la **titularidad y ejercicio** Rodolfo Jáuregui, citando a Zannoni y López del Carril, señala que ambas corresponden:

A nociones conceptuales difícilmente escindibles. El ejercicio supone ámbitos de actuación práctica delimitados por la ley que permiten a uno y otro titular o a ambos desarrollar el conjunto de facultades que la titularidad le confiere. Puede haber titularidad con ejercicio actual, o titularidad con facultades potenciales de actuación, subsidiarias o dependientes según

establezca la ley. La titularidad es la unión o conexión de un derecho o de una facultad con un sujeto al cual pertenece. (Jauregui, 2012: 227)

En otras palabras la titularidad hace referencia al sujeto sobre quién recae el haz de deberes y facultades que integran el derecho emergente de la responsabilidad parental y del que son titulares ambos padres en el caso de filiaciones que así se integren, mientras que el ejercicio se refiere al ámbito de actuación práctica para hacer efectivo ese conjunto de deberes y facultades.

La regulación legal se ubica desde el artículo 641 y ss., determinándose en primer lugar las normas relativas al ejercicio. Se establece como regla general el ejercicio conjunto ante la hipótesis de que la titularidad recaiga en los dos padres previéndose como hipótesis excepcional la atribución a uno solo ya sea por acuerdo o decisión judicial.

Cabe destacar que este ha sido uno de los aspectos trascendentales de la reforma, toda vez que, a diferencia del sistema actual, el antiguo Código Civil establecía en el artículo 264 un sistema de titularidad conjunta de la patria potestad, y un sistema de atribución unipersonal de ejercicio, -la llamada tenencia- frente al hecho de la no convivencia parental.

El nuevo sistema es sin dudas superior y representa un avance, en tanto "... simboliza el respeto igualitario de la función materna y paterna..." (Faraoni y ots. 2011: 164), sin base en patrones estereotipados de conducta basados en el género. Se requiere sin dudas una coordinación permanente entre ambos progenitores por lo que, ante la posibilidad de desacuerdos, el **artículo 642** del CCC establece que deberán ser resueltos por el juez competente y por el procedimiento más breve que prevea la ley local, previa audiencia de los padres y del Ministerio Público. Precisamente la presencia reiterada de desacuerdos se prevé como una de las razones para la atribución unilateral y/o la distribución de las funciones, pero por un tiempo determinado que no podrá exceder los dos años. Se prevé asimismo para estos casos la intervención interdisciplinaria o el envío a mediación por disposición judicial.

La consagración de la titularidad y el ejercicio conjunto, repetimos, han venido a trocar lo que antes era regla en materia de "tenencia" (el ejercicio unipersonal del conviviente). Esto implica asimismo el acogimiento a nivel legal de una de las facetas relativas a la noción de co-parentalidad.

Así, la co-parentalidad presenta dos caras según el sujeto activo que se considere. Desde el punto de vista de las relaciones de los padres como pareja parental, se traduce tal como se dijo en el ejercicio compartido de la responsabilidad parental en caso de niños que cuentan con la filiación de ambos progenitores, exista o no convivencia entre los mismos. Cabe aclarar que ejercicio compartido no significa cuidado personal compartido, sino distribución de las tareas propias del ejercicio según las distintas posibilidades familiares.

Lo que ahora consideraremos se refiere a que, conforme el principio de co-parentalidad, ambos progenitores tendrán iguales deberes e iguales derechos en el ejercicio de la responsabilidad parental.

Se ha señalado en este sentido que:

Se advierte con claridad lo que se ha dado en llamar la "democratización" de las relaciones familiares, donde a partir

de un reconocimiento pleno de los derechos de los grupos más postergados dentro de la familia (particularmente las mujeres y los niños) se reformulan los roles familiares y se le da valor además a formas familiares basadas sobre todo en el afecto y el compromiso personal. (Del Mazo, 2012: 206)

Entre las principales consecuencias de estas normas se encuentra asimismo la derogación de la preferencia materna establecida en el artículo 206 del Código de Vélez para el ejercicio de la tenencia en el caso de los niños menores de 5 años. Cabe señalar que desde hace largo tiempo dicha norma venía siendo tildada de inconstitucional por un gran sector de la doctrina entre los que cabe citar a Gustavo Moreno y a Mauricio Mizrahi, sosteniéndose que para la determinación del progenitor más idóneo, en el sistema unipersonal debían tenerse en cuenta otros parámetros, principalmente el del interés superior del niño y la idoneidad de los padres; y no un parámetro estereotipado de género como el consagrado por la norma mencionada.

En la otra vereda se enrolaron autores como Eduardo Zannoni y María Josefa Méndez Costa quienes fundaban su opinión en “nuestra realidad social y familiar” (Zannoni, 1998. t. 2: 199) en el caso del primero; o en el mayor apego y dependencia de los niños de corta edad hacia la madre la segunda (Gil Domínguez, Famá y Herrera, 2007: 146).

