

UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE ABOGACÍA

"Problemáticas derivadas de la insolvencia de la cuota alimentaria en las relaciones de familia"

ALUMNO: Kleywegt, Mariano Ezequiel.

TUTOR: Ibáñez, Germán N.

TÍTULO A OBTENER: Abogado

TELÉFONO: 011-23184103

CORREO ELECTRÓNICO: kleywegt.mariano@gmail.com

LOCALIZACIÓN: Sede Regional Buenos Aires – Castelar

FECHA DE PRESENTACIÓN: 03 de Agosto del 2020.

Índice

Dedicatoria y agradecimientos.	*3*
Resumen	*4*
Tema y objeto de la investigación	*5*
Objetivo general	*5*
Objetivos específicos	*5*
Propósito de la investigación	*6*
CAP I. Deberes derivados de la responsabilidad parental	*7*
1. Patria Potestad y Régimen Parental.	*18*
2. Insolvencia	*22*
CAP II. Interés Superior del Niño.	*29*
CAP III. Ley Penal 13944 – Incumplimiento.	*46*
CAP IV. Derecho Comparado	*58*
Conclusión	*67*
Bibliografía.	*71*

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS.

Luego de 5 años y medio de carrera y de poder terminar mi trabajo final, los sentimientos de alegría y de satisfacción son difíciles de ocultar.

Estoy seguro que nunca hubiera arrancado la carrera sin la insistencia de mi Padrino Juan, mi Mama y mi Papa, que fueron quienes me impulsaron por esta carrera cuando yo tenía bastantes en mente pero no me definía por ninguna.

Teniendo a mi tío como referente y ejemplo, y a toda mi familia apoyando y acompañándome, empecé la facultad con el miedo de no saber si me iba en el primer cuatrimestre o que iba a pasar. Tuve la suerte de cruzarme con gente que en poco tiempo dejaron de ser compañeros para convertirse en amigos, cosa que cconsidero fue un factor fundamental para que esta difícil carrera se haga llevadera y para poder seguir intentando en los momentos donde las cosas no salían como esperaba.

Agradezco a cada uno de ellos, como así también a cada empleado de la sede de Castelar: Bedeles, Fabián -nuestro director de localización-, personal de mantenimiento, todas esas personas que siempre estuvieron a disposición mas allá de su propia función, siempre atento a cuando rendíamos, brindándose al ciento porcciento, en lo que pudieran ayudar. Sinceramente, me llevo el mejor de los recuerdos de mi carrera.

Por último, quiero agradecerle a cada uno de los profesionales que tuve la suerte de tener como profesores, quienes siempre obraron con un respeto y amabilidad admirable.

Muchas gracias a todos.

RESUMEN:

La cuota alimentaria es un importe que debe pagar el padre que no convive con sus hijos (en un caso de divorcio o separación de hecho) la cual estará destinada a colaborar con los gastos destinados a su bienestar. Esta cuota es mensual y obligatoria hasta que los chicos alcancen la mayoría de edad. Están incluidos aquí todos los gastos derivados de la vivienda, alimentación, salud, educación y esparcimiento. Anteriormente se trataba de un porcentaje fijo, pero ahora se estableció un monto variable que contemplara el estado económico del padre, sino que se establece en función de las necesidades de los hijos menores.

A través de la reforma de nuestro código, se han modificado e introducido nuevos conceptos que buscan hacer aún más efectiva esta obligación.

Los abuelos en primer lugar y luego demás familiares, deberán hacerse cargo de estas cuotas siempre y cuando se confirme la insolvencia del padre, obligación que antes no estaba legislada y solamente era consideraba como jurisprudencia.

No obstante, más allá de esto, y de la facultad que tiene el juez para disminuir la cuota en caso de considerarlo lógico, no queda determinado que ocurre en aquellos casos donde el padre en insolvente y no tiene ningún familiar que pueda responder por la misma.

A la hora de tomar decisiones, los jueces deberán considerar siempre todo aquello que sea más beneficioso para el niño, niña o adolescente, tomando como base y como eje, el interés superior de niño.

TEMA Y OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

¿Qué importancia se le da al interés superior del niño cuando el padre no responde a su obligación parental?

¿Qué herramientas brinda el estado para el padre que no puede cubrir la cuota alimentaria?

¿Existe una ley penal que sancione este incumplimiento?, ¿Es efectiva o está en desuso?

¿Qué herramientas utilizan en otros países ante el incumplimiento?

OBJETIVO GENERAL

Analizar las problemáticas derivadas de las deudas por alimentos y los inconvenientes que genera la insolvencia del padre o madre, teniendo en cuenta la importancia del interés superior del niño.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Identificar la existencia de una ley penal que sancione dicho incumplimiento y analizar su funcionamiento.
2. Analizar la importancia del interés superior del niño al momento del incumplimiento
3. Identificar los distintos factores que se estudian y analizan a la hora de confirmar la insolvencia del padre y las distintas herramientas que se brindan para cumplir con la necesidad del niño, niña o adolescente.

PROPOSITO DE LA INVESTIGACIÓN

El interés superior del niño es considerado un principio garantista, por lo que se reconoce que todos los padres deberán ejercer sus funciones teniendo como punto de partida este principio. El Estado tiene el deber de apoyar a los padres en este rol, pero también el deber de garantizar a los niños que su crianza y educación se dirija hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior.

CAPITULO 1 - "DEBERES DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL"

1.1 FAMILIA. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El Código parte de esta noción básica: la familia puede tener origen en un hecho biológico pero los vínculos jurídicos están condicionados por la cultura de cada sociedad. Por eso, el concepto jurídico de familia, al igual que el de filiación y el de matrimonio, no está atado a la naturaleza sino que depende de las poblaciones, las políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, entre otros factores. Es decir, aunque distintas formas familiares han existido y existen en todos los pueblos y en todas las épocas, el concepto de familia, es una creación cultural y por lo tanto, cambiante.

El concepto de familia, puede ser definida según un concepto amplio como también por uno restringido; en el sentido amplio, la familia es la institución formada por el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos emergentes del matrimonio, la unión convivencial y el parentesco, que tiende a procurar a sus miembros, su desarrollo personar.

En cambio, los conceptos restringidos de la familia son variables según las instituciones, esto quiere decir, que son dados por ley a los fines de la institución a los que se aplica. Un claro ejemplo es el artículo 48 del Código Civil y Comercial de la Nación que esgrime*: "Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. La acción solo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes."*.Dejando en claro que este caso no comprende a todos los miembros de la familia, sino a las partes de la pareja conyugal o convivencial y a sus parientes en línea recta.

Históricamente, tomando como punto de partida los principios de derecho que son las ideas rectoras del derecho de familia, el concepto de familia ha tenido como objetivo la satisfacción de 3 puntos básicos y fundamentales:

1. Procreación y conservación de la especie

2. Crear lazos de afecto y solidaridad
3. La necesidad del sustento, alimentación y vivienda de sus integrantes

Con el paso del tiempo, estos objetivos, como también el concepto jurídico de familia han ido modificándose, estos, han ido mutando por la propia evolución de las sociedades modernas y por ende, las familias de los siglos pasados son muy distintas a las de hoy frente a la ley.

Además de estos puntos fundamentales para la familia, el nuevo código, ha otorgado a la familia mayor alcance, tanto para acceder a determinados derechos, como así también para determinar su extinción o promover su defensa. Por lo que la familia es considerada para:

- Determinar el alcance de la capacidad de las personas. (ART 37 CCyCN)
- Accionar para determinar una incapacidad o por inhabilitación. (ART 32 Y ART 48 CCyCN)
- Accionar por lesiones a la dignidad. (ART 52 CCyCN)
- Ser beneficiario de la afectación de la vivienda. (ART 246 CCyCN)
- Realizar una escritura. (ART 305 CCyCN)
- Oponerse a la celebración del matrimonio. (ART 413 Y 411 CCyCN)
- Determinación del monto de alimentos y la compensación económica entre cónyuges. (ART 433, 442 Y 525 CCyCN)
- Homologación del convenio regulador (ART 438 CCyCN)
- Atribución de la vivienda familiar (ART 443 CCyCN)
- Autorizar a realizar actos sin asentamiento conyugal (ART 458 CCyCN)
- Impedir la división de condominio entre cónyuges (ART 471 CCyCN)
- Autorizar a disponer la vivienda familiar sin asentimiento conyugal (ART 522 CCyCN)
- Determinación del monto de las cuotas alimentarias debidas a los parientes (ART 537 CCyCN)
- Determinación del tiempo que pasará el niño con cada uno de los cónyuges en el cuidado personal alterado (ART 650 CCyCN)
- Fijación y modificación del plan de parentalidad (ART 655 CCyCN)
- Proceso de familia (ART 705 CCyCN hasta 726)
- Definición de consumidor (ART 1093 CCyCN)
- Definición de contrato de consumo (ART 1093 CCyCN)

- Continuador de la locación (ART 1190 CCyCN)
- Prohibición de transacciones (ART 1644 CCyCN)
- Prohibición de someter arbitraje (ART 1651 CCyCN)
- Legitimación para reclamar daño moral (ART 1741 CCyCN)

"Los principios generales del derecho son las ideas rectoras que rigen también el derecho de familia. Se trata de pensamientos principales de la regulación familiar que son por un lado fuente de derecho y por otra parte criterio de interpretación tanto de las normas como de las soluciones a dar al conflicto entre derechos igualmente reconocidos." (Beloff, 2018)

Los principios generales pueden cumplir dos funciones, como fuente y como elemento de interpretación de la ley.

Como fuente se sostiene generalmente que los principios generales del Derecho son tales en cuanto se recurre a ellos para resolver las cuestiones que no tienen solución en la ley o las costumbres, como lo señalaba el art. 16 del CCIV.

Como elemento de interpretación están contemplados en el art. 2 del CCyCN, y sirven para interpretar las normas y en relación a ello, actuar.

Son principios generales del derecho, entre otros:

- La capacidad de las personas físicas es la regla y la incapacidad la excepción. Las incapacidades no pueden extenderse por analogía.
- La libertad de formas de los actos jurídicos.
- La buena fe creencia y la buena fe lealtad.
- No cabe atender a quien alega su propia torpeza.
- Se repudia el fraude a la ley.
- No debe atenderse a quien actúa en contradicción con sus propios actos.
- El patrimonio es garantía común de los acreedores.
- El género nunca perece.
- No se puede ejercer coerción sobre el deudor de obligaciones de hacer.
- Debe rechazarse el enriquecimiento sin causa.
- Ha de prohibirse la justicia por mano propia.

Estos principios se aplican a las relaciones familiares siempre que no medien principios especiales que las guíen. Además de los principios generales del derecho

existen principios propios del derecho de familia en general y principios generales de algunas instituciones en particular.

En la época que se sanciona el CCIV, los clásicos principios del Derecho de Familia, eran el matrimonio indisoluble, la incapacidad relativa de la mujer casada, la administración de la sociedad conyugal unitaria y concentrada en el marido, la patria potestad ejercida por el padre y la filiación matrimonial privilegiada. Estos principios hoy han variado sustancialmente. En la actualidad podemos afirmar que los principios generales que regulan el derecho de familia son el principio de libertad, de igualdad, de solidaridad y de responsabilidad.

En el ámbito del derecho de familia los principios generales se encuentran en el título "De las relaciones de familia", donde se establecen los dos grandes principios rectores del derecho familiar que son el principio de igualdad y el de libertad. Por otro lado, el principio de responsabilidad y el interés superior del niño se extraen de la interpretación del CCyCN, la Constitución y los tratados de Derechos. Es decir que, los principios generales del derecho de familia son esos que recoge la Constitución y que conforman un centro principal que no puede ser dejado de lado por la voluntad de los particulares. En este sentido son indisponibles el principio de libertad familiar, de solidaridad familiar, de igualdad familiar, de responsabilidad y de interés superior del menor y los que de ellos se derivan como el de igualdad de los cónyuges y de los hijos, el derecho a casarse y a divorciarse, las reglas que regulan la responsabilidad parental, el contenido personal del matrimonio, entre otros. El fundamento por el cual no se puede disponer de ellos deriva de la dignidad de la persona humana que se vería seriamente afectada si pudieran comprometerse estos principios esenciales para la vida familiar. El principio de libertad refiere al derecho a la libre decisión y a la autodeterminación. En este, será fundamental la capacidad del individuo a realizarse con completa autonomía y genera el deber del Estado de respetar las decisiones individuales. Este principio fundamental, se ve plasmado en cada uno de los tratados de derechos humanos más importante. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 16 inc 1 menciona: "*Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio."* (Beloff, 2018). Así también, El Pacto de San José de Costa Rica, hace referencia a este principio en su artículo 17 inc 2: *"Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer*

matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.". (Beloff, 2018)

Otro principio fundamental es el principio de Igualdad Familiar. Este principio está presente en todos los tratados de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva sobre la Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (OC-4/84) menciona, "*la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimina del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad"* (Beloff, 2018). Los tratados más importantes, como así también distintas convenciones, hacen referencia a este principio.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial explica el concepto de discriminación, que si bien fue pensado para la racial, es aplicable a todo tipo de discriminación. Su artículo 1 menciona *"En la presente Convención, la expresión discriminación racial denotará toda distinción exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública"* (Beloff, 2018). La Declaración Universal de Derechos Humano, en sus dos primeros artículos, también hace referencia a esta igualdad, el primero menciona: *"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"*, mientras que el segundo hace referencias a los derechos que la Declaración les otorga a cada uno: *"Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición"* (Beloff, 2018). Esta Declaración, a diferencia de La Convención Internacional sobre la

Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, no hace referencia al término “discriminación”.

Por otro lado, El Pacto de San José de Costa Rica en sus artículos 1 y 24, hace referencia a la libertad, el reconocimiento de derechos, el libre ejercicio de los mimos y que todas las personas son iguales ante la ley, por lo que deberán recibir igual reconocimiento y protección sin importar raza, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, entre otras.

El principio de solidaridad se encuentra en la misma línea de importancia que el de igualdad y el de libertad. Se considera que la solidaridad se da entre personas que tienen algo en común, entre personas que la ley considera que forman parte de una relación jurídica por la que la necesidad de uno debe concurrir con la posibilidad de otro. No se trata de igualdad de prestaciones, sino de igualdad de situaciones fácticas a partir de la cual se crea la obligación solidaridad. La finalidad del principio de solidaridad es compensar los faltantes o los vacíos espirituales o materiales de los demás miembros de un mismo grupo, esto, deriva directamente del principio de igualdad, ya que para que los seres humanos sean iguales deben contar con igualdad de recursos materiales o espirituales para desarrollarse. La solidaridad familiar esta reguladas en normas legales que obviamente nacen del derecho de familia, de este conjunto normativo surge que el principio de solidaridad se encuentra presente tanto en las relaciones conyugales como en las relaciones parentales y de parentesco.