Por nuestra parte adherimos a la primera de las opiniones considerando que estos estereotipos han funcionado históricamente de manera disvaliosa para ambos géneros, ya que desde la óptica del masculino se los colocaba en una situación de desigualdad ab initio a la hora de petitionar la entonces guarda o tenencia de los hijos, o relegándolos a un rol de proveedores imposibilitados de la construcción de vínculos filiales más naturales y fluidos. En el caso de las mujeres generó una conciencia de que a la madre “todo” le correspondía en las tareas de cuidado, mientras que el padre prestaba una especie de “ayuda”, cuando en realidad aún en vigencia de la “patria potestad” existían iguales deberes. Esto implicó la naturalización de cuestiones tales como la doble jornada laboral y sentimientos de culpa ante la necesidad de pedir colaboración para el cuidado de los hijos.

Consagrada la co -parentalidad, en la misma línea se enrolan los artículos 660 y 658 del nuevo Código. El primero cuando establece que las tareas cotidianas de cuidado personal tienen valor económico y contribuyen un aporte a su manutención; y el segundo cuando, al resolver acerca de cuestiones respecto del cuidado personal se establece que la decisión debe fundarse “... 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 y las preferencias políticas e ideológicas o cualquier otra condición.”

Se puede decir entonces que estas normas guardan coherencia con las normas supranacionales de la Convención de los Derechos del Niño, las normas de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém Do Pará) y con las normas de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW). Cabe citar en este punto el artículo 16. 1 de la CEDAW el que dispone que los Estados partes asegurarán a hombres y mujeres “... los mismos derechos y responsabilidades como progenitores cualquiera sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos los intereses de los hijos serán consideración primordial”.

Por su parte, Belén Do Pará condena la atribución de roles estereotipados de conducta a la mujer por la sola condición de serlo, habiéndose superado ya las posturas que hablaban del instinto materno como algo inherente al género y habiendo quedado demostrado que tal instinto no constituye más que un mito carente de sustento biológico.

Coincidimos con Andrés Gil Domínguez, Marisa Herrera y Victoria Famá cuando señalan que:

Tanto la maternidad como la paternidad, -más allá del evidente compromiso “natural” que, al menos en principio “la producción física de un niño” significa -, son construcciones sociales y culturales formuladas a partir de una relación definida como primigenia y aparentemente incuestionable: la del engendramiento. (Gil Domínguez, Famá y Herrera, 2007: 148)

Tal como dichos autores señalan, si bien como construcción social y cultural no resultan criticables, ello no significa que desde el discurso jurídico deba avalarse, máxime cuando se encuentra en abierta violación a las normas supranacionales antes mencionadas.

La otra faceta de la co-parentalidad tiene como eje por un lado a los padres considerados individualmente y al otro sujeto de la relación parento filial, esto es al hijo. Desde su óptica se traduce en el derecho del hijo a ser acompañado por ambos padres en todo el proceso hacia su autonomía personal. Representa su derecho a crecer bajo el amparo y protección de ambos progenitores (art. 7 .1 última parte Ley 26.061).

Así, en el sistema de ejercicio unipersonal – tenencia -, la vigencia efectiva de este derecho encontraba respaldo en lo que se conocía como el derecho a mantener una adecuada comunicación y supervisar su educación (art. 264 inc. 2 C.C), lo que en términos jurídicos se plasmaba mediante el conocido “régimen de visita”.

Esto significaba asimismo la convalidación de una situación de desigualdad entre ambos padres que, ante el hecho de la separación de la pareja afectiva, resultaba sin dudas perjudicial para los hijos. En tal sentido se señaló que:

Por más amplio que este sea, se definirá, las más de las veces, en razón de tiempos, dentro de una concepción donde hay” un padre principal” (por lo general la madre) y un progenitor (de ordinario el padre), con un rol pasivo de “mero controlador”. (Faraoni y ots. 2011: 153)

Ahora bien, más allá de que el nuevo sistema de ejercicio compartido signifique dejar de lado el esquema de “padre visitador”, ello no significa que este derecho a mantener una fluida comunicación con el progenitor no conviviente haya desaparecido. Dicho derecho implica la concreción fáctica del derecho a la parentalidad, derecho humano de todo niño, y encuentra claramente asidero legal en los deberes y derechos descriptos en el artículo 646 y expresamente en el artículo 652 del CCC.

El mismo puede ser definido entonces como el derecho deber de toda madre o padre a mantener un trato fluido y cotidiano que signifique, desde la óptica del niño, el derecho a crecer con la presencia efectiva de ambos progenitores en su vida diaria y en el tránsito hacia su evolución.

Se trata de un derecho inalienable e irrenunciable no sólo necesario para un desarrollo sano del hijo sino para la consolidación de la identidad y aprendizaje de los

roles sociales; habiéndose puesto de resalto en los últimos tiempos, quizás por haber sido ignorada durante largo tiempo, la importancia de la figura paterna en el proceso de socialización.

Destaca Nora Lloveras que:

La protección de los hijos de menor edad no es abstracta, y se concreta en varios planos en la vida del hijo, mirada como un universo total. Los padres, los dos padres, deben asumir todas y cada una de estas funciones parentales. Y en modo alguno ninguno de los dos padres puede provocar ni justificar la supresión del otro, la “indiferencia” hacia el otro padre, el debilitamiento de la presencia del otro padre, ya que el alejamiento o desaparición de uno de los padres torna francamente difícil la vida del hijo que crece –más allá de situaciones excepcionales. (Lloveras, 2011: 91)

Su carácter de inalienable hace que sólo pueda suspenderse ante causas graves que impliquen peligro a la integridad física o moral del hijo. En igual sentido debe contemplar una modalidad tal que, en concreto respecto de cada niño, se garantice la necesaria espontaneidad que el vínculo necesite para su desarrollo pleno. Para que ello se haga efectivo es necesario asimismo que se adecue el contacto a aquello que resulte instrumental al niño, no pudiendo por ejemplo cercenarse el derecho del hijo a la socialización con sus pares conforme la etapa evolutiva que atraviese, debiendo respetarse los horarios de descanso o educativos, etc.

Por otra parte, si bien este derecho tiene como sujetos activos a cada progenitor considerados individualmente y al propio hijo/a, no resulta menos importante, en esta relación triangular, la función del otro padre, generalmente el conviviente cuando sólo uno de ellos goce de este carácter.

Rivero Hernández denominaba al progenitor conviviente como “*el gravado en la visita*”, pues a él le son exigibles conductas concretas para asegurar la efectiva concreción del derecho a una adecuada comunicación. Si bien deberá ser el padre no conviviente quién desarrolle las estrategias tendientes a la construcción, profundización y preservación del vínculo; no resulta ser menor la tarea del conviviente quién deberá constituirse en el principal garante del derecho a una adecuada comunicación con el otro, no sólo absteniéndose de conductas obstructivas sino más aún, favoreciendo y propiciando dicha fluida comunicación.

De esta manera, el incumplimiento de este deber, resulta susceptible de sanción, siendo amplio el espectro de medidas que pueden ser adoptadas en tal sentido, las que van desde el establecimiento de compensaciones, imposición de astreintes y otras sanciones pecuniarias, etc. excediendo el marco del presente trabajo. Sólo se menciona en este punto que, incluso la ley penal, contempla la hipótesis de la obstrucción del derecho a una adecuada comunicación entre el hijo y el progenitor no conviviente, mediante el delito de impedimento de contacto preceptuado por la ley 24170.

Estimamos que más allá de la importancia que dicha norma posee, el verdadero desafío consiste en lograr implementar estrategias tendientes a modificar desde lo substancial las conductas obstructivas, lo que sin dudas requerirá de la ayuda interdisciplinaria.

En cuanto a los esfuerzos que deberá realizar el padre no conviviente, ello se sitúa principalmente en la pérdida de cotidianidad que enfrenta, toda vez que tal como señala Lloveras:

La satisfacción de las necesidades materiales y espirituales del menor se concreta a través de la convivencia, pues ella permite el desarrollo de los afectos y valores que contribuyen a la formación psíquica, afectiva y ética del NNA, se facilita la función educativa que se realiza dentro de la familia y se cubren sus necesidades de vivienda y alimentos... (Lloveras, 2011: 104)

Ello determina, asimismo, que en este aspecto, quizás más que nunca el interés será la medida de la acción, puesto que a falta de interés concreto por parte del progenitor no conviviente, que se materialice en la realización de los esfuerzos pertinentes ya sea desde lo conductual o en la pertinente implementación de los remedios procesales jurisdiccionales, será prácticamente imposible lograr la concreción fáctica de este derecho que no solo lo tiene el padre/madre, como titular sino, fundamentalmente, el hijo.

Esto determina que, en caso de contactos parento filiales interrumpidos o dificultosos, los esfuerzos no sólo deban direccionarse a trabajar sobre los rasgos obstructivos que pueda tener el progenitor conviviente sino también sobre los recursos personales que el no conviviente tenga para relacionarse en concreto con el propio hijo.

En síntesis, el correcto ejercicio conjunto de la responsabilidad parental constituye un verdadero desafío que coloca a los progenitores en la situación de tener que compatibilizar opiniones en cuestiones atinentes a los hijos, como una verdadera pareja de padres pese a la fractura de la pareja afectiva.

El vínculo parento filial no escapa a lo expuesto ya que en el marco precitado deben ser los propios padres quienes procuren arribar a acuerdos cotidianos que permitan la concreción práctica del derecho a la co-parentalidad que, tal como se dijo, es también en primer lugar un derecho a favor de los hijos. La intervención jurisdiccional debe, en consecuencia, ser excepcional cuando ante la desavenencia se deba resolver.