El derecho de alimentos, es la manifestación más evidente del principio de solidaridad familiar, ya que se presenta como una forma de proteger al cónyuge, al conviviente o al pariente que se encuentre en estado de necesidad, y que sin la ayuda de la otra parte, le será imposible subsistir. Por su parte, el régimen patrimonial matrimonial de comunidad es una expresión de la solidaridad familiar y de la protección del patrimonio familiar, a través de los gananciales en la comunidad que permiten obtener el 50 de los bienes al cónyuge que no los adquirió. Más allá de esto, la prueba máxima de solidaridad familiar se encuentra en el régimen primario de bienes, regulado en el CCyCN bajo el nombre de “Disposiciones comunes a todos los regímenes” donde el código recepta un conjunto de normas, referidas a la economía del matrimonio que se aplican de forma imperativa a todo régimen matrimonial, de origen convencional o legal y que tienen por objeto tanto asegurar un sistema solidario que obligue a ambos cónyuges a satisfacer las necesidades del hogar y asegure a los acreedores que esas

deudas serán solventadas con el patrimonio de los dos esposos, como proteger la vivienda familiar y los bienes que la componen. Estas normas que reflejan la solidaridad familiar también se encuentran en el régimen de bienes obligatorio de la unión convivencial en sus arts. 519 a 522 CCyCN.

En definitiva, con la intención de proteger la comunidad de vida familiar, con independencia que esta sea matrimonial o extramatrimonial se establecen efectos patrimoniales, básicos, directos e ineludibles que se basan en la idea de solidaridad.

Otro principio fundamental en materia de familia es el principio de responsabilidad, se considera a este principio como aquel que justifica la determinación jurídica de la relación y el que inspira la atribución del ejercicio de la responsabilidad parental y rige su regulación. Por el principio de la responsabilidad se deja de lado la noción de poder o potestad que era el eje sobre el cual se regulaba la patria potestad para pasar a centrarse en el menor como sujeto de derecho. La responsabilidad hacia los hijos es el fundamento principal de la "responsabilidad parental". Es gracias a esto que las responsabilidad de los padres se centran en las necesidades de los niños, que deben gozar de atención preferente por los progenitores y también por los poderes públicos, hasta el punto de imponer el interés de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir.

En la idea de responsabilidad se remarca el compromiso de los progenitores con los que son sus hijos y sobre todo hace mención a la exigencia establecida en el art. 18 de la Convención de Derechos del Niño que establece que *"Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño."* (Beloff, 2018). El término responsabilidad no se debe entender con el significado que tiene en el derecho de daños, sino como un conjunto de derecho y facultades que se otorgan al padre y a la madre de acuerdo a los principios constitucionales y supranacionales que surgen de las convenciones de derechos humanos en general y de la Convención de Derecho del Niño en particular, para que sean desarrollados en beneficio de los hijos menores e incapacitados a fin de lograr su desarrollo integral. En definitiva los padres son responsables de lograr el desarrollo integral de sus hijos menores e incapaces y los derechos y deberes que la ley les otorga

para ejercer su crianza deben ser ejercidos en beneficio de los niños, de acuerdo con su personalidad y con respeto a su integralidad física y psicológica.

A la hora de la constitución de la familia, podemos mencionar distintos tipos de familia como por ejemplo: la familia monoparental, la familia biparental, la familia heterosexual, la familia homosexual, la familia por afinidad, la familia nuclear, la familia matrimonial, la familia extramatrimonial, la familia unida, la familia ensamblada, la familia de adopción, entre otras.

Todos estos tipos de familia, pueden ser clasificados de distintas maneras para su determinación. En primer lugar podemos clasificarlas según su orientación sexual, en este caso, la familia puede ser homosexual o heterosexual y la principal diferencia que surge entre estas es que en las segundas puede concebir entre sí, mientras que las primeras necesitarán de un tercero para dar origen a un hijo. También podemos clasificarlas considerando el origen del vínculo de la pareja, acá también surgen dos tipos de familia, la matrimonial y la extra matrimonial, y la gran diferencia entre estas radica en que la familia matrimonial tendrá derechos sucesorios que la extra no. El origen del vínculo entre sus miembros nos permitirá separar las familias entre familia personal y familia por afinidad, al igual que en la anterior clasificación, la gran diferencia entre estas será que una (familia personal) otorga a sus partes derechos sucesorios y la otra no.

Otra clasificación se da por el origen de la relación filial, y la misma nos lleva a distinguir dos tipos de familia, la de origen y la adoptiva. En estos tipos de familia, también varía la cantidad de derechos sucesorios que tendrá una respecto de la otra, como así también el derecho de alimentos. Por ultimo tenemos dos clasificaciones que dependerán de la cantidad de padres y miembros que integren la familia, en primer lugar, podemos clasificarla por la cantidad de padres que conviven con el niño, y a través de esta, obtenemos dos nuevos tipos de familia, la monoparental y la biparental, en la primera el niño convive con un solo progenitor mientras que en la segunda lo hace con ambos. Por último, podemos clasificar a la familia por el número de miembros que la integran, y dicha clasificación nos dará tres tipos de familia: Nuclear, Ana parental y familia extendida. La nuclear será aquella que esté compuesta por la pareja y sus propios hijos, en la segunda no hay padres, mientras que la tercera estará compuesta por todos los miembros que se encuentren unidos por lazos parentales.

Una de las formas de organización familiar que más resistencias ha presentado desde la perspectiva tradicional o conservadora del Derecho de Familia ha sido la familia homoparental. Cabe mencionar algunas afirmaciones que se han esgrimido incluso después de convertirse la Argentina en el primer país de la región que reconoce la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo al sancionar la ley 26.618 en el año 2010. Sucede que la idea de igualdad en el acceso a una figura tan tradicional como el matrimonio y las consecuencias jurídicas que se derivan de esta decisión legislativa como ser el reconocimiento de que estas parejas pueden tener hijos, no sólo por adopción sino también por técnicas de reproducción asistida, implicó un cambio radical en la conceptualización de las familias, acentuándose la idea de pluralidad que se oculta detrás de esta noción sociológica.

Mas allá de esto, a pesar de la igualdad en razón de la orientación sexual que introduce al ordenamiento jurídico nacional la norma citada, se ha persistido en sostener que *"de la relación heterosexuada (hombre y mujer) surge la prole, el matrimonio se hizo para normar la existencia de esas personas y garantizar su subsistencia en el tiempo. Y como la sociedad debe su supervivencia a la familia fundada sobre el matrimonio, es necesario que la unión estable de un hombre y una mujer con el fin de la procreación, sea tutelada por las leyes. Si no se reconoce y se protege esta institución matrimonial, la sociedad misma se pone en riesgo. Cosa que no pasará con la unión homosexual"* (Herrera, 2015)

El derecho de familia, contiene ciertos caracteres fundamentales para la constitución de la misma:

1. Su contenido ético.
2. La preponderancia de las relaciones personales sobre las familiares
3. Preponderancia de las normas imperativas. Esto refiere a relaciones como por ejemplo el matrimonio, el cual se inicia con la autonomía de la voluntad, pero luego pasa a ser regulada en forma obligatoria en la mayoría de sus aspectos
4. Mayor predominio a la autonomía de la voluntad. Si bien la mayoría de las normas son imperativas, se intenta darle un mayor lugar a la voluntad de las partes y a la libertad.
5. La primacía del interés familiar sobre el individual, es decir, la obligación de actuar en razón del interés de la familia.

6. El otorgamiento de derechos y deberes con el fin de que se cumplan distintas funciones.

El derecho de familia en un principio tenía un carácter patriarcal el cual se basaba en el matrimonio indisoluble, la incapacidad de la mujer casada, la patria potestad que era ejercida por el padre y la supremacía de la familia patrimonial. Con el trascurso del tiempo y de los diferentes cambios sociales y culturales que ocurrieron, estos derechos fueron sufriendo cambios y mutando. La primera etapa de cambios comprende normas que no producen ningún cambio integral del código, sino más bien, modificaciones por leyes aisladas que fueron muy importantes.

El 12 de Noviembre de 1888 se sanciona la ley 2393 de matrimonio civil que sustituyó el régimen matrimonial del CCIV. La importancia de esta ley nace de la imposibilidad que tenían los no católicos en el Código, ya que no les permitía contraer matrimonio.

El 14 de Septiembre de 1926 se sanciona la ley 11.357, la cual es una ley muy importante ya que amplia totalmente la capacidad civil de la mujer casada, a través de esta, la capacidad y los derechos de las mujeres llegan a un punto de igualdad total buscando eliminar todo tipo de discriminación.

La adopción no estaba contemplada en nuestro código es por eso que fue introducida por la ley 13.252, aunque esta fue sustituida y reformada por otras leyes finalizando en la 26.618 en 2010 la cual otorgaba el derecho a adopción a personas de ambos sexos.

El 11 de Octubre de 1954 se sancionó la ley 14.367, la misma introdujo normas sustanciales en el derecho de familia y el sucesorio, ya que buscó suprimir las diferencias entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. Finalmente, sería la ley 23.364 la que sancionaría que todos los hijos son iguales ante la ley.

La segunda etapa es una etapa más integral, ya que en el año 1968 el código fue reformado parcialmente por la ley 17.711 modificando así, alrededor de 200 artículos. En materia de familia, dicha ley agregó al código:

- La adquisición de la mayoría de edad a los 21 años.
- La emancipación por habilitación de edad.
- La ampliación de la capacidad del menor que trabaja.

- El divorcio por presentación conjunta.
- Modificación del orden sucesorio.
- Presunción de la aceptación de la herencia bajo beneficio de inventario.

Por último, la tercera etapa, que rige desde 1968 hasta la actualidad, contiene ciertas leyes muy importantes para nuestra legislación, estas son:

- **Nombre de las personas físicas:** La ley 18.248 fue la que sustituyó todo lo esgrimido en el código, aunque la misma, ha sufrido diferentes alteraciones y finalmente la ley 26.618 es la reforma más importante dándole entidad y regulando el apellido de las parejas homosexuales.
- **Adopción:** El 3 de Junio de 1971 se sancionó la ley 19.134, la cual estuvo vigente durante varios años. Finalmente, en el 2010, se promulgó la última modificación que fue la ley 26.618, la cual permitió la adopción en personas del mismo sexo.
- **Filiación y patria potestad:** Una de las reformas más relevantes a partir del 1968, fue la ley 23.264, sancionada por el Congreso de la Nación el 25 de Septiembre de 1985. La misma, estableció la equiparación absoluta entre los hijos nacidos fuera y dentro del matrimonio, y asimismo, la patria potestad empieza a ser ejercida de manera conjunta por ambos padres.
- **Matrimonio civil**: Otra de las reformas importantes que ha sufrido el código, fue la de la ley 23.515 que sustituyó la ley de Matrimonio 2393. Dicha ley, entre otras grandes modificaciones, restablece el divorcio vincular, el cual estaba suspendido desde el año 1956.

  Durante el siglo XIX y hasta los últimos años del siglo XX, la doctrina y la jurisprudencia no dieron importancia a la Constitución como fuente de normas jurídicas. En esta época la constitución era vista como una suerte de declaración continente de un programa de Gobierno y de las normas organizativas de los distintos poderes del Estado, pero no como una fuente de derechos subjetivos que pudieran ser invocados directamente por los habitantes.

  Se ha advertido que la Constitución es una fuente de normas que pueden tener una eficacia directa y no solamente programática. En la Argentina ha sido muy valioso el rol de la Corte Suprema para que esto se entendiera, ya que hace casi 50 años en dos extraordinarias sentencias dictadas por la Corte Suprema de

Justicia quedó establecido que los particulares pueden reclamar la efectividad de derechos reconocidos en la Constitución sin necesidad de una norma inferior que reglamente su ejercicio.

1.2 PATRIA POTESTAD Y RESPONSABILIDAD PARENTAL

El término "patria potestad" marca una época con un modelo de familia patriarcal, que en la actualidad ha caído en desuso, y ha sido reemplazado por el modelo de familia comunicativo y cooperativo, en consecuencia esto ha llevado al reemplazo de la expresión "patria potestad" por "responsabilidad parental", término este último que se utiliza tanto en el Código Civil y Comercial Argentino, como en la legislación de otros países, para referirse a los derechos y deberes entre padres e hijos.

El artículo 288 del Código Civil ya derogado, definía a la patria potestad como "*el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone."*

En este punto el nuevo Código pone la centralidad en el niño y su derecho a ser escuchado por el juez en caso de que las discrepancias de los progenitores separados subsistan, tal como lo estipula la Convención Internacional de los Derechos del Niño a la cual adhirió la Argentina.

El Código Civil y comercial reemplaza el termino de patria potestad por el de responsabilidad parental. Este cambio de terminología en el nuevo CCivCom, estaba en consideración hace bastante tiempo, ya que los estados tienen la obligación de adecuar su derecho interno a los apctos y convenciones internacionales que suscriben y ratifican. En el contexto de las nuevas directrices establecidades por el código, que optó por esta ultima demoninación, surge claramente la idea que el ejercicio de la responsabilidad parental resulste común a ambos padres. La coparentilidad, en caso de cese de convivencia, divorcio o nulidad del matrimonio en el Codigo Civil y Comercial, es el modelo ideal privilegiado por el legislador. Se establece específicamente que el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos progenitores. La lógica de la participación sostiene el principio igualitario entre el hombre y la mujer para realizar

sus proyectos de vida, además del derecho de todo niño, niña o adolescente a mantener un vínculo con ambos progenitores tras la ruptura de la unión entre adultos plasmados en los artículos 9 y 18 de la Convenciones sobre los Derechos del Niño. Similar situación encontramos respecto del cuidado del niño, termono que reemplaza al concepto de tenencia del anterior Código Civil, otro cambio significativo. Los hijos no se tienen como objetos, se cuidan como sujetos de derecho.

El cuidado personal del hijos, cuando las parte no conviven, puede ser asumido por un progenitor o por ambos (art 649), aunque el CCivCom prefiere, sin sudas, este ultimo sistema de cuidado, más conocido como cuidado personal compartido.

En este sentido, el Código recepta las formas doctrinarias y jurisprudenciales cada vez mas fuertes que se pronuncian a favor de la llamada tenencia compartida, hoy, cuidado personal compartido que puede desarrollarse bajo dos modalidades: Alternada e Indistinta.

En el cuidado personal alternado el niño pasa un tiempo considerable con cada uno de los progenitores, mientras que en los indistintos ambos progenitores se hacen cargo por igual del cuidado personal del hijo, con total independencia de la vivienda del niño.

El artículo 638 del Código Civil, define a la responsabilidad parental como *"El conjunto de deberes y derechos que le corresponden a los progenitores sobre la personas y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado."*

A diferencia de la patria potestad, que daba la idea de que los padres tenían un poder sobre el niño, la responsabilidad parental se define como un conjunto de deberes y derechos, cuya función principal es el acompañamiento orientado hacia la autonomía del hijo. Los niños ya no son considerados objetos de protección, sino que con la nueva terminología del Código Civil se los considera sujetos de pleno derecho. La responsabilidad parental pone el énfasis en la función del cuidado, atención y protección de los hijos, determinando que la principal función de los padres es acompañar el crecimiento de los hijos hacia su propia autonomía.

> Los hijos son una realidad humana en devenir, en continuo desarrollo que poco a poco van formando su propia identidad. Es por esto que se incorpora en el concepto de responsabilidad parental la idea de desarrollo que también estaba presente en el art. 18 de la Convención de los Derechos del Niño, al establecer

que "*los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño*".

El art.639 recepta los principios por los que se rige la responsabilidad parental, a saber, el interés superior del niño, la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez diferenciado de la responsabilidad parental encontramos el cuidado personal que constituye uno de los deberes y derechos de los progenitores que derivan del ejercicio de aquella y atañe a la vida cotidiana del hijo (art.648) y que en caso de tratarse de padres no convivientes el cuidado personal puede ser asumido por uno de ellos o por ambos (art.649).

El art.650 dispone que el cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa periodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el 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.

La flamante normativa pone, como regla general, en cabeza de ambos progenitores la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos.

La responsabilidad parental se rige por tres principios, según lo establece el art. 639:

1. Interés Superior del niño
2. Autonomía progresiva del hijo. A mayor autonomía del hijo, menor representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos del hijo.
3. Derecho a ser oído y a que la opinión del hijo sea tenida en cuenta siempre de acuerdo al grado de madurez del niño

El interés superior del niño es definido en el art.3 de la ley 26061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, que en su parte pertinente dice: "se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar:

- Su condición de sujeto de derecho.

- El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta.

- El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural.

- Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.

- El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común.

- Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

> Mientras que la regla de la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes ha permitido pasar de una noción de potestad o poder de los padres sobre los hijos a la de responsabilidad, cuyo ejercicio requiere tener en consideración, con respecto al hijo *"la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención"* (artículo 5, Convención sobre los Derechos del Niño) para que pueda *"estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad"* (Roveda, 2016)

Además, de la responsabilidad parental se derivan 3 figuras legales, ellas son:

- Titularidad y el ejercicio de la responsabilidad;
- El cuidado personal del hijo por los progenitores;
- La guarda otorgada por el juez a un tercero.

1.3 INSOLVENCIA Y OBLIGACIÓN ALIMENTARIA.

Se considera insolvencia a la incapacidad de una persona física o jurídica de saldar una deuda en un periodo de tiempo determinado. Una persona insolvente, por lo tanto, no dispone de los medios suficientes para asumir una obligación financiera. Se pueden iniciar acciones legales para obligarle a pagar. A nivel jurídico, la insolvencia de una persona se refiere a que la persona no tiene la liquidez o el sustento económico suficiente para afrontar el pago de sus obligaciones.

Dentro de lo que se considera insolvencia, tenemos dos grandes maneras de diferenciarlas: En primer lugar, será provisional, si la incapacidad de realizar los pagos es temporal **y** la situación de iliquidez es remediable**.** La solución podría estar en un patrimonio no líquido que, a largo plazo, pudiera solucionar el problema, en un aplazamiento de pagos o en el perdón de los acreedores de parte de la deuda. De no ser así, se considerará la insolvencia como definitiva, cuando no se disponen de activos

suficientes para poder afrontar los pagos, ni a medio ni a largo plazo. Se viviría, entonces, una situación irremediable de bancarrota o quiebra**.**

El derecho de alimentos entre parientes tiene su fuente en una disposición normativa basada en la solidaridad familiar, es de naturaleza asistencial y tiende a la ayuda reciproca de los miembros de la familia de acuerdo con las necesidades y posibilidades de cada uno de ellos, sostenido por la protección integral de la familia y la garantía constitucional que a ella le corresponde.

El art. 529 del CCyCN define el parentesco como *"el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad".* Como bien menciona el artículo, se distinguen cuatro fuentes de parentesco principales: la naturaleza, las técnicas de reproducción asistida y la adopción que surgen de los vínculos filiales y también el matrimonio que surge por afinidad.

Al tratarse de disposiciones que al parentesco hacen referencia no debemos distinguir si deriva de la adopción, de la naturaleza o de las técnicas de reproducción humana asistida. Ideas coincidentes con las nuevas formas de familia que existen, y el interés de que exista una adecuada protección para quienes se encuentren en estado de necesidad.

El art. 537, CCyCN, establece que la obligación recíproca de alimentos se determinará de dos maneras: En primer lugar, ascendientes y descendientes, entre ellos estarán obligados preferentemente los más próximos en grado. Luego de esto, los hermanos bilaterales y unilaterales.

En este orden, existe un orden prioritario para el reclamo de alimentos. Se tiene en cuenta quien se encuentra en mejores condiciones de proporcionar los alimentos, pero atendiendo al deber de contribución, cuando estén en igualdad de grados, y si dos o más de ellos están en condiciones de proporcionarlos, la obligación es por partes iguales. Más allá de esto, el juez tiene el poder de fijar cuotas diferentes teniendo en cuenta los bienes y las cargas familiares de cada uno de ellos.

Sin embargo, el CCyCN, impone obligación alimentaria a aquellos parientes que estén vinculados en línea recta en primer grado. Esto significa que los cónyuges deben alimentos a los parientes consanguíneos en primer grado de la línea recta del otro, lo

cual incluye al yerno o la nuera en relación con sus suegros o suegras, y los hijos de cualquiera de los cónyuges, si los hijos del otro cónyuge fueren menores de edad regirá lo dispuesto para el progenitor afín en los arts. 672 a 676 del CCyCN, dichos artículos mencionan la denominación del progenitor afín, sus deberes, la delegación con previa homologación judicial y con respecto a los alimentos menciona que tendrá carácter subsidiario mas allá de que cese el vinculo conyugal. En todos los casos la obligación es recíproca.

La obligación alimentaria entre parientes se trata de una obligación recíproca, personalísima e intransferible, que se encuentra toda ella atravesada por el principio de solidaridad familiar. El derecho y la obligación alimentaria, tienen los siguientes caracteres:

1. Intransmisibilidad: El derecho a recibir alimentos no se transmite a los herederos del que los percibía, y tampoco la obligación de pagarlos se traslada a los sucesores del alimentante.
2. Irrenunciabilidad: El derecho no puede renunciarse. Debe precisarse, sin embargo, que tal restricción se refiere al derecho a percibirlos, mas no a la renuncia a las cuotas ya devengadas, que se encuentran en el patrimonio del que las recibe.
3. Inalienabilidad: El derecho a recibir alimentos se encuentra fuera del comercio y, como tal, no puede ser objeto de cesión, con la misma salvedad de las cuotas devengadas y no percibidas que pueden ser cedidas. Otra medida de este principio es la imposibilidad de embargar las sumas que se reciban y que no pueden ser compensadas con obligación alguna a cargo del alimentado.
4. Reciprocidad: Si bien no hay norma expresa que establezca la reciprocidad de los alimentos entre parientes, esta característica se encuentra implícita en la naturaleza alimentaria.
5. Irrepetibilidad: Los alimentos pagados por el alimentante son irrepetibles contra el alimentado.

El art. 541 del CCyCN, establece que la obligación alimentaria debe abarcar la subsistencia, la habitación, el vestuario y la asistencia médica. Dicha obligación se extiende a los gastos relativos a la educación, en el caso de que el alimentado sea un menor de edad. Es así que, este rubro se extingue de pleno derecho a los 18 años,

quedando subsistente los demás hasta que cesen las condiciones que dieron origen al reclamo alimentario.

A la hora de fijar la cuota alimenticia se deberán tener en cuenta dos cuestiones claves para dicho acto: la necesidad del alimentado y la capacidad económica del alimentante.

"Como menciona el artículo 431 deber jurídico más importante que se deriva del vínculo matrimonial es el de asistencia, en especial, la asistencia material o alimentos. Es importante destacar que los alimentos tienen una naturaleza mixta o comprometen una doble vertiente: personal y patrimonial. Por una parte, los alimentos cubren necesidades elementales de la vida de las personas que hacen a su manutención y en definitiva, comprometen el derecho humano a la dignidad y por el otro, se materializa en valores monetarios o en especie que en definitiva, también tienen valor económico." (Roveda, 2016)

El art. 542, CCyCN, establece como principio general que la obligación se cumple mediante el pago de una renta en dinero. Dicho pago puede efectivizarse ya sea en el pago contra recibo, o mediante depósito bancario y/o judicial o mediante la retención de un monto fijo o porcentaje del sueldo por parte del empleador del alimentante. En este último supuesto, quien incumple la orden de retención será solidariamente responsable en el pago respectivo. Como excepción, por motivos fundados y previa autorización judicial, el alimentante puede solicitar que dicha prestación sea solventada de otra manera. Estas cuotas alimentarias se devengan mensualmente, de manera anticipada, y sucesivas. La norma le otorga al juez la facultad de restringir dicho plazo pero no podrá ampliarlo.

El art. 543, CCyCN, establece *"La petición de alimentos tramita por el proceso más breve que establezca la ley local, y no se acumula a otra pretensión"* (Herrera, 2015)

El derecho alimentario es de carácter urgente. Es impostergable de las necesidades que debe satisfacer y exigen la vía de un trámite judicial ágil y eficaz para dar respuesta. En nuestro orden, deberán regirse por las normas del proceso sumario o sumarísimo, o si no, las normas procedimentales, deberán ajustar el procedimiento previsto a ésta legislación en caso de corresponder.

Con respecto a la competencia, los juicios que respectan a alimentos, dependerán de que se trate de una demanda autónoma, o conexa a un juicio principal. En el caso de que sea una demanda autónoma, la competencia será en el lugar en que se deba cumplir la obligación y, en su defecto, a elección del actor, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, siempre que el demandado se encuentre en él, aunque sea accidentalmente, al momento de la notificación.

El CCyCN establece reglas específicas para la determinación del juez competente en juicios alimentarios en los cuales estén comprendidos menores. En estas, diferencia aquellas que comprendan a cónyuges o convivientes y además, especifica para el supuesto de alimentos en el derecho internacional privado.

En el art. 716 se establece que en los procesos referidos a alimentos, de niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida. Más allá de esto, el art. 719 menciona: *"En las acciones por alimentos o por pensiones compensatorias entre cónyuges o convivientes es competente el juez del último domicilio conyugal o convivencial, o el del domicilio del beneficiario, o el del demandado, o aquel donde deba ser cumplida la obligación alimentaria, a elección del actor."*

Esto quiere decir que la competencia en materia de alimentos se determina en el art. 716 para el caso de menores, por el centro de vida, mientras que en el art. 719 para los supuestos de alimentos entre cónyuges o convivientes es el actor quien tiene la opción para su determinación según el domicilio conyugal o convivencial o el del demandado o aquel donde deba ser cumplida la obligación.

En tema de Derecho Internacional Privado el art. 2629 del CCyCN otorga la facultad de elección a quien requiera los alimentos de interponer la acción ante los jueces de su domicilio, de su residencia habitual, o ante los del domicilio o residencia habitual del demandado. También, dispone dicha norma que si fuese razonable ante las circunstancias del caso, podrán interponerse ante los jueces del lugar donde el demandado tenga bienes.

El art 545 establece el orden de cosas que deberá acreditar el accionante a la hora de efectuar la acción de alimentos.

En primer lugar, el vínculo de parentesco: Se deberá comprobar con las respectivas partidas, el vínculo jurídico que lo une con el demandado. Luego se deberá acredita

la necesidad o falta de medios, es decir, quien pretende alimentos de un pariente debe acreditar su insolvencia que le impide alcanzar su propio sustento. Para esto, no son relevantes las causas por las cuales la persona haya llegado a tal estado, incluso su propia negligencia en la administración de sus bienes. Además, deberá acreditar la imposibilidad de obtenerlos por su propio trabajo, es por eso qué debe probar, además de la falta de recursos, su imposibilidad de obtenerlos por sus propios medios, sea cual sea la circunstancia. Se ha admitido la procedencia del reclamo cuando el solicitante cuenta con ingresos que resultan insuficientes para subvenir a sus necesidades. Por último, se deberá probar la capacidad económica del alimentante ya que la cuota se fijara no sólo en atención a la necesidad del requirente, sino teniendo en cuenta la capacidad económica del requerido. Para esto, el actor puede recurrir a todos los medios de prueba, siendo especialmente importante la prueba de carácter indiciario, como la que resulta del nivel de vida del alimentante, aun cuando no se llegue a identificar su patrimonio.

El artículo 546 le otorga la carga al demandado de probar que existe otro pariente con un grado más próximo o de igual rango pero con más condiciones de prestar dicha acción de alimentos, ya sea para desligarse de la obligación o para prestarla de manera conjunta. Asimismo, el demandado, tiene el derecho de pedir en el juicio de alimentos que se cite a todos o a aquellos restantes parientes obligados con el propósito de que sean alcanzados por la condena de alimentos.

Una vez dictada la sentencia, el recurso contra la misma no tendrá efecto suspensivo, esto quiere decir que ni el que recibe los alimentos puede ser obligado a prestar fianza o caución alguna de devolver lo recibido si la sentencia es revocada.

Por lo general, las sentencias causan efecto desde el momento que se dictan, pero no es así en materia de alimentos. El artículo 548 menciona que *"Los alimentos se deben desde el día de la interposición de la demanda o desde la interpelación al obligado por medio fehaciente, siempre que la demanda se presente."*

Más allá de esto, si se ha constituido en mora al alimentante con anterioridad a la iniciación de la demanda, por medio fehaciente, con cualquier medio con fecha cierta, los alimentos correrán desde la constitución en mora, siempre que la demanda se interponga dentro de los seis meses de la interpelación.

El artículo 550 del CCyCN, dispone la posibilidad de interponer medidas cautelares en materia de alimentos. En cuanto a los alimentos futuros cabe distinguir si ya las

cuotas ya han sido determinadas o no. Cuando todavía no han sido determinadas, se considera que la adopción de estas medidas cautelares es restrictiva y la parte que la solicita deberá acreditar la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la caución suficiente. Teniendo los alimentos una finalidad sustancial, no podrá requerirse al alimentado otra caución que no sea la personal.

La obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario. Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia. *"La solución propuesta por el ordenamiento proyectado se inspira en lo normado por los diversos instrumentos internacionales que reconocen expresamente el derecho del niño a gozar de un nivel de vida adecuado, disponiendo que si bien la obligación alimentaria se encuentra primordialmente en cabeza de los progenitores, puede recaer sobre otras personas responsables"*. (Millán, S/D)

El lugar que ocupa la norma, en la estructura del código es criticable, ya que la figura se inserta dentro de las responsabilidades parentales y como hemos podido apreciar la figura del progenitor afín puede o no ser un vínculo con apoyatura en el parentesco como tradicionalmente lo entendíamos en la letra del Código.

"La expresión progenitora, puede surgir como incorrecta, teniendo en cuenta que la etimología del término remite, necesariamente a la raíz gen de engendrar, dar a luz. Superando estos escollos resulta altamente bienvenida una figura que dota de protección a un niño en su ámbito familiar, con las limitaciones que la norma ha creído conveniente como darle el carácter de subsidiaria frente a un obligado principal que es el padre. Las relaciones se multiplican y entrecruzan, el conflicto se agrava y si bien lo más importante se plantea en términos de reacciones psicológicas y de educación, son necesarias disposiciones normativas que encaren la estructura y su funcionamiento encauzándolo al servicio del desenvolvimiento integral de las personalidades comprometidas." (Millán, S/D)

2.1 INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.

Es conocido como interés superior del niño el conjunto de acciones y procesos que tienden a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, como así también las condiciones materiales y afectivas que sean necesarias que permitan al niño, vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a las y los menores.

El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimientos basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta. El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que lo rodean.