Deberes y derechos de los progenitores. Reglas Generales.

El artículo 646 del C.C.C. hace referencia a los deberes y derechos de los padres en cuanto titulares de la responsabilidad parental; indicándose en consecuencia cuales son, en concreto, los deberes de conducta y facultades que la integran como derecho – deber. La norma mencionada realiza una enumeración sin aclarar si es meramente ejemplificativa o taxativa. En nuestra opinión, debe estarse a todo el sistema normativo en su conjunto, del que surgirá el contenido del derecho en cuestión siempre teniendo como guía el desarrollo integral del hijo y su interés superior. Así, también integran el conjunto de facultades por ejemplo las conductas señaladas en el artículo 645 del C.C.C. el cual hace referencia a los actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores. No obstante ello, la enumeración del art. 646 resulta de gran importancia práctica.

Conforme el mismo son deberes de los progenitores:

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

Como correlato del artículo 646, el 671 del C.C.C. menciona los deberes de los hijos efectuando la siguiente enumeración:

- a. Respetar a sus progenitores.
- b. Cumplir con las decisiones de los progenitores que no sean contrarias a su interés superior.
- c. Prestar a los progenitores colaboración propia de su edad y desarrollo y cuidar de ellos u otros ascendientes en todas las circunstancias de la vida en que su ayuda sea necesaria.

Como consecuencia del juego de las normas citadas se extrae de cada derecho - deber una doble faceta que tiene como sujeto activos y pasivos tanto a los padres como a los hijos, que impone en los hechos un gran desafío a enfrentar en la crianza diaria, ya que lógicamente será necesario “enseñarles” a respetar, cumplir decisiones que no sean contrarias al interés superior y prestar colaboración, respetando asimismo los nuevos parámetros, como por ejemplo la prohibición del castigo corporal en cualquiera de sus formas (art. 647).

Ello obedece claramente al nuevo modelo relacional entre padres e hijos, donde “el poder de corrección” preceptuado por el artículo 206 del viejo Código Civil velezano ya había sido objeto de condena, fundamentalmente por los abusos a que ello podía prestarse y la línea fina que lo separaba del maltrato infantil¹.

Señala Del Mazo citando a Gladys Isabel Reynoso que:

La tendencia en el derecho contemporáneo es que si bien los padres tienen el derecho – deber de criar, cuidar, educar y vigilar a

¹ La jurisprudencia en un fallo del Juzgado en lo Penal Correccional de Rosario N° 8, de fecha 25/08/05 destacó que: “... el poder de corrección de los padres sobre sus hijos no puede exceder el marco de una reprimenda o castigo – entendido como prohibición – pero nunca el golpe que deja marcas físicas y secuelas psíquicas en los menores. Si bien los niños poseen una conducta conflictiva, esta no autoriza a los padres a propinar golpes a los mismos (...) el límite de la potestad correctiva está dado porque exista una relación causa – efecto entre la conducta reprochada y la sanción impuesta, siempre atendiendo a los límites de razonabilidad y moderación que impone la salud psicofísica del niño. Cuando ello no ocurre nos encontramos con un exceso o abuso de la facultad correctiva que norma el art. 278 del C.C.”. Derecho de Familia. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 33, Lexis Nexis, 2006: 253.

sus hijos, es importante que este ejercicio se haga respetando los derechos, libertades y autodeterminación de éstos, conforme a su edad y desarrollo y, en tal sentido, adquiere singular relevancia que las decisiones sean el resultado de una interacción bilateral entre padres e hijos. (Del Mazo, 2012: 206)

En cuanto a las normas derivadas de cada derecho deber, sólo trataremos en este trabajo las cuestiones relativas al cuidado personal por ser lo que se refiere específicamente al objeto del mismo (aspectos vinculares de la relación parento filial), sin hacer referencias a las normas alimentarias ni a las que regulan la representación, disposición y administración de los bienes de los hijos.

El cuidado personal de los hijos

La institución del cuidado personal de los hijos adoptada por el nuevo Código Civil y Comercial ha venido a reemplazar a las nociones de tenencia y guarda que entre sí, referidas a un mismo instituto, marcaron una línea evolutiva si bien ambas eran propias del modelo tutelar.

Más allá del distingo cabe aclarar que justamente estos institutos resultan derivados de aquellas instituciones (antes la patria potestad ahora la responsabilidad parental) ya que hacen a una de las expresiones del conjunto de derechos y deberes – deberes y derechos que las integran.