"El principio del interés superior se presenta en todas las ramas del derecho. Para advertir su influencia en los sistemas de justicia, basta recordar la influencia que tiene desde el sistema de privación de libertad de los menores, hasta en el sistema de custodia de los niños de padres que unidos en relaciones homosexuales. En tal sentido es preciso señalar que el "interés del niño" tiene mayor vigencia en el derecho de familia. En el mundo jurídico el interés del niño y su protección jurídica no se presenta ya como una discriminación positiva ni supone un preconcebido trato de favor compensatorio de un previo e injusto desequilibrio adverso para él, pues aquel principio no afecta sólo a los menores desamparados, maltratados o desafortunados, sino que es aplicable a todos los menores. Se trata, de hacerle justicia en su vertiente existencial y de garantizarle su estatus de persona y los bienes y derechos fundamentales que por su mera calidad de persona le corresponden, si bien adecuados todos ellos a su situación de menor edad no apto todavía para ejercitarlos a ciertas edades, y necesitados, sin embargo, de particular protección para que su propia entidad e identidad personal no se frustre, y llegue a ser mañana un ciudadano activo bien integrado en la sociedad." (Herrera, 2015)

A la hora de considerarlo en un procedimiento, para lograr el "interés superior del niño" se deberá flexibilizar el derecho formulario, porque siempre debe prevalecer la verdad real por sobre la verdad formal, y no se puede aceptar que una inadecuada elección de la fórmula o acción haga perder el juicio. El interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos. Es por esto que se supone que, una correcta aplicación del principio, sobretodo en el ámbito judicial, requiere un

análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad.

Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.

Se considera que este interés es un concepto triple; es un derecho, es un principio y es una norma de procedimiento.

- Se trata del derecho del niño y la niña a que su interés superior sea una consideración que se prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta.
- Es un principio porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.
- Y es una norma de procedimiento, siempre que se deba tomar una decisión que afecte el interés de niñas y/o niños, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa toma de decisión en los intereses de las niñas y niños. La evaluación y determinación de su interés superior requerirá garantías procesales. Se debe, por ejemplo, dejar patente y explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión.

  El principio del interés superior del niño es el eje rector o columna vertebral del entrecruzamiento entre derechos humanos y derechos del niño que se conoce como el modelo o paradigma de la protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes.

Se utiliza para resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos, de manera que en los juicios entran en juego diversos intereses. La autoridad debe apoyar aquellos intereses que más favorezcan el interés superior del niño, niña y adolescente. Es decir, los que más contribuyan a su desarrollo integral.

El interés del menor no es siempre el mismo, ya que este varía en función de las circunstancias personales y familiares, es decir, para determinar cuál es el interés del menor y obtener un juicio de valor, es necesario precisar los hechos y las circunstancias

que lo envuelven, como lo pueden ser la necesidad alimenticia, de educación, de atención médica, entre otros.

Este mandato se debe observar por todas las autoridades, ya que deben asegurar y garantizar que en todos los asuntos, decisiones y políticas públicas los niños, niñas y adolescentes tengan el disfrute y goce de todos sus derechos humanos, especialmente de aquellos que permiten su óptimo desarrollo, esto es, los que aseguran la satisfacción de sus necesidades básicas como alimentación, vivienda, salud física y emocional, el vivir en familia con lazos afectivos, la educación y el sano esparcimiento, elementos esenciales para su desarrollo integral.

En materia de reconocimiento jurídico y respectiva tutela a sujetos de derecho que trajo consigo el Código Civil y Comercial de la Nación, el "Interés Superior del Niño" resulta uno de los más trascendentes en la vida social. El interés superior del niño posee raigambre constitucional (art. 75, inc. 22) y, a su vez, se encuentra reconocido en la Convención de los Derechos del Niño y reproducido por Ley 23.849 en nuestro país, siendo que en su art. 3 establece que, en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Es por eso que, los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. Al mismo tiempo, que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Por ello, referimos que la Convención y su norma positivizadora en el derecho interno consagran que el niño deberá gozar de una protección especial y dispondrá de oportunidades de servicios, para su completo desarrollo, debiendo los Estados promulgar leyes que atiendan al interés superior. Es por esto que, resulta sumamente importante destacar la definición con la que la ley categoriza al "interés superior del niño", debiendo comprendérselo como una "consideración primordial" en materia de

regulación normativa y actividad administrativo-jurisdiccional, las cuales deben conformarse en miras de éste.

Por su parte, la Ley 26.061 establece, en su art. 3, qué ha de entenderse por el "Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente", esgrimiendo entonces lo siguiente*: "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley"* (Herrera, 2015), debiéndose respetar lo que se detalla a continuación:

- Su condición de sujeto de derecho.
- El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta.
- El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural.
- Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.
- El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común.
- Su centro de vida. Se entiende por "centro de vida" el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Importando un precepto trascendental en materia de derechos, y lo es en cuanto exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros; lo cual se encuentra expresamente tipificado en la norma precitada.

Por lo que, analizando el ámbito subjetivo de tutela, podemos advertir que la Convención de los Derechos del Niño establece el rango etario al cual pertenecen éstos, y que abarca desde la concepción hasta los dieciocho años de edad; mientras que el art. 25 del Código Civil y Comercial de la Nación, lo hace conceptualizando a la persona

menor de edad, siendo aquella que no ha cumplido 18 años de edad; denominando, a su vez, adolescente a aquella persona que ha cumplido los 13 años de edad. Adentrándonos en el Código Civil y Comercial de la Nación, podemos observar que el "interés superior" se encuentra inserto en una compleja variedad de institutos jurídicos, las cuales analizaremos particularmente. En primer lugar, y advirtiendo la diferenciación que establece el art. 25 del CCivCom, observamos en el art. 26 del CCivCom, diferentes criterios de decisión en materia de su propio cuerpo. Dicha norma importa una facultad en cabeza del niño, siempre y cuando éste sea adolescente, de 13 a 16 años, de poder decidir por sí, sobre aquellos tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometan a su estado de salud, ni provoquen un riesgo grave en su vida. Es así que, si se trata de tratamientos que comprometan el estado de salud o pongan en riesgo la vida del adolescente, estos deben prestar consentimiento con la asistencia de sus progenitores; siendo que de existir conflicto entre ambos, se resuelve teniendo en cuenta el "interés superior", sobre la base de las opiniones médicas respecto de las consecuencias de la realización o no del acto médico. En segundo lugar, en el Libro I de la Parte General, en su Capítulo 4, y específicamente en su art. 64 del CCivCom regula el apellido de los hijos, siendo que en su párr. 3°, respecto del hijo extramatrimonial, comprendiendo que para el caso de la determinación de la filiación no resultase simultánea; es decir, se determina la filiación de un progenitor respecto de otro, y a falta de acuerdo el juez dispondrá el orden de los apellidos, según el "interés superior".

Por otra parte, en el mismo libro, Capítulo 10, en materia de "discernimiento de la tutela", el Código Civil y Comercial de la Nación regula en su art. 112, que la tutela siempre es discernida judicialmente, resultando juez competente el del centro de vida del niño, niña o adolescente. Así las cosas el art.113 del CCivCom, dispone que, para la determinación del discernimiento de la tutela, y para cualquier otra cuestión relativa a la persona menor de edad, el juez debe "*decidir atendiendo primordialmente a su interés superior"*.

Se ve expresa la regulación general que tiene la norma precitada, ya que establece un andamiaje de contenido genérico cuando refiere lo siguiente: "y para cualquier otra cuestión relativa a la persona menor de edad, el juez debe", importando así una regla que debe adecuarse el Juez cuando resuelva cualquier cuestión, sin importar índole o naturaleza, que sea relativa a la persona menor de edad.

Por otra parte, se advierte dicha consideración primordial, en el Libro II de las Relaciones de Familia, Título VI, que legisla en materia de adopción, y la cual está definida en el art. 594 del CCivCom, como una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que les procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no les pueden ser proporcionados por su familia de origen.

Se destaca que la misma debe ser otorgada solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo. Asimismo, el art. 595 del CCivCom establece los principios generales que rigen la materia de adopción, destacándose entre el interés superior del niño. Además, el Art.604 del CCivCom prescribe que las personas que durante el matrimonio o la unión convivencial mantuvieron estado de madre o padre con una persona menor de edad, pueden adoptarla conjuntamente aun después del divorcio o cesada la unión. Siendo así que el juez debe valorar especialmente la incidencia de la ruptura al ponderar el interés superior del niño.

El art. 621 del CCivCom, en el cual se dispone que el Juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias, y atendiéndose fundamentalmente al interés superior del niño, la que entiende que, si bien importa un principio general y rector de la materia, el mismo comprende un mandato hacia el juzgador. A esto se le pueden sumar los efectos de la adopción simple, los cuales regulados en el art. 627 del CCivCom, disponen que la familia de origen tiene derecho de comunicación con el adoptado, excepto que sea contrario al interés superior del niño.

El art 638 del CCivCom, define a la responsabilidad parental como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado; se advierte el interés superior en el art. 639 de dicha norma, que la misma se rige por el interés superior del niño, mientras que en el art. 671 del CCivCom, se tipifica como deberes de los mismos lo siguiente: *"cumplir con las decisiones de los progenitores que no sean contrarias a su interés superior".* (Roveda, 2016)

En materia de procesos de familia también se advierte dicho principio como eje rector, estableciéndose así como una regla que se encuentra en cabeza de los juzgadores,

quienes deben contemplar a los efectos de la dilucidación de las actuaciones que se encuentren a su alcance.

Así las cosas, en el art. 705 del CCivCom, se establecen principios generales, siendo que el proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. Asimismo, en el inc. "c" de la norma precitada dispone lo siguiente: "*La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes debe tener en cuenta el interés superior de esas personas".* (Roveda, 2016)

Por otro lado, el Código Civil y Comercial de la Nación, y en materia de vínculos de filiación, otorga tutela por un lado al reconocimiento filial que se constituya en el extranjero, siendo que el mismo debe ser reconocido en la República, de conformidad con los principios de orden público argentino, y especialmente con aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. Como así también, en el art. 2637, el reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero, será reconocida en la República cuando haya sido otorgada por los jueces del país del domicilio del adoptado al tiempo de su otorgamiento; y a los efectos del control del orden público se tiene en cuenta "el interés superior del niño".

Además, en virtud de los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. Siendo que, nuevamente, se debe adoptar la decisión que "redunde en beneficio del interés superior del niño".

Por su parte, en materia de "Responsabilidad Parental e Instituciones de Protección", en el art. 2639 del CCivCom, se interpreta que la misma está regida por el derecho de residencia habitual del hijo en que se suscita el conflicto. No obstante, en la medida en que el interés superior del niño lo requiera, se puede tomar en consideración el derecho de otro Estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes.

Por último, el Código Civil y Comercial de la Nación, que regula el principio en análisis, en materia de Restitución Internacional de Niños, en su art. 2642, en el cual dispone que en materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad, que den lugar a pedidos de medidas destinadas a lograr la localización y restitución internacional, los jueces deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño. Por esas razones, es importante destacar la idea del interés, esta importa una concepción que va más allá de un principio o mandato, sino de un elemento o idea de sustrato superior que debe concebirse como una consideración primordial.

Se deberá identificar al interés como un aspecto trascendental en la vida social, que va más allá del mero derecho subjetivo, sino que radica en una cuestión de Estado. Dicha idea se materializa en la actividad propia de los agentes que se encuentren vinculados a los sujetos de tutela particular.

El Comité de los Derechos del Niño en su Observación nro. 14, dedicada justamente a profundizar y materializar este concepto jurídico indeterminado, destaca que el interés superior del niño tiene una triple función: ser un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Es un derecho sustantivo, lo cual implica que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general, por lo tanto, se trata de una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa e inmediata y puede invocarse ante los tribunales. Es un principio jurídico interpretativo fundamental, por lo cual si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Y es además una norma de procedimiento, lo cual conlleva que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho.

En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos". Esta triple función del interés superior del niño está muy presente en toda la regulación del Código Civil y Comercial, lo cual se pondrá de resalto al analizar algunas instituciones civiles como la adopción y la responsabilidad parental, como así lo relativo a los procesos de familia.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) aprobada en el marco de la Asamblea de las Naciones Unidas el 20/11/1989, es la herramienta normativa central en todo lo relativo a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, y ha sido la principal inspiradora de la ley 26.061. La CDN es un excelente compuesto de normas derivadas de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia.

Es el tratado de derechos humanos que ha entrado en vigor más rápidamente, y que ha sido ratificado por la mayor cantidad de países. En nuestro país, la normativa ha ingresado al derecho argentino mediante la sanción de la ley 23.849 de fecha 27/09/1990 y jerarquizada con rango constitucional de conformidad con lo dispuesto en el art. 75, inc. 22 de la CN, tras la reforma del año 1994.

La CDN ha sido un fundamental en la concepción jurídica de la infancia y adolescencia al crear una nueva legalidad e institucionalidad para estas personas a nivel mundial, reconociendo derechos y principios propios de este grupo social que también se encuentra en situación de vulnerabilidad por su condición de personas en pleno desarrollo madurativo.

El valor fundamental de la Convención se basa en inaugurar una nueva relación entre Infancia, Adolescencia, Estado, Sociedad y Familias. Esta nueva interacción es la que se plasma con la idea de "protección integral de derechos", nombre que porta la ley 26.061 en su denominación y a la cual hace mención el primer párrafo de su art. 1° al señalar que su objetivo consiste en la protección integral de los derechos de las niñas, niños, niñas y adolescentes situados en el país. La CDN, al igual que la ley 26.061de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, impulsan una nueva institucionalidad en lo relativo a la protección de los derechos de niños, niñas y

adolescentes, intentando generar un replanteo profundo sobre la relación del Estado la familia, la comunidad y las organizaciones de la sociedad civil con las personas menores de edad.

El interés superior del niño ha sido siempre objeto de interpretación, por diferentes operadores y efectores del Estado. El Código Civil y Comercial menciona expresamente que se debe tener en cuenta este interés superior del niño, niña o adolescente en 15 oportunidades en lo atinente a: Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad, tutela, adopción en el país y en el extranjero, responsabilidad parental, procesos de familia, reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero y restitución internacional de menores. Tal como señalan los Fundamentos del Código, la influencia de la Convención sobre los Derechos del Niño es evidente por sobre cualquier ordenamiento.

Nuestra legislación hace énfasis en el interés superior del niño a través de la ley 26.061. La misma, pretende definir o al menos limitar qué se entiende por interés superior del niño. Para ello de manera general, admite que el interés superior del niño es "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley", y tras esta definición, enumera una serie de "principios" que serían hábiles para lograr descifrar cuál es el interés superior del niño en el caso concreto. El art. 3° de la ley 26.061 señala que el interés superior del niño obliga a respetar:

1. Su condición de sujeto de derecho.
2. El derecho a la opinión del niño y su derecho a ser oídos y que su opinión sea considerada.
3. El respeto al desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural.
4. La edad del niño, su consentimiento, discernimiento y demás capacidades.
5. El equilibrio entre los derechos que corresponden y las exigencias del bien común.

A la hora de hablar de las obligaciones gubernamentales, la ley es clara y afirma que los organismos del estado tienen la obligación indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de todas las políticas públicas con carácter federal. Los organismos deben mantener siempre el interés superior de los niños a la hora de la

formulación y ejecución de las políticas públicas. Es por eso que toda acción u omisión contraria a este principio estará constituyendo un acto que irá en contra de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Los organismos tienen la obligación de garantizar con absoluta prioridad del ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, esta prioridad absoluta implica lo siguiente: La protección y auxilio en cualquier circunstancia, la prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas, obtener preferencia en la atención, formulación y ejecución de las políticas públicas, la asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garantice y la preferencia de atención en los servicios esenciales.