Cecilia Grosman ha señalado que:

Tales términos contradicen la consideración del niño como un sujeto de derecho propio de la doctrina de la protección integral, ya que “tenencia” se refiere a la posición de las cosas, o sea, coloca al niño como un objeto de propiedad, mientras que “guarda” o “custodia” más bien recuerdan al lenguaje penitenciario. De esta manera, en el diccionario se define como “custodia” a “la persona o escolta encargada de custodiar a un preso” y “guarda” significa entre sus acepciones, “persona que tiene a su cargo y cuidado la conservación de una cosa. (Gil Domínguez, Famá y Herrera, 2007: 144)

Ya con motivo de la obra comentada referida a la ley 26061 que hemos citado en reiteradas oportunidades, Andrés Gil Domínguez, Marisa Herrera y Victoria Famá, propiciaron la adopción del término “cuidado personal”, con antecedente en el Código de Familia de El Salvador, como la más adecuada por su coherencia con la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26061 de protección de la infancia.

El concepto de **cuidado personal** se encuentra establecido en el **artículo 648 del C.C.C.** el que lo define como “los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo”.

Por su parte el artículo 649 establece como clases de cuidado personal para cuando los progenitores no convivan el ejercicio conjunto o unilateral.

Las hipótesis de **cuidado personal compartido** se regulan en el artículo 650 el que establece las distintas modalidades:

- a. Cuidado personal compartido alternado: el hijo pasa períodos de tiempo con cada progenitor, según la organización y posibilidades de la familia.

- b. Cuidado personal compartido 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.

Conforme el artículo 651, por pedido de uno, ambos progenitores o aún de oficio la primera alternativa para el juez será el cuidado personal compartido indistinto. En el supuesto de cuidado personal atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo (art. 652).

De tal guisa, el derecho deber de mantener una adecuada comunicación representa un derecho fundamental del niño relacionado con su derecho a la co-parentalidad como sujeto activo.

En la modalidad indistinta si bien el cuidado personal sigue siendo compartido, se establece la residencia prioritaria del niño con uno de los padres, lo que en los hechos implica en gran medida la pérdida de la cotidianeidad, cuestión que precisamente se pretende subsanar mediante el mantenimiento de una adecuada comunicación.

Creemos que el cuidado personal compartido en ambas hipótesis ha venido con precisión a reemplazar lo que otrora como “tenencia o guarda compartida”, configurando un supuesto de ejercicio de la parentalidad basada en la igualdad de derechos de los progenitores pero fundamentalmente del o los hijos a continuar gozando de la presencia efectiva de ambos padres en su vida cotidiana más allá de la separación de los mismos como pareja afectiva en sentido general.

Al respecto, en relación a la tenencia compartida pero con igual aplicabilidad al correlativo cuidado personal compartido se ha dicho que:

Permite la participación activa de ambos padres en la crianza de sus hijos; la equiparación de los progenitores en cuanto a la organización de su vida personal y profesional, distribuyendo entre ambos la carga de la crianza; el reconocimiento de cada progenitor en su rol paterno; la comunicación permanente entre los progenitores; la distribución de los gastos de manutención de los hijos; la atenuación del sentimiento de pérdida o abandono del niño luego de la separación; el reconocimiento del hijo como alguien ajeno al conflicto. (Gil Domínguez, Famá y Herrera, 2007:153-154)

Ahora bien, no podemos dejar de considerar la posibilidad concreta de hacer efectivos dichos preceptos ante el conflicto familiar emergente a partir de la separación de la pareja afectiva, lo que marca asimismo el nacimiento de la pareja parental como entidad diferenciada, dado que antes, durante la convivencia, dicha escisión era innecesaria.

Más allá de la consideración del sistema como el óptimo desde el punto de vista de la tutela efectiva del derecho de los niños a una vida familiar plena, en los hechos, la posibilidad práctica de implementarlo puede no resultar tan habitual. Los progenitores se encuentran insertos en la conflictiva divorcial propia de la ruptura del proyecto común, siendo desde lo subjetivo una misma persona. Así la disociación entre pareja conyugal o afectiva y pareja parental puede no resultar tan fácil de efectuar.

A título ejemplificativo cabe citar la opinión de Olga Orlandi quién señala que:

En la práctica judicial es frecuente observar padres que no quieren solucionar sus diferencias. Quieren “pelear” y en esa maraña de empecinamientos, humillaciones, heridas abiertas, el único que se perjudica es aquel en cuyo nombre y bienestar promueven continuos incidentes en los procesos judiciales”. (Faraoni y ots. 2011: pág. 201)

El propio conflicto dificultará o incluso impedirá la posibilidad de hacer los acuerdos cotidianos que el ejercicio conjunto del cuidado personal requiere más allá de la profusa regulación que desde el plan de parentalidad se pueda hacer, ya que es imposible prever todas las contingencias y circunstancias que la cotidianeidad de los hijos tengan.