Este principio está muy presente en la gran mayoría de los fallos que resuelven conflictos que involucran de manera directa a niños, niñas y adolescentes. En este sentido, la Corte Federal ha sostenido en alguna oportunidad que "la consideración primordial del interés del niño, que la Convención sobre los Derechos del Niño art. 3°.1, impone a toda autoridad nacional en asuntos referidos a menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias, incluyendo a la Corte Suprema a quien corresponde aplicar los tratados internacionales a los que el país está vinculado con la fuerza que la Constitución les otorga (art. 75, inc. 22, CN) y que la atención principal al interés superior del niño a que alude el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor, parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos.

La base para alcanzar una nueva institucionalidad en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes consiste en construir un "Sistema de Protección de Derechos" sólido y eficaz, mediante intervenciones estratégicas que supongan un trabajo colaborativo por parte de los diferentes operadores y/o instituciones que intervienen cuando estos derechos se encuentran vulnerados.

El "Sistema de Protección Integral de Derechos" creado por la mencionada ley 26.061 es un andamiaje institucional clave para dar respuesta a las diversas situaciones que pueden dar lugar a la conculcación de derechos de niños, niñas y adolescentes. Este sistema se encuentra conformado por todos aquellos organismos gubernamentales y no gubernamentales que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas destinadas a la promoción, prevención, asistencia, protección y resguardo de los derechos de niños, niñas y adolescentes. En este sentido, se puede observar que este sistema vendría a constituir una red de distintos niveles nacional, provincial o municipal.

Este sistema de protección integral de derechos no sólo revaloriza el rol de los organismos administrativos, sino que también incorpora nuevos actores. Tal incorporación se observa en las llamadas oficinas, defensorías u organismos administrativos locales de protección de derechos, primer eslabón en la cadena de atención para lograr la efectiva satisfacción de estos derechos o rápida restitución si ellos son vulnerados, mediante la ejecución de medidas de diferente tipología o entidad, como se expondrá en breve.

Esta ley tiene como idea central el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como "sujetos de derechos", es decir, ya sea como individuos, miembros de una familia o integrantes de una comunidad, con derechos y responsabilidades apropiados según su edad y su madurez. Se admite la especial situación en la cual se encuentran, reconociéndoseles la titularidad no sólo de los derechos que le corresponden a toda persona por su carácter de tal, sino también un plus que se integra con derechos específicos que les corresponden por su condición de sujetos en crecimiento hasta su total autonomía.

La idea de los niños y adolescentes como sujetos plenos de derecho significa un quiebre de paradigma en la historia jurídica de la niñez, dejándose atrás la concepción paternalista propia de la llamada doctrina de la "situación irregular" o modelo tutelar, que los consideraba como "menores" o "incapaces" y, por ello, “objeto" de protección y de representación por parte de sus progenitores o demás representantes legales y el Estado. En definitiva, la doctrina de la protección integral adopta una concepción de la infancia basada en los siguientes principios: En principio, el reconocimiento de la niñez como una etapa específica e indispensable del desarrollo humano y por otro lado, el reconocimiento de los niños como titulares de derechos.

La ley ubica en los organismos administrativos los diferentes niveles de intervención y que sólo en su defecto o en un lugar secundario prevé la intervención judicial. En lo que respecta al rol de la justicia, en ciertas oportunidades sus intervenciones involucrarán la implementación de medidas de protección tendientes a orientar y reparar la acción u omisión de algún organismo de manera que el niño o la niña acceda a los servicios y prestaciones cuya omisión se transformó en una amenaza al disfrute, goce y ejercicio de sus derechos. Esto se relaciona con la "exigibilidad judicial" de los derechos, tanto civiles y políticos como en especial, los derechos económicos, sociales y culturales que se ha desarrollado y consolidado en los últimos tiempos, y que ha reconvertido el papel de la justicia ante carencias socioeconómicas y omisiones o abandono desde la esfera estatal.

El Código Civil y Comercial se dedica especialmente a regular la participación de los niños, niñas y adolescentes como así también de otros actores sociales como las personas con capacidad restringida en todos los procesos de familia en el art. 707 de manera general al establecer que "las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso".

Tanto la ley 26.061 como el Código Civil y Comercial se enfocan en profundizar sobre el derecho a ser oído y a su vez, el derecho a expresar su opinión de niños, niñas y adolescentes. Además, destacan la idea de desarrollo, madurez y discernimiento como modo de reconocer la participación activa de aquéllos en una gran cantidad de ámbitos en los cuales se desenvuelven.

Con sentido pedagógico el CCivCom establece una serie de reglas generales del cuidado personal de los hijos, indicando cual es el camino que deben seguir los operadores jurídicos que intervienen en este tipo de contiendas una vez que se ha producido la ruptura de la relación de pareja. Este se afirma sobre el derecho humano de niños, niñas y adolescentes de mantener el vinculo afectivo de ambos padres, que se materializa idealmente en el cuidado personal compartido, en la modalidad indistinta.

Es por eso que los jueces deben otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el niño, que es el sujeto que proteger en estos casos. Estas

circunstancias generalmente surgen de la dinámica de los vínculos del grupo familiar, para esto, serán claves los informes vinculares que se produzcan en el marco del proceso, de las relaciones entre los padres y cada uno de ellos con sus hijos. Es absolutamente necesaria, además, la opinión del niño, niña o adolescente en este tema y en todas las decisiones que involucran su vida.

El cuidado compartido de los hijos en general, y en la modalidad indistinta, en especial, en considerado el mejor sistema legal al reconocer a ambos padres el 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. Así, si no se observan disputas explicitas entre los padres basadas en rígidos posicionamientos, como ocurre en muchas familias post separación, se puede establecer una base, una posibilidad de entendimiento y así solidificar la posibilidad de establecer el cuidado personal conjunto.

Si ambos padres se encuentran en un periodo de estabilidad emocional y actitudinal, en un escenario comunicacional fluido y tolerante, es posible pensar en acuerdos estables respecto de su hijo o en un plan de parentabilidad estableciendo.

1. Lugar y tiempo en el que el hijo permanece con cada progenitor.
2. Responsabilidades que asume cada uno de los padres.
3. Régimen de vacaciones, días festivos, etcétera.
4. Régimen de dialogo y comunicación del hijo con el progenitor cuando se encuentre con el otro.

El plan de parentalidad propuesto puede ser modificado por los progenitores en función de las necesidades del grupo familiar, su dinámica en el tiempo y el transcurso de las distintas etapas de la vida del niño, niña o adolescente. Los progenitores deben procurar la participación del hijo en dicho plan o en sus posibles modificaciones.

Los progenitores son quienes están, en principio, en mejores condiciones de saber si podrán llevar a cabo el régimen que convienen y conoces que es lo más beneficioso para sus hijos. El divorcio pone fin a la relación conyugal, ya no serán esposos, pero siguen siendo los padres de sus hijos y esto es asi porque el divorcio pone fin a un matrimonio, pero no a una familia. La familia se transforma, pero no se rompe y los niños necesitan relaciones continuadas y significativas con ambos padres. A los fines de resolver el

conflicto que la separación puede generar respecto de los hijos y lograr el acuerdo en esta materia, los intereses comunes y complementarios como padres.

Para ellos es menester que la pareja parental utilice patrones de cooperación en la crianza y ejerza roles igualitarios en la toma de decisiones.

Los progenitores son quienes están, en principio, en mejores condiciones de saber si podrán llevar a cabo el régimen de convienen y conocen que es lo más beneficioso para sus hijos. El divorcio pone fin a la relación conyugal, ya no serán esposos, pero siguen siendo los padres de sus hijos y esto es asi porque el divorcio pone fin a un matrimonio, pero no a una familia. La familia se transforma, pero no se rompe y los niños necesitan relaciones continuadas significativas con ambos padres. A los fines de resolver el conflicto que la separación puede generar respecto de los hijos y lograr el acuerdo en esta materia, los intereses encontrados que la pareja desavenida tiene como cónyuges, deben convertirse en intereses comunes y complementarios como padres. A los fines de resolver el conflicto que la separación puede generar respecto de los hijos y lograr el acuerdo en esta materia, los intereses encontrados que la pareja desavenida tiene como cónyuges, deben convertirse en intereses comunes y complementarios como padres. Para ello es menester que la pareja parental utilice patrones de cooperación en la crianza y ejerza roles igualitarios en la toma de decisiones.

El CCivCom orienta al juez a considerar como regla la custodia compartida bajo la modalidad indistinta, ya que cuando los padres han interrumpido la vida en común esta opción puede ser la que mas respete el interés superior del niño para mantener estrechamente el vinculo con ambos padres.

Har ciertos elementos que se deberán tener en cuenta a la hora de determinar el interés superior del niño, para su interpretación y para llegar a una resolución. El juez deberá ponderar que eso se debe dar a cada elemento en la situación del niño en concreto, que aspectos de los elementos importan mas en la decisión concreta y determinar cuál es el interés superior del niño a la vista de todas las circunstancias.

- La evolución de las capacidades y facultades de los niños: las capacidades de los niños y niñas evolucionan con el tiempo, lo que implica que las decisiones que se tomen con respecto a los niños deben ser, por un lado, revisables y que puedan ajustarse según se desarrolle el niño, y por otro, que deben tomarse en

base no solo a las necesidades actuales del niño sino teniendo en cuenta las posibles hipótesis de desarrollo del niño a corto y largo plazo teniendo en cuenta su evolución natural.

- Especial consideración a niños en situación de vulnerabilidad: Es especialmente necesario que, a la hora de determinar el interés superior del niño. Se tenga en cuenta si se encuentra en alguna situación de especial vulnerabilidad o pertenece a algún colectivo especialmente vulnerable. Además de considerar esa circunstancia especial, es necesario asegurar que en el proceso de determinación del interés superior no se discrimine a estos niños por, precisamente, su situación de vulnerabilidad. El derecho a la no discriminación exige no solo a la prohibición de toda la forma de discriminación, sino que obliga a tomar medidas para garantizar a todos los niños la igualdad efectiva de oportunidades en el disfrute de los derechos reconocidos en las Convenciones.
- La evolución de las capacidades y facultades de los niños: Las capacidades de los niños y niñas evolucionan con el tiempo, lo que implica que las decisiones se tomen con respecto a los niños deben ser por un lado revisables, pudiendo ajustarse según desarrolle el niño, y por otro, deben tomarse atendiendo no solo a las necesidades actuales del niño, sino teniendo en cuenta las posibles hipótesis de desarrollo del niño a corto y largo plazo.
- La opinión del niño: El artículo 12 de la Convención establece el derecho del niño a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan, a que esta sea tenida en cuenta en función de la edad y madurez del niño, permitiendo que sea participe de su interior superior.
- El cuidado, la protección y la seguridad del niño: Todos los niños tienen derecho a oportunidades de supervivencia, crecimiento y desarrollo en un contexto de bienestar físico, emocional y social al máximo de sus posibilidades.

La ley 26.061 establece pautas de interpretación y utilización de las medidas excepcionales justamente por la gravedad que implican. Además, presta una serie de consideraciones que deben ser tenidas en cuenta para mantener su legalidad y de ese modo restringir al máximo posible la temida discrecionalidad al dictarlas. Todo acto de separación de un niño de su familia constituye una intervención por parte del estado en su vida privada familiar. Es por eso que, para que ella sea legítima deben cumplirse

ciertos requisitos, lo cual obliga a los organismos administrativos de protección de derechos a fundar la resolución administrativa que la ordena y a la justicia a ejercer el debido control de legalidad.

El derecho de los niños a su protección especial fue reconocido por el Derecho Internacional desde sus orígenes. Dicho reconocimiento, se basaba en la vulnerabilidad de los niños, dato ampliamente reconocido por las culturas humanas de todos los tiempos. Esta vulnerabilidad, es consideraba absoluta y justifica la existencia de los deberes estatales orientados hacia el niño para poder compensarla con medidas esenciales de ayuda. En la evolución del derecho internacional y posteriormente ya en el ámbito nacional, este derecho ha sido regulado de diferentes maneras, en general, alude al "derecho a la protección especial" o a "medidas esenciales de protección".

En el ámbito universal, este derecho ya fue introducido en las primeras normas de la Sociedad de Naciones, como en los siguientes convenios, protocolos, declaraciones y pactos.

- Convenio por el que se fija la edad mínima de admisión de los niños para los trabajos industriales. Dicho convenio fue aprobado por la OIT el 28 de Noviembre de 1919 y entro en vigencia en Junio de 1921.
- Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y cuidado de los niños adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85 del 3 de Diciembre de 1986.
- Protocolo facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la Participación de niños en conflictos armados. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Mayo del 2000. Dicho protocolo entro en vigencia el 12 de Febrero de 2002.

Por otro lado, la Convención Interamericana de los Derechos Humanos ha sido fundamental en el sistema interamericano y su reconocimiento de derechos del niño. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 hace énfasis en esto en su artículo 8 donde esgrime: "*Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayudas especiales"* (Roveda, 2016). Además en su artículo 30 menciona qué *"Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores*

de edad, y los hijos tienen el deber de honrar a sus padres, y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando estos lo necesiten". (Roveda, 2016)

Sin embargo, es en el artículo 19 de la Convención Interamericana de Los Derechos Humanos donde se encuentra la regla fundamental: "*Todos los niños tienen derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado."* (Roveda, 2016)

Otro factor fundamental para el interés superior del niño es la importancia de la autonomía progresiva del niño. Las ciencias humanas dejan en claro que las etapas evolutivas de los niños, como la autonomía, van progresando de manera gradual y progresiva. El principio de autonomía progresiva, tal como lo menciona el artículo 3° de la ley 26.061, se desprende como una derivación obvia del reconocimiento de la condición jurídica de los niños y adolescentes como sujetos plenos de derecho. Este principio se funda en el art. 5° de la CDN al establecer que "los Estados Partes respetarán 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".

CAPÍTULO 3 - LEY PENAL 13944 - INCUMPLIMIENTO

El incumplimiento de la obligación alimentaria da lugar a la Ley 13944 – "Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar". En su primer artículo, hace referencia a la penalidad que recibirá el obligado en caso de incumplimiento: "*Se impondrá prisión de un mes a dos años o multa de setecientos cincuenta a veinticinco mil pesos a los padres que, aun sin mediar sentencia civil, se substrajeran a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o de más, si estuviere impedido."* (jurídico., 2014)

La ley, a través de su articulado, da especificaciones y tipifica ciertos supuestos que, estando en cabeza del eventual incumplidor, una vez configurados éstos, generan la consecuente punición del responsable por la omisión incurrida o la conducta no desplegada, es decir, cuando el obligado se substraiga a prestar los medios indispensables para la subsistencia de los sujetos indicados en el texto legal. De esta

manera, queda claro que tal substracción a la prestación indispensable para la subsistencia es lo que el ordenamiento busca evitar, lo cual desde el punto de vista social puede traducirse en el intento del logro y caracterización del ideal del rol de garante en sí mismo. Es decir, de caracterizar al "buen garante".

Caracterizar al delito es fundamental para poder llevar a cabo el proceso penal, ya que una vez realizado esto será más fácil determinar un proceso o una decisión. Es por eso que podemos decir que se trata de un delito con las siguientes particularidades:

1) Propio de omisión: Ya que para su tipificación se requiere sólo la omisión de una acción. Es decir que se trata de un delito de omisión, y no de comisión por omisión, es decir, de un delito cuya configuración no requiere la producción de ningún resultado externo material o de peligro concreto.

2) Especial: Nuestro derecho distingue en comunes o especiales los tipos de derecho con el fin de que el autor tenga determinadas calificaciones o que puedan ser realizados por cualquier persona.

Los delitos especiales importan una violación a una ley especial, que no solamente establece la prohibición de una acción, sino que además requiere una determinada calificación del autor. Asimismo, estos se subclasifican en delitos especiales propios y delitos especiales impropios.

El incumplimiento de los deberes de asistencia familiar es un delito especial propio, ya que sólo pueden ser autores los sujetos que reúnan las especiales calidades establecidas taxativamente en el texto legal:

- El padre, respecto al hijo menor de dieciocho años, o más si estuviere impedido,
- El hijo, respecto a los padres impedidos,
- El adoptante, respecto al adoptado menor de dieciocho años o más si estuviere impedido,
- El adoptado, respecto al adoptante impedido,
- El tutor, guardador, o curador respecto al menor de dieciocho años o más si estuviere impedido, o al incapaz, que se hallaren bajo su tutela, guarda o curatela,
- El cónyuge, respecto al otro no separado legalmente por su culpa.

3) De peligro abstracto: Se caracteriza por el hecho de no requerir la prueba de la efectiva existencia del resultado lesivo de que se trate, en tanto tal situación resulta presumible, a partir de la conducta del autor, sin necesidad de la demostración alguna.

Lo cual diferencia a estos delitos de los de peligro concreto o aquellos en los que debe darse realmente la posibilidad de la lesión y es necesario probar en el caso concreto la existencia de ese resultado y la relación de causalidad entre la conducta del autor y éste.

4) Permanente: ya que el estado consumativo se produce y permanece en el tiempo mientras la obligación continúe sin ser cumplida. En otras palabras, la conducta punible de sustraerse a los deberes impuestos se prolonga en el tiempo mientras el sujeto activo no resuelva hacer cesar el estado antijurídico.

En consecuencia, el delito no queda configurado con un solo acto (el incumplimiento), sino que para su consumación es necesario una cierta permanencia en el tiempo. Este criterio surge de la propia ley 13.944, en donde se establece que *"no basta con que se haya sido negligente en alguna oportunidad, sino que es menester la comisión significativa de hechos deliberadamente omisivos".* (jurídico., 2014)

5) Doloso: El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar también se caracteriza por ser un delito doloso, en tanto requiere dolo por parte del sujeto activo.

6) De acción privada: Presenta en este aspecto el delito en estudio una particularidad, pues la legislación vigente obligará, según el carácter de las acciones (y también la diversa competencia de los jueces) a iniciar distintos procesos y por distinta vía contra el alimentante.

7) De acción pública: En el caso de que la víctima del delito sea el/los hijo/s del omitente (menores de dieciocho años o de más edad si se encontraren impedidos), el delito será de acción pública.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que la prestación alimentaria debe ser cumplida por el alimentante en forma regular *y* suficiente.

El requisito de la regularidad implica la necesidad de constancia y ausencia de solución de continuidad en los cumplimientos alimentarios; configurándose de esta manera, el delito ante aquellas prestaciones aisladas o esporádicas que realiza el sujeto activo, ya que éstas implican "desatender la naturaleza de «permanente» de las necesidades vitales".

Lo mismo ocurre con aquellas prestaciones extemporáneas, o esporádicas, o pagos tardíos, ya que siendo la obligación alimentaria de auxilio económico, ésta debe estar en poder del necesitado en el momento preciso.

En cuanto al requisito de la suficiencia, configuran el delito tanto las prestaciones alimentarias insuficientes como las parciales, es decir, las que no permiten afrontar todo aquello necesario para el desarrollo de la vida, ya sea por no cubrir todos

los rubros del concepto de alimento, o por ser cumplimentadas sólo respecto a alguno de los deudores alimentarios.

En definitiva, será el juez el que, en cada caso deba efectuar la delimitación de lo punible, efectuando una valoración de la regularidad y suficiencia del aporte, prescindiendo de considerar la condiciones de vida o sociales del alimentado, aunque si el poder económico del alimentante.

En sus primeros artículos, la ley 13.944 nos menciona cuales son los sujetos de la misma:

Sujeto activo

En el artículo 1º de ley 13.944, se señalan como sujetos activos de la acción a "los padres". Cualquier padre que respecto de su hijo realiza la acción típica, comete este delito. Se ha aclarado al respecto que debe tratarse de padres cosanguíneos, quedando excluidos aquí el padrastro y la madrastra

La ley continúa enumerando a los sujetos activos del delito en su artículo 2º:

1. Los hijos, con respecto a los padres impedidos
2. El adoptante, con respecto al adoptado menor de dieciocho años, o más si estuviere impedido
3. El adoptado, con respecto al adoptante impedido
4. El tutor, con respecto al menor de dieciocho o de más si estuviere impedido, o al incapaz que se halle bajo su tutela
5. El guardador con respecto al incapaz que se halle bajo su guarda
6. el curador, con respecto al incapaz que se halle bajo su curatela
7. el cónyuge, con respecto al otro no separado legalmente por su culpa asistencial, y con ello del delito".

A la hora de mencionar la relación y obligación de los padres con respecto a los hijos, deben ser menores de dieciocho años o mayores de esa edad impedidos, quedando fuera del alcance de la protección legal los hijos mayores de dieciocho años no impedidos. Por "persona impedida" la doctrina es pacífica en considerar a quien está incapacitado para procurarse los medios indispensables para la subsistencia, sin importar cuál ha sido el origen de tal imposibilidad (accidente, enfermedad física o mental, congénita o adquirida, transitoria o permanente). Además aclara este autor que

no ocurre lo mismo cuando, por tratarse de una incapacidad parcial esto no le imposibilita al sujeto pasivo, ganar lo necesario a su propia subsistencia.
Por último, está la obligación de los padres cuando el sujeto pasivo cumple los dieciocho años, o al cesar el impedimento si fuese mayor, o por adopción del hijo, ya que en tal caso el deber de alimentos se transfiere a los padres adoptivos.

Por otro lado, tenemos a los hijos con respecto a los padres. Los hijos matrimoniales o extramatrimoniales están obligados a prestar asistencia a sus padres en los casos en que éstos se encuentren impedidos y siempre que posean capacidad económica suficiente.

No es necesario que ambos progenitores estén impedidos, es suficiente con que uno solo de ellos lo esté. Al igual de lo que ocurre en el caso anterior, la obligación es independiente para con cada uno de los progenitores, tomando también en cuenta aquí la ley el vínculo de sangre. En la jurisprudencia y la doctrina siempre se ha sostenido que no existe el deber de asistencia y consecuentemente el delito cuando los padres, no obstante estar impedidos, poseen bienes de fortuna que les permita satisfacer las necesidades indispensables que la ley quiere asegurar. Es así que, el delito cesa cuando, habiendo existido ambas situaciones (necesidad e impedimento), una de ellas desaparece.

En caso de adopción, la relación entre adoptante y adoptado es totalmente igual que en todos los demás casos, el deber de asistencia está supeditado a la necesidad del beneficiario. El artículo establece que el deber de uno de los cónyuges con respecto al otro cesa cuando es inocente de la separación legalmente decretada; por lo que con la expresión no separada legalmente por su culpa, la ley excluye expresamente al cónyuge culpable de la separación. Deberá entonces resultar de la pertinente sentencia del juez civil la declaración de responsabilidad de uno de ellos (o de ambos), para que el cónyuge inocente (o los dos, según el caso) puedan considerarse liberados del deber de asistencia.

Si bien solo pueden caer bajo el ámbito de la de ley 13.944 aquellos sujetos tipificados en el texto legal que se encuentren económicamente capacitados, en caso de carecerse de tal poder económico, de no bastará la falta de tal condición para considerar atípica la conducta de quien se sustrae, sino que sólo lo será cuando se haya llegado a ese estado involuntariamente, es decir, cuando tal estado no obedezca a un accionar

proveniente del obligado ya sea a través de un comportamiento exterior intencional dirigido a ello, ya sea por simple indiferencia frente a la afectación del bien jurídico protegido, o ya sea por actos de positiva hostilidad y actos de indiferencia egoísta desmedida. Es decir que, la imposibilidad de cumplir con la obligación asistencial, debe ser absoluta, insuperable y no provocada por el alimentante.

La falta de trabajo o la realización de tareas laborales esporádicas o circunstanciales son el supuesto de imposibilidad económica más frecuente. Sin embargo, no siempre la jurisprudencia ha considerado que la existencia de tal causal conduzca necesariamente a la atipicidad de la omisión, existiendo numerosos fallos en los que se ha resuelto que su alegación, no permite enervar el cargo de manutención de los acreedores alimentarios, más aún cuando encontrándose el sujeto activo en condiciones físicas de realizar una actividad laboral no la realiza.

Con relación a los terceros, como menciono el art. 3° de la ley 13.944 la responsabilidad de los sujetos activos enumerados en los artículos 1° y 2°**,** no queda excluida por el hecho de existir otras personas también obligadas a prestar medios indispensables para la subsistencia del beneficiario. Esta situación impide que los obligados tengan la posibilidad de excusarse de su omisión alegando que los medios de subsistencia los ha prestado otro obligado. De este modo, consuma el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar el obligado que falta a su prestación alimentaria porque sabe que su familia será atendida económicamente por otros obligados.

El sujeto pasivo, en este caso los hijos, podrán ser de dos maneras:

- Ser menor de dieciocho años.
- Ser mayor de dieciocho años e impedido.

Y concretamente podrá tratarse:

- Del hijo del sujeto activo.
- De los padres del sujeto activo.
- Del adoptado del sujeto activo.
- Del pupilo, curado o guardado del sujeto activo.

- Del cónyuge del sujeto activo.

La falta de medios o recursos propios para subsistir del sujeto pasivo supone una situación de necesidad que es exigida legalmente para que proceda la obligación y eventual responsabilidad del sujeto activo. La doctrina se ha empeñado en aclarar que esta necesidad no debe interpretarse en términos extremos como un estado lindante a la indigencia absoluta. Como contrapartida de esto, la prestación con la que deberá cumplir el sujeto activo será la indispensable para que el interesado pueda subsistir, con prescindencia de que como consecuencia de la eventual ayuda de terceros o su sacrificio personal, logre poder salir de dicha situación de necesidad. Se considera que el deber de prestación económica no funda en un efectivo estado de necesidad, sino simplemente en el hecho de que los medios económicos no prestados por el autor sean necesarios para salvar una situación de subsistencia de la víctima, producida o que pueda producirse en defecto de esa prestación. Si el sujeto pasivo mejora su situación económica, de manera tal que es capaz de atender a sus propias necesidades, desaparece la obligación que hasta el momento pesaba sobre el obligado, y por lo tanto no hay delito.

A la hora de calificar el hecho, debemos considerar tres aspectos o características fundamentales:

1) ***Dolo:***

- El conocimiento por parte del sujeto activo de la situación generadora del deber (es decir, el conocimiento del deber de asistir o alimentar)
- El conocimiento de la posibilidad de realizar la acción (cuando el autor, pudiendo hacerlo, voluntariamente se sustrae de prestar los medios indispensables para la subsistencia).

Cuando se da esto, estamos concretamente en presencia de una omisión dolosa, ante una conducta voluntariamente encaminada a sustraerse de la obligación impuesta por la ley, lo que supone tener la posibilidad de asistir económicamente y no querer hacerlo, lo cual sólo es compatible con el dolo directo.

2) ***Antijuricidad:***

Este elemento, en un comportamiento típico que se define como la realización del tipo no amparada por causas de justificación, es decir, todo comportamiento típico será

antijurídico a menos que esté autorizado por una causa de justificación. Esto rige también para los delitos de omisión.

En este caso, quien cumple con el tipo ("incumplir el deber de asistencia familiar") realiza un obrar antijurídico, siempre que no medie ninguna causa de inimputabilidad o eximición.

3) ***Culpabilidad:***

Como se ha visto, el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar es un delito doloso, lo que implica el conocimiento por parte del sujeto activo de la obligación de asistencia y la voluntad de sustraerse a ella.

El deber emergente de la ley penal no tiene el mismo alcance y difiere del impuesto por la ley civil. Este último implica un panorama más amplio, contemplando también la atención de necesidades consideradas "no indispensables", siempre sujetas a apreciación judicial. Contrariamente, en el fuero penal, la prestación por parte del obligado de todo aquello que exceda el límite de lo indispensable no podrá ser considerado un verdadero cumplimiento alimentario. Otro aspecto en que se diferencian las obligaciones que impone cada ordenamiento, es en el alcance que cada una de ellas tiene respecto de las personas que abarcan. Al respecto me remito a lo ya indicado sobre el particular anteriormente. Además cabe tener en cuenta que la configuración del delito penal no está subordinada a la ley civil, ni depende tampoco de la existencia de una sentencia dictada en dicha sede previamente, que imponga la prestación de alimentos.

Con respecto a la carga de la prueba, tanto la doctrina como la jurisprudencia son flexibles respecto de que en el delito incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, la prueba tanto de la existencia del hecho del incumplimiento como del dolo (que no se presume) está a cargo de la acusación. Aunque han sido varias las soluciones jurisprudenciales en torno al tema de la prueba de las circunstancias eximentes que pueda plantear el procesado, entre las cuales la más usual es la relativa a la capacidad económica. También recae sobre el sujeto pasivo accionante probar el vínculo que lo une al incumplidor, el estado de necesidad en el que se encuentra y la capacidad económica del obligado.

Por último, a la hora de hablar de la pena, para todos los supuestos punibles previstos por la ley 13.944, salvo el previsto en el art. 2° bis, el artículo 1° contempla la misma pena: "*prisión de un mes a dos años o (*según la ley 24.286) *multa de setecientos cincuenta a veinticinco mil pesos*". (jurídico., 2014)

La incorporación por parte de la ley 24.029 importó la agregación de un especial supuesto dentro de los previstos por la ley 13.944. Se trata del delito de insolvencia alimentaria fraudulenta, previsto en el art. 2° bis de esta última ley. Dice la norma: "*Será reprimido con la pena de uno a seis años de prisión, el que con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare, o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de dichas obligaciones*".

La inclusión de esta disposición implicó una mayor protección intentando evitar maniobras fraudulentas tendientes a eludir la asistencia debida y, al mismo tiempo, la ampliación del espectro de responsabilidad del sujeto activo. La acción típica en esta figura consiste en frustrar, en todo o en parte, el cumplimiento de dichas obligaciones.

En el aspecto en que coinciden en gran medida tanto la jurisprudencia como la doctrina es el relativo a los sujetos. En primer lugar, siendo la insolvencia alimentaria fraudulenta un delito especial, el sujeto activo sólo puede ser alguno de los sujetos mencionados en el art. 1° y 2° de la ley 13.944. En cuanto al sujeto pasivo, revisten tal carácter los mismos enumerados por los arts. 1° y 2° para el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Al igual que lo que ocurre en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, en el de insolvencia alimentaria fraudulenta, se requiere dolo directo, ya que la expresión "maliciosa o fraudulentamente" contenida en el art. 2° bis claramente implica la exigencia de un dolo específico: el autor deliberadamente tiende a eludir en todo o en parte el cumplimiento de obligaciones alimentarias.