Aquí se producirá el verdadero esfuerzo de los operadores jurisdiccionales y principalmente del Juez, en cuya persona el Código Civil y Comercial de la Nación, coloca un gran protagonismo que sólo puede ser entendido como una gran responsabilidad. Cabe destacar que ante las desavenencias, la intervención jurisdiccional se deberá producir, pero sin perder de vista que lo que se debe establecer en todo caso, deberá representar un camino a la correcta constitución de la pareja parental; y en consecuencia hacia el cuidado personal compartido.

El **cuidado personal unipersonal** está regulado en el artículo 654, el que, conforme dicha norma configura la hipótesis excepcional, estableciéndose como pautas a considerar por el juez:

- a. la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro;
- b. la edad del hijo;
- c. la opinión del hijo;
- d. el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo. El otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración el conviviente.

Resulta relevante destacar la importancia declarativa que tiene la última frase relativa al deber de colaborar con el conviviente toda vez que como dijimos resulta muy frecuente escuchar en la práctica la expresión “ayuda”, lo que limita la colaboración a las “posibilidades de ayudar” del no conviviente; mientras que en el caso del que convive se “debe” necesariamente poder. Es, como todo derecho subjetivo familiar, un poder-deber de contribución moral.

El inciso d, “in fine” del artículo anterior, deja en claro que existe un deber de colaboración, lo que muchas veces, en aras del cumplimiento de ese deber, significará tener que efectuar renunciaciones propias o hacer concesiones en relación al propio tiempo. Más aún puede decirse sin hesitar, que lo que existe es un deber de participar en el cuidado personal conforme las mayores posibilidades de cada progenitor, pero debiendo en todo caso, reacomodar esas posibilidades en función del hijo (carácter instrumental de la responsabilidad parental).

En igual sentido al antes expuesto, y como expresión del principio de tutela efectiva del derecho a la co-parentalidad, el artículo 654 establece el deber de informar

al otro progenitor todas las cuestiones referidas a la educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo.

Otras normas de importancia en el tema que nos ocupa lo constituyen las referidas al “**plan de parentalidad**”. Ya pusimos de resalto la excepcionalidad que la intervención jurisdiccional debe tener, sólo ante la imposibilidad de acuerdo de los hijos. Desde esta perspectiva la mejor alternativa para el hijo se presenta cuando, ante el hecho de la separación, son sus propios padres quienes pueden determinar el modo en que continuarán ejerciendo los roles de la pareja parental con el menor impacto posible en ellos.

El artículo 655 del C.C.C. establece que los progenitores podrán presentar al juez un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo que contenga:

- a. Lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor.
- b. Responsabilidades que cada uno asume.
- c. Régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia.
- d. Régimen de relación y comunicación con el hijo cuando reside con el otro progenitor.

Se establece asimismo que este plan se puede modificar en función de las necesidades del grupo familiar y del hijo en sus diferentes etapas, debiéndose procurar la participación de éste tanto en su confección como en su modificación.

Cabe destacar que esta última parte pone de resalto el carácter de cosa juzgada relativa que tienen las cuestiones referidas a niños y niñas, siempre en función de lo que consulte conforme las circunstancias de modo, tiempo y lugar, su interés superior. Se tiene en consideración asimismo que el ejercicio de la responsabilidad parental es funcional al proceso de desarrollo del hijo hacia su total autonomía lo que, lógicamente conforme dicho proceso evolutivo, hace que las circunstancias fácticas varíen permanentemente con el paso del tiempo.

Ante la inexistencia de plan de parentalidad confeccionado por acuerdo de los padres y homologado judicialmente, el mismo será determinado por el juez, estableciéndose como pauta de decisión las conductas concretas de los progenitores (artículo 656 del CCC), conforme el criterio sustentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile” (24/02/2010).

El conflicto familiar. Enfoque afectivo del mismo

Analizado el marco legal general relativo a las relaciones parento filiales, es necesario adentrarnos en el estudio del conflicto familiar en sí mismo.

El conflicto familiar posee características propias que lo diferencian substancialmente del que se presenta, por ejemplo, en cuestiones patrimoniales; las que hacen que deba ser abordado mediante un proceso judicial específico delineado por una serie de principios adjetivos propios.

Cabe destacar que tal como señala Angelina Ferreyra de De la Rúa:

En general mientras las normas sustanciales clásicas presentan una estructura que se concreta como órdenes, mandatos y

prohibiciones, y prevén la sanción para el caso de incumplimiento, las de derecho adjetivo indican vías para la actuación del derecho substancial. En el ámbito familiar las pautas legales, tanto substanciales como procesales, muestran otras particularidades que procuran dejar de lado el esquema adversarial clásico y ponen el acento en una distinta forma de litigio. (Ferreya de De la Rúa, 2012)

Así, el esquema adversarial clásico al que se hace referencia, se estructura mediante un sistema rígido de racionalidad lógico formal, (dos oponentes que ejercen la acción, contestación y en su caso reconvencción) que se presentan ante un juez que es el director del proceso durante su transcurso, controlando el cumplimiento de las reglas, resultando ser quién, en definitiva, dotado de jurisdicción, resuelve, dando razón a uno u otro ya sea total o parcialmente.