Más allá del alcance y la finalidad de esta ley, el sistema judicial puede optar por otras medidas que no están tácitamente expresas en nuestra legislación pero pueden ser utilizadas como sanción o pena para quienes incumplan con su obligación alimentaria. Sin ir muy lejos, el 11 de Septiembre de 2018, los señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de

San Isidro, Dres. Hugo O.H. Llobera y Carlos Enrique Ribera, para dictar sentencia interlocutoria en el juicio: “T., A. M. C/ P., M. S/ALIMENTOS (RESERVADO)”

La justicia de San Isidro confirmó un fallo inédito y sumamente particular en una causa por impagos de la cuota alimentaria para los hijos de un matrimonio divorciado: la Cámara 1° de Apelaciones confirmó la resolución de un juez de prohibirle a un hombre la entrada al San Isidro Club, con motivo de la deuda de más de 800 mil pesos que mantiene con su ex pareja por la falta de abono de dinero para la manutención de sus tres hijos menores de edad.

La resolución fue dictada el 28 de diciembre de 2017 y fue confirmada por la Cámara de Apelaciones el 11 de septiembre del 2018. La decisión se basó en una ampliación del nuevo Código Civil y Comercial que habilita a los magistrados a decidir diferentes sanciones de acuerdo al contexto social de los denunciados.
La medida fue solicitada por la ex pareja del demandado durante el juicio, quien también logró que en el 2016 se le prohibiera la salida del país.

La instancia llegó a la Cámara de Apelaciones luego de que la defensa del demandado rechazara la sentencia dictada en primera instancia. El abogado defensor del demandado alegó que el predio del SIC era el único lugar donde él podía encontrarse con sus hijos y que, de ese modo, ya no podría verlos.

Sin embargo, desde el juzgado se espera que con parte del dinero correspondiente al monto de la cuota del club se pueda abonar la cuota alimentaria mensual y una parte de la deuda.

El conflicto entre ambas partes se remonta a finales del 2014, cuando el padre de la familia empezó a postergar las cuotas alimentarias para sus hijos, que en su momento tenían 17, 12 y 10 años. El monto acordado, fijado en octubre de 2014, era en un principio de 4.500 pesos en materia de cuota alimentaria para los tres chicos y el pago de los aranceles del colegio al que acudían.

La situación de impagos por parte del padre se volvió algo cotidiano. Así, la justicia empezó a transitar las instancias clásicas en un debate judicial por la falta de abono de una cuota alimentaria. Se comenzó a actualizar la deuda y los intereses y costas de la misma y se llegó al punto de embargar el 50% del vehículo del alimentante**.**

Sin embargo, tales medidas parecieron no surtir demasiado efecto en el accionar del demandado.

Las medidas clásicas estuvieron, los embargos y demás, pero claramente a la vista no dieron resultados, por eso se recurrió a ese tipo de medidas**.**
Al momento del fallo de primera instancia, se había determinado que de acuerdo a la liquidación actualizada de los alimentos atrasados correspondientes al período entre noviembre 2015 y diciembre de 2017, la deuda ascendía a un monto total de 826.160,17 pesos.

Otra medida que se utilizo ante un caso de incumplimiento de la obligación alimentaria fue la prohibición de la renovación de la licencia profesional para conducir. Esto se dio en Junio de 2019.

El padre poseía la licencia de conducir otorgada por la Dirección General de Licencias del GCBA, la que siempre iba renovando periódicamente a su vencimiento. El mismo, se desempeñaba como chofer desde 1985 y si bien al momento de la renovación carecía de empleo formal, continuaba trabajando esporádicamente en la conducción de vehículos “para hacer transportes de bienes y personas”.

Explicó que, quien fuera su cónyuge y madre de sus dos hijos, le inició un proceso judicial a fin obtener el cobro de una cuota alimentaria respecto a uno de sus hijos y además, destacó que en el marco del referido expediente, se dictó sentencia condenándolo al pago de una suma mensual en carácter alimentario. Según el obligado, pudo cumplir con la obligación establecida en el mencionado decisorio, en tanto debía afrontar los gastos relativos a manutención de su otra hija, a quien tiene a su cargo.

Manifestó que, su ex cónyuge promovió la ejecución de la mentada sentencia, a tenor de ello se dispuso su inscripción en el Registro de Deudores Alimentarios de la Ciudad de Buenos Aires, en los términos de la ley 269.

Argumentó que en función de lo dispuesto en el artículo 4° de la citada ley, se encontraba impedido de renovar su carnet profesional de conductor.

En el año 2018, había solicitado la aplicación de la excepción establecida en el artículo 6° de la ley 269 y que en virtud de ello, había conseguido que se le otorgara el registro de conducir en forma provisoria por un año. Ello no obstante, expresó que la

normativa vigente no autorizaba la petición de una segunda exención motivada en cuestiones laborales. Ante esta imposibilidad de renovación de la licencia, el obligado esgrime que se ve obligado a presentar esta medida cautelar. Además, cabe destacar que, el actor acompañó documental, ofreció prueba en respaldo de sus dichos, citó jurisprudencia, fundó su acción en derecho, confirió autorizaciones e hizo reserva del caso federal.

En el contexto reseñado, solicitó el dictado de una medida cautelar a efectos de que se ordene al GCBA que deje sin efecto la negativa injustificada a gestionar la licencia de conducir.

Ahora el juez evaluó que la decisión de las autoridades locales no fue arbitraria**,** conforme lo que dispone la ley 269 (Registro de Deudores Alimentarios Morosos).

El artículo 4 de la norma contempla que *"las Instituciones u Organismos Públicos de la Ciudad no pueden abrir cuentas corrientes, tarjetas de crédito, otorgar habilitaciones, concesiones, licencias o permisos, ni designar como funcionarios/as jerárquicos/as a quienes se encuentren incluidos"* en ese registro.

El artículo 6 de la norma prevé que en caso de que se solicite la licencia "para trabajar", se le otorgará "por única vez" por el plazo de un año.

El juez recordó que, antes de tomar sus decisiones, las autoridades locales "deben requerir" al Registro "la certificación de que las personas de referencia no se encuentran inscriptas como deudores morosos**".** Dicho esto, y esgrimiendo su postura, rechazó la medida cautelar solicitada por el padre.

Esta medida provocó mucha discusión ya que muchos especialistas consideraban a la misma como una medida irracional ya que esa licencia, permitía la única fuente de ingresos que tiene. Y que en un principio, sin conocer la causa a fondo, es una sentencia que en vez de ayudar, empeora**.**

Marisa Herrera opinó al respecto de la siguiente manera: *"la sanción atenta contra la fuente de trabajo, por eso siento que está mal. En estos tiempos en los que*

cuesta conseguir un trabajo, que encima es informal, me parece desacertada la decisión del juez". (Clarín, 2019)

La Ley 269 de Registro de Deudores Alimentarios Morosos *"se refiere a cualquier medida razonable. ¿Aquí dónde está la razonabilidad?". Sacarle la fuente laboral a un chofer es un problemón, insisto en que el juez debería encontrar otra salida, porque a la vulnerabilidad de una madre que no recibe la cuota se suma un padre que se le cortan sus ingresos".* (Clarín, 2019)

¿Cómo revertir un fallo así? "*El chofer debe pagar y la medida se levanta automáticamente y deja de estar en el Registro de Deudores Alimentarios. Claro que hay que ver cuánta deuda es y si puede pagar de un día para otro".* (Clarín, 2019)

4) DERECHO COMPARADO

El sistema judicial uruguayo, Al igual que en marcos normativos de otros países, la pensión alimenticia es la obligación, ya sea del padre como de la madre para con sus hijos, incluyendo no sólo la alimentación, sino también su educación, asistencia de salud, vivienda, vestimenta, así como los gastos de adquirir un oficio o profesión, recreación, etc.

Así lo establece el capítulo VIII del Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N° 17.823), refiriéndose a "alimentos" como la asistencia material que deben prestar los padres con sus hijos, aludiendo también a los costos de atención de la madre durante el embarazo, desde la concepción hasta la etapa del posparto. Estas prestaciones serán proporcionales a las circunstancias económicas de los obligados y a las necesidades de los beneficiarios.

Las personas obligadas a pagar la obligación alimenticia son:

- Los padres o el o los adoptantes.

En caso de dificultades económicas, se prestarán por parte de las siguientes personas, según el siguiente orden:

- Los ascendientes más próximos, con preferencia los del progenitor obligado.
- El cónyuge respecto a los hijos del otro en cuanto conviva con el beneficiario.
- El concubino o la concubina, en relación al o los hijos del otro integrante de la pareja, que no son fruto de esa relación, si conviven todos juntos conformando una familia de hecho.
- Los hermanos legítimos o naturales, con preferencia los de doble vínculo sobre los de vínculo simple.

Si la obligación es prestada por varias personas en el mismo orden, la obligación será divisible y proporcional a la posibilidad de cada obligado.

Deberán cumplir con ciertos requisitos para poder efectivizar esta obligación:

- Un vínculo de parentesco o afinidad entre el obligado y la persona que reclama la pensión
- Que quien realice el reclamo no pueda cubrir la pensión alimenticia por insuficiencia de recursos
- Que el obligado tenga recursos suficientes para pagarla

La pensión alimenticia será pagada en dinero o en especie, o de ambos modos según las circunstancias, en forma periódica y anticipada. Por su parte, la persona obligada puede exigir de la persona encargada de administrar la pensión alimenticia una rendición de cuentas de los gastos realizados para los beneficiarios.

La pensión alimenticia se debe a partir de la interposición de la demanda. Es decir, cuando el reclamante presenta una demanda judicial, formalizando por esta vía la necesidad de la pensión. Una vez recibida la demanda, el Juez de Familia establece alimentos provisionales, fijando en forma provisoria una cifra o porcentaje que el obligado deberá pagar durante el tiempo del proceso y hasta que se resuelva el asunto de modo definitivo.

En caso de que el obligado deje de pagar la pensión alimenticia sin motivos justificados, se requiere hacer una intimación al pago por vía judicial. Si sigue sin pagar,

el Juez de Familia comunicará la situación al Juez Letrado en lo Penal, con el fin de evaluar la existencia del delito de omisión a los deberes inherentes a la patria potestad.

En marzo de 2017, se aprobó un proyecto de ley por el cual se modifica el artículo 58 de la Ley N° 17.823, estableciendo la imposición de presentar una declaración jurada de bienes e ingresos por parte de los obligados a pagar pensión alimenticia**,** complementando así la Ley Nº 19.480 de enero de 2017, la cual impulsó la creación de un registro de obligados al pago de pensiones alimenticias, llevado por el Banco de Previsión Social (BPS).

Con el fin de garantizar el cumplimiento del servicio de pensiones alimenticias decretadas judicialmente "*en favor de niños, niñas, adolescentes, jóvenes mayores de dieciocho años y menores de veintiuno que no dispongan -en el último caso- de medios de vida propios y suficientes para su congrua y decente sustentación, y personas mayores de edad incapaces*" (ProfesionalesUY, 2019), se creó un registro a cargo del Banco de Previsión Social. Este registro incluye a las personas obligadas al pago de pensiones alimenticias tras resolución a nivel judicial. La declaración jurada deberá indicar el monto aproximado de sus ingresos ordinarios y extraordinarios**,** desglosado lo máximo posible.

La inscripción en dicho registro supone que el BPS retiene al obligado el monto de la pensión alimenticia que debe pagar**.** Si quien debe pagar está registrado como empleado, titular de una empresa o socio, el BPS comunicará la orden judicial de retención para así concretarla. El límite para la retención por concepto de pensión alimenticia es de hasta un 50%, mensualmente, en base a los ingresos, dependiendo del número de hijos y de sus necesidades. Si el obligado no tiene sueldos ni es empleado, se fija la pensión alimenticia en un valor de dinero que luego se reajustará semestral o anualmente.

Hace unos años**,** el sistema Uruguayo creó un Registro Nacional de Obligados Alimentarios (RENOA), Este es el registro nacional de las personas obligadas al pago de pensiones alimenticias decretadas judicialmente en favor de niños, niñas y adolescentes. Este registro facilita, agiliza y da continuidad al cumplimiento de las obligaciones a las pensiones alimenticias. En este registro, quedará plasmado cada

sujeto de dicha pensión alimentaria: Obligado, niña, niño o adolescente que deba recibir dicha pensión y además, el administrador.

A partir de la creación de este registro, los oficios judiciales de las pensiones alimenticias son comunicados desde el Poder Judicial directamente al BPS por medios electrónicos.

La persona administradora no tiene que hacer ningún trámite en BPS o en las empresas para cobrar la pensión alimenticia. Una vez inscripto en el RENOA, no es necesario iniciar un nuevo trámite cada vez que el obligado cambia de trabajo, ya que el BPS notifica a la nueva empresa en forma automática y comunica los cambios al Poder Judicial.

Para ingresar al RENOA debe dirigirse al juzgado con su abogado y solicitar la pensión. La resolución del juez será comunicada al BPS para su ingreso automático al RENOA.

Las pensiones alimenticias decretadas antes de 2017, que aún no forman parte del RENOA, pueden ingresar concurriendo al juzgado para obtener la resolución correspondiente. Todas las modificaciones, altas y ceses de pensiones alimenticias deben ser también solicitadas en el juzgado.

Para que la pensión pueda llegar a sus beneficiarios el oficio judicial que llega al BPS debe contener:

- Nombres, apellidos, cédula de identidad y domicilio de los beneficiarios, obligados alimentarios y administradores.
- Monto de la pensión alimenticia decretada y homologada.
- Forma de pago (número de cuenta bancaria, red de cobranza o similar).

Es importante tener en cuenta que:

- BPS comunica la resolución, recibida del Poder Judicial, a cada empresa donde el obligado esté registrado como trabajador, titular o socio. Si el trabajador cambia de empresa, no es necesario hacer un nuevo trámite.
- La empresa es solidariamente responsable una vez notificada de su obligación de retener y pagar la pensión alimenticia a la persona administradora.

- BPS solo es responsable de pagar las retenciones sobre las prestaciones de activos (ej.: subsidio por desempleo, subsidio por enfermedad) y de pasivos (jubilaciones y pensiones) que brinde el organismo

  En el año 2018, la Cámara de Senadores Uruguaya, aprobó por unanimidad el proyecto de ley que exige a quienes están obligados a pagar una pensión alimenticia la presentación de una declaración jurada de bienes e ingresos.

  Esta nueva versión plantea explícitamente la pena que establece el Código Penal para los casos de falsificación de una declaración jurada que va de tres a veinticuatro meses de prisión.

  Dicho proyecto, fue elaborado por el diputado Daniel Radio junto a Luz Calvo, la directora del instituto de Derecho Civil I y IV de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Uno de los motivos de este proyecto es que son muy pocos los procedimientos de sanción a los padres obligados a pagar pensiones alimentarias. Para los especialistas y los senadores esta ley es una fuerte apuesta a revertir esa situación.

Según el Reporte Uruguay 2015 efectuado por la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP) a través del programa Uruguay Crece Contigo casi la mitad de los obligados a pagar pensiones alimenticias a niños menores de cuatro años no lo hacía.

Por esta situación en 2017 se aprobó una ley que creó un registro de personas obligadas al pago de pensiones alimenticias y se encomendó al BPS la retención de haberes. Pero esta fue efectiva sólo para los trabajadores en régimen de dependencia. Esta nueva ley pretende ser un instrumento de contralor para los trabajadores independendientes y las situaciones de trabajo irregular.