El conflicto familiar es desde el vamos triangular en cuanto a la relación jurídica procesal, puesto que si bien se plantea ab initio con el esquema clásico de dos partes, en la medida en que la contienda involucre los derechos de niños o niñas, estos aparecen como sujetos a tutelar por los operadores judiciales como el propio Juez o Tribunal y el Ministerio Público complementario (art. 103 del C.C.C). Dicha triangulación se hace aún más evidente en el proceso mediante la concreción del derecho del niño a ser oído que será analizado posteriormente, cada vez con mayor frecuencia e importancia, en los niveles subsiguientes de participación.

De ello derivan muchos de los principios procesales que desarrollaremos más abajo tales la oficiosidad, la intermediación, el interés superior del niño, el derecho de éstos a ser oídos, etc. Esto determina asimismo la morigeración de algunas reglas clásicas como la de la congruencia, las facultades transaccionales de las partes sujetas a control judicial, la relativización de los plazos procesales, mayores facultades oficiosas para supervisar la ejecución de las órdenes impartidas por el juez o revisar las cautelares, la posibilidad de no conceder la caducidad o perención de instancia pese al transcurso del plazo legal sin haber corrido vista al Ministerio Público (CSJ 01/07/1997 “Fallos” 320:1291), etc.

Resulta de gran importancia para guiar la labor del juez la cláusula contenida en el artículo 3 in fine de la ley 26061 conforme la cual cuando exista conflicto entre los derechos o intereses de los niños, niñas o adolescentes y de los adultos involucrados, deberán prevalecer los primeros.

Lógicamente estas facultades deberán ser usadas con extrema prudencia de modo que no se vulneren otras garantías constitucionales como el derecho de defensa en juicio y demás aspectos de la seguridad jurídica.

También se pone de relevancia como nota característica de este tipo de procesos la relatividad de la cosa juzgada o “cosa juzgada formal” de la que gozan, siendo las resoluciones que se adopten esencialmente revisables en función de las circunstancias concretas con base en el interés superior del o los niños involucrados.

No obstante lo expuesto, a nuestro criterio, la principal característica del proceso familiar radica en que el mismo es altamente emocional, caracterizándose por la profunda afección que la crisis provoca en el fuero íntimo de las personas. Es por ello que, los operadores no deben olvidar jamás que la mayoría de las personas que llegan por ante un Tribunal de Familia debaten “dolores” y que muchas veces la pretensión real, -esto es lo que vivencian y sienten como real solución a su problema-, dista mucho

de la pretensión jurídica o incluso de lo que el juzgador puede, conforme las circunstancias de hecho o derecho, determinar como solución a los planteos efectuados.

En la gran mayoría de los casos el conflicto surge como consecuencia de la ruptura afectiva y la pérdida del proyecto común como pareja, lo que determina la necesidad de resolver los aspectos personales entre los propios cónyuges o convivientes y entre éstos y sus hijos, en caso de existir progenie.

Se destaca que desde la subjetividad de las personas cuando se constituye un proyecto de vida compartido, lógicamente la ruptura nunca forma parte del devenir “deseado” de los acontecimientos; siendo necesario una vez producida, procesar los sentimientos que ello provoca.

En algunos casos, será la propia familia la que podrá resolver autónomamente el conflicto sin necesidad de judicializarlo. Para ello, destaca Ferreyra de De la Rúa, deberán sus integrantes mostrar un gran capacidad de reaccionar ante el cambio, reagruparse y asumir el conflicto para así solucionarlo (Faraoni y ots. 2011: 572).

Es posible que estos casos sólo lleguen a Tribunales a fin de obtener pronunciamientos formales como en el caso del divorcio o para homologar algún convenio al que se necesite dar fuerza de ley.

Pero en muchos otros casos, esto no será posible, siendo necesaria la intervención jurisdiccional ante la crisis familiar. Será necesario mirar el conflicto con la suficiente conmiseración y templanza, valor que tendrán que tener los jueces de familia en gran medida para comprometerse con el problema familiar que tienen en frente, comprendiendo el alto nivel afectivo puesto en juego.

Así, la carga emocional y afectiva que se mencionara supra, se hará evidente en aquellos casos en que se planteen cuestiones relativas a los hijos en común, los que en ciertas oportunidades se perciben como trofeos de guerra.

Mucho se ha escrito por ejemplo, sobre el divorcio destructivo y sus consecuencias en el grupo familiar involucrado. En este marco, conforme el enfoque afectivo del conflicto que propiciamos, la principal tarea del juzgador será tratar de comprender el meollo del mismo y mediante una escucha activa de las partes (principio de inmediatez) brindar o tratar de brindar los elementos que permitan superarlo o en su caso atenuar los daños que el desquiciamiento puede, potencialmente, haber causado en la prole.

Mucho acento se ha puesto en la figura del juez de familia, caracterizándolo como un juez proactivo que dote al proceso del necesario dinamismo y sin excesivo apego a la ritualidad.

Mauricio Mizrahi por su parte ha puesto el acento en estos aspectos, indicando por ejemplo que de conformidad a la finalidad que posee el proceso familiar, se deberá priorizar el significado funcional por sobre el lingüístico, de modo tal que no se genere una historia paralela en la vida real a aquella de la que da cuenta el expediente. Este autor ha destacado asimismo el activismo judicial propiciado por la doctrina moderna, privilegiando el acceso a la verdad material por sobre la formal; debiendo las leyes dotar a los jueces de poderes suficientes de actuación autónoma a fin de llegar a una sentencia justa, con cuyo resultado se encuentra comprometido en función de los intereses de orden público que se tutelan, naturalmente siempre respetando las leyes. (Mizrahi, 2012, 1101).

Sin dudas “el plan de trabajo” a proponer por el juzgador, - entendido como propuesta de abordaje del conflicto familiar-, deberá pugnar en primer lugar por la autocomposición del conflicto mediante los medios de resolución pacífica. Así ha dicho acertadamente Bossert citado por Mizrahi, que “... un buen juez patrimonial es el que se distingue por la sabiduría de sus sentencias; en cambio, el mejor juez de familia es el que no llega a dictarlas, el que consigue atenuar la enemistad y componer diferendos...” (Mizrahi, 2012, 1101).

Los acuerdos entre partes deben fomentarse en la creencia de que la solución óptima ante el conflicto es la que parte de los propios sujetos intervinientes que lo viven día a día. Cuando están referidas a las pautas de desarrollo de la responsabilidad parental, permiten asimismo brindar a los hijos un mensaje ejemplificador consistente en indicar que son ellos, y no un tercero quienes, dejando de lado sus diferencias, resultan capaces de determinar aquello que es lo mejor para ellos.

Para el caso en que esto no sea posible, deberá el juez conforme la jurisdicción de la que está dotado, ser quién resuelva las cuestiones a dirimir ante el desacuerdo parental. Entendemos que en esto, que comprende no sólo la resolución final que se adopte sino también las que van dándose a lo largo del proceso en su función de director, se debe prestar especial atención a “no proporcionar escenario” a las partes para la retroalimentación del conflicto. No resultan pocos los casos en que, ante un grave conflicto parental, es el propio proceso judicial el que se presenta precisamente como una forma de perpetuar el vínculo, algo así como “seguir unidos en la pelea”.

Conclusión

El Código Civil y Comercial vigente, resulta en materia de “responsabilidad parental” claramente superador y acorde a la evolución jurídica y doctrinaria, respecto de la vieja institución de la “Patria potestad” a la que sustituye; respetando el paradigma de la protección integral y tutela efectiva de derechos los niños, niñas y adolescentes.

A la hora de la aplicación práctica de la nueva normativa deben tenerse en cuenta, no obstante lo expuesto, las características particulares que el conflicto familiar reúne, y dentro del que sin dudas, el que recae sobre los vínculos parento filiales se destaca, por el alto contenido subjetivo que posee al encontrarse involucrada la afectividad de los sujetos en uno de sus grados máximos.

Referencias Bibliográficas

Del Mazo, C. (2012). La responsabilidad parental en el proyecto, *DFyP*, Julio, 206

Ferreira de De la Rúa, A. (2012). El procedimiento de Familia en el proyecto, *La Ley*, 722.

Gil Domínguez, A., Famá, M. V. y Herrera, M. (2007). Ley de Protección integral de niñas, niños y adolescentes. En *Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires: Editorial Ediar.

Jauregui, R. (2012). La responsabilidad parental en el anteproyecto 2012, *DFyP*, julio.

Jelin, E. (2010). *Pan y afectos. La transformación de las familias*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Lloveras, N. (2011). El régimen Comunicacional y el Ejercicio abusivo de las Funciones del Progenitor “Custodio”. En *Régimen Comunicacional Visión Doctrinaria*. (Director Faraoni, F.) Córdoba: Nuevo Enfoque Jurídico.

Mizrahi, M. L. (2012) “El proceso de familia que involucra a niños”, *La Ley*, 1101.

Faraoni, F. et al. (2011) Visión constitucional del régimen comunicacional paterno filial. En *Régimen Comunicacional Visión Doctrinaria*. (Director Faraoni, F.) Córdoba: Nuevo Enfoque Jurídico.

Zannoni, E. (1998) *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Astrea.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/).
Compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato
Adaptar — remezclar, transformar y crear a partir del material
Para cualquier propósito, incluso comercialmente

<http://dx.doi.org/10.26612/2525-0469/2017-4.06>