Más allá de que siempre se hace énfasis en el obligado y en su insolvencia o en su falta a la obligación, el sistema uruguayo también busca realizar un seguimiento o control al administrador, quien será la persona que justamente se hará cargo de recibir la cuota mensual y con ella satisfacer las necesidades del niño, niña o adolescente.

En el año 2016, un tribunal de apelaciones ordenó a una mujer presentar rendiciones de cuentas a su ex marido sobre en qué gasto el dinero de la pensión alimenticia que le pasó por casi tres años. El padre divorciado exigió en un juzgado a su

ex esposa que le presentara rendiciones de cuentas de los gastos por las pensiones alimenticias a un hijo entre el 25 de mayo de 2012 hasta el mes de marzo de 2015. La jueza de Familia Claudia Diperna, hizo lugar al pedido del padre y obligó a la madre a que presentara rendiciones de cuentas de en qué había gastado las pensiones alimenticias. La madre apeló el fallo de la jueza Diperna argumentando que la solicitud de rendición de cuentas se justifica solo en aquellos casos en que la administración efectuada por uno de los padres haya sido ruinosa para el interés del menor.

La madre también incluyó en su defensa una declaración de su hijo, expresando que su administración cubrió todas sus necesidades. Agrega que el pedido de rendiciones de cuentas por parte de su ex esposo no tiene fundamento porque, durante el juicio su hijo cumplió la mayoría de edad.

En cambio el padre alega que su hijo se presentó a declarar a favor de la madre apenas un día antes de que se dictara la sentencia. También señala que la obligación de rendición de cuentas recae sobre quien ha administrado bienes, gestionado negocios total o parcialmente ajenos. El padre advierte que su ex esposa utilizó "una maniobra extorsiva o de coacción" respecto de su propio hijo, ya que lo obligó a declarar contra su progenitor. En su escrito, el padre señala que su hijo vive con su madre y se encuentra bajo la influencia de ella. Es decir, el padre acusó a la madre de incurrir en fraude procesal por utilizar a su hijo en el caso. También expresa que, durante todo el período por el que se solicitó la rendición de cuentas, el hijo fue menor de edad y advierte que resuelta procedente aplicar las mayores garantías que el Derecho concede a la tutela del interés superior del menor correspondiendo rendir cuentas de lo actuado por su madre.

El demandante acusó a su ex esposa de invertir en "gastos superfluos" el destino del peculio del menor. *"El dinero no fue destinado a mi hijo y sostuvo todo el presupuesto del hogar y el de su madre, dejándose de cumplir con el pago de tributos referentes a los bienes que su madre administra"* (ProfesionalesUY, 2019), señala la sentencia.

Al igual que su exesposa, el padre también apeló el fallo. Entendió que la magistrada, además de obligar a la madre a rendir cuentas de las pensiones alimenticias recibidas, debía hacer lo mismo sobre la administración de los bienes del hijo de ambos.

La madre respondió a los cuestionamientos hechos por su excónyuge señalando que su hijo se presentó en el juicio en forma legítima, ya que había cumplido la mayoría de edad y estaba de acuerdo con la administración de la pensión alimenticia y de sus bienes. El Tribunal de Apelaciones de 1er Turno, por unanimidad, confirmó el fallo de la jueza Diperna al señalar que la argumentación de la madre carece de recibo.

El Tribunal recordó que el artículo 47, inciso tercero del Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA), establece en su primera parte que el obligado a prestar alimentos podrá exigir de la persona que administre la pensión alimenticia, rendición de cuentas sobre los gastos efectuados para los beneficiarios. El fallo señala que cuando el juez perciba que la pensión es insuficiente, no obligará a la madre a rendir cuenta.

"Pero cuando el juez constata que se trata de una cantidad de dinero apreciable, debe mandar estrechamente a rendir cuentas" (ProfesionalesUY, 2019), expresa el Tribunal de Apelaciones.

Los ministros también expresaron que "resulta indiferente" que el hijo apruebe la rendición de cuentas del madre porque "el dinero que se administró no le pertenecía a él sino al obligado (el padre) al pago del servicio pensionario".

El sistema judicial Español tiene similitudes en materia de alimentos con nuestro ordenamiento como así también algunas diferencias, consideran la obligación alimentaria como el deber impuesto a una o varias personas de asegurar la subsistencia de una u otra, suponiendo la conjunción de dos partes: una acreedora que se llama alimentista, que tiene el derecho a exigir y recibir los alimentos, y otra deudora llamada alimentante, que tiene el deber legal y moral de prestarlos. La pensión de alimentos comprende todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación e instrucción del alimentista.

“La obligación, cuantía y forma de pago de la pensión de alimentos puede ser acordada de mutuo acuerdo por los cónyuges cuando pactan el convenio regulador, o venir impuesta por la sentencia que se dicte en los procedimientos de separación o divorcio contencioso. Los padres tiene el deber de contribuir a los alimentos de los hijos ya sean menores de edad, ya mayores en período de formación y sin ingresos

propios que les permitan hacer una vida independiente. La pensión de alimentos no se extingue cuando los hijos cumplan la mayoría de edad, sino que continúa la obligación de pago mientras se estén formando, pongan de su parte en los estudios y no tengan recursos económicos propios. Cuando los hijos son mayores de edad y tienen derecho a seguir percibiendo la pensión de alimentos no es aconsejable que se les abone directamente a ellos la pensión, si la sentencia o convenio regulador estableció que la entrega de dicha cantidad debía hacerse al cónyuge." (Castillo, 2012)

La cuestión cuando los hijos son menores de edad es clara, pero cuando existen hijos mayores de edad que viven en el domicilio familiar y carecen de recursos propios, el cónyuge con el que convivan estará legitimado para reclamar la pensión de alimentos que le correspondan. El progenitor, por tanto, que recibe la pensión de alimentos lo hace como pago delegado, con la inexcusable obligación de invertir y repercutir su importe en las necesidades de ese hijo mayor, siendo ese progenitor perceptor el único legitimado para interponer posibles procedimientos judiciales para reducir, aumentar o extinguir la cuantía de la pensión.

La exigencia de alimentos no tiene carácter retroactivo, por lo que no se puede condenar a cantidad alguna sino desde la fecha en que se interponga la demanda en caso de los hijos menores de edad o desde que se dicta la sentencia en caso de hijos mayores de edad. Aunque existe la posibilidad de que se hayan acordado medidas previas a la demanda de divorcio o separación, lo que se debe de tener en cuenta para determinar desde cuando surge la obligación de pago. La reclamación de cantidades derivadas de la pensión de alimentos prescribe a los 5 años.

La cuantía de la pensión de alimentos debe ajustarse principalmente a las posibilidades económicas del obligado a prestarlos y a las necesidades de los descendientes, aparte de otras circunstancias concretas. Es por esto que, la determinación de la cuantía es proporcional a los recursos de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

En España existe un baremo orientador no vinculante y aplicable por todos los operadores jurídicos a nivel nacional para determinar las cantidades que deben de abonarse en concepto de pensión de alimentos en los procesos de familia.

La pensión de alimentos podrá aumentarse o disminuirse en atención al cambio de circunstancias que con el tiempo se vayan produciendo en el obligado a entregarlos y el perceptor de los mismos. La modificación de la cuantía de la pensión debe hacerse mediante el correspondiente procedimiento judicial de modificación de medidas, permaneciendo la cantidad fijada en un principio hasta que no se dicte la nueva sentencia. Cuando el progenitor custodio o no, carece de medios económicos para instar una modificación de la pensión de alimentos o una suspensión de la obligación del pago, es decir, no tiene recursos para contratar a un abogado y un procurador, cuya intervención es necesaria, puede solicitar justicia gratuita.

La pensión o cuota alimentaria dejará de brindarse en los siguientes casos:

1. Por muerte del alimentista.
2. Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.
3. Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.
4. Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiere cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación.
5. Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.

El incumplimiento de la obligación de prestar alimentos (incluidas las actualizaciones conforme al IPC y el pago parcial de la pensión de alimentos) conlleva el inicio del procedimiento de ejecución sobre los bienes del obligado a prestarlos e igualmente puede generar responsabilidades penales, ya que el impago de la pensión compensatoria durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos puede llevar consigo, al igual que el impago de la pensión compensatoria, la comisión de un delito de abandono de familia que está castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de 6 a 24 meses. Además constarán antecedentes penales por la comisión de este delito.

CONCLUSIÓN

El principio del interés superior del niño no es nuevo y su aparición en el derecho internacional es tributaria del extenso uso que de este principio se ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de derecho codificado. El análisis comparado de la evolución de los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos revela una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos.

La Convención contiene "principios" que, a falta de otro nombre, son considerados estructurantes, entre los que destacan: el de no discriminación (art.2), de efectividad (art.4), de autonomía y participación (arts.5 y 12), y de protección (art 3). Estos principios, son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia. Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos. Considerando de este modo la idea de "principios", la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto quiere decir que, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades.

A nivel privado, el interés superior del niño remite a las decisiones que toman los adultos respecto de los niños, debiendo hacer prevalecer el máximo nivel de bienestar posible. Esta consideración de tipo individual involucra al Estado como garante último de las condiciones para que los adultos responsables puedan realizar el interés superior del niño. Es decir que el interés superior del niño presenta, sobre todo, una dimensión pública, en función de la cual toda decisión judicial y administrativa, toda provisión de servicios que afecte a los niños debe tener en cuenta su interés superior. Esto incluye tanto las medidas que impactan directamente sobre los niños, como las medidas

indirectas que tienen impacto en sus condiciones de vida. Sin embargo, la falta de contenido sustancial del interés superior del niño introduce un alto grado de subjetividad, que se refleja en los dos niveles de responsabilidad identificados. En el ámbito privado, la noción de bienestar se verá influenciada por la situación económica, social y cultural de la familia y la biografía o trayectoria familiar. Así, el interés superior del niño será interpretado a la luz de las circunstancias que caracterizan la situación particular. Por su parte, la tradición política de un Estado, las instituciones existentes, los recursos económicos, entre otros, tendrán una fuerte repercusión en el tipo de políticas públicas que se implementarán para proteger a los niños. Se corre así el riesgo de vaciar de contenido al principio.

La sanción de la ley 13.944 significó un importante desarrollo y una gran solución al vacío legislativo del que hasta 1951 padecía el Derecho Penal argentino en cuanto al incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Esta ley, no sólo implementó una real innovación en su momento, ya que abarca como sujetos activos del delito que describe y sanciona, no sólo a los padres respecto de sus debes para con los hijos, sino también a los hijos, los adoptantes y adoptados, los tutores, los curadores y guardadores, y el cónyuge (art. 2°). A esto debe agregarse la expresa consideración prevista en el art. 3° que advierte la no eximición de responsabilidad en caso de que existan otras personas también obligadas a prestar asistencia a los posibles sujetos pasivos.

Además, permite que el ejercicio de la respectiva acción penal sea autónomo, lo cual redunda la posibilidad de una más rápida o expeditiva respuesta judicial, al no requerir como condición parar su tramitación en sede penal, el previo dictado de una sentencia en el fuero civil.

En el año 1991, por la ley 24.029, el ámbito de aplicación de la ley en cuestión se extendió aún más al considerar como sujeto activo al “insolvente alimentario fraudulento” en el art. 2° bis, para quien prevé una mayor sanción (de uno a seis años de prisión, sin la posibilidad de que pueda aplicársele la pena de multa).

Sin perjuicio de todo esto, mucha gente se ha mostrado poco conformes con algunos de los términos de la ley 13.944 que harían de ella una norma de escasa utilidad en la práctica. La gran mayoría objeta la inclusión de la prisión como posible pena a aplicar, dado que su aplicación torna prácticamente imposible el cumplimiento de la obligación pendiente, perjudicándose aún más así la situación del sujeto pasivo, prolongando

asimismo el estado de inasistencia que padece. Pese a que tales críticas desde el inicio de la vida de la ley 13.944, no ha habido ninguna reforma o propuesta de reforma que haya intentado salvar aquellas falencias.

Los términos de la ley son abstractos, resultando imposible para el legislador prever la totalidad de los múltiples supuestos que pueden presentarse. Resulta de evidente importancia en tales supuestos la tarea del juez de apreciar el caso concreto evaluando la adecuación y tipicidad del supuesto en estudio a la figura descripta por la norma. Pero también se evidencia la necesidad del ejercicio del rol del legislador como observador de la realidad y de consecuente renovación de las disposiciones legales a los peculiares ángulos que esa realidad, de por si cambiante, impone, a fin de impedir, que tales particularidades tornen engañosa la posibilidad de aplicación de tales normas jurídicas.

De las ideas expuestas se desprende que desde la ratificación de la Convención existe una absoluta equivalencia entre el contenido del interés superior del niño y los derechos fundamentales del niño reconocidos en el Estado de que se trate. De este modo es posible afirmar que el interés superior del niño es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos. Por su parte, la formulación del principio en el artículo tercero de la Convención permite desprender las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.

En mi opinión, en primer lugar, se debería establecer una mayor protección sobre los hijos, más aún aquellos que se encuentran en situación más complejas. Es cierto que la Ley 13944 introdujo un gran avance en materia de alimentos. Sin embargo, desde mi punto de vista esto no es suficiente, ya que se debería establecer una cobertura mayor, teniendo en cuenta los factores particulares de cada caso, consideran aun más en los hijos mayores de edad el derecho a percibir una pensión de alimentos sin establecimiento de un límite temporal o edad máxima para ser acreedor de una pensión

alimenticia, siempre y cuando se cumplan con los presupuestos objetivos previstos en la ley para el nacimiento del derecho, con la finalidad principal de evitar una situación de fraude o aprovechamiento indebido.

Establecer un sistema que controle cada situación en particular para evitar insolvencias fraudulentas, poniendo como eje principal el interés superior del niño. Analizar la situación de padre o el obligado a la hora de afrontar dicha obligación y generar un fondo protectorio en el caso de desempleo o de falta de recursos, ya que más allá de que el incumplimiento será del padre, el mayor afectado siempre será el niño, niña o adolescente.

En cuanto a la exigibilidad de la prestación de alimentos considero que no debería estar supeditada a la interposición de demanda o el inicio del juicio, sino que se debería obligar al alimentante a satisfacer la deuda desde el momento en que se pueda probar su conocimiento sobre la situación precaria del niño, niña o adolescente, como por ejemplo a través de reclamaciones extrajudiciales, documentación, etcétera.

En cuanto a la efectivización de la obligación, darle mayor alcance a la ley penal 13944 ya que mas allá de que esta dispone una pena de prisión o multa, son escasos los casos en los que realmente el obligado, en este caso, incumplidor, cumple con la pena ya sea con prisión o con una suma de dinero. Además, por lo general, los procesos tienden a ser demasiados largos o poco eficaces en cuanto al tiempo de resolución, cosa que sigue dilatando el fin principal de la demanda, que es la necesidad del niño, niña o adolescente.

Por último, considero que será fundamental respetar de manera obligatoria el interés superior del niño, y ponerlo como eje rector de cualquier resolución o dictamen. Ya que muchas veces, aunque la sanción o pena caiga a manos del incumplidor, siempre será el ñiño, niña o adolescente, quien indirectamente se verá afectado.

Bibliografía:

Castillo, I. (Agosto de 2012). *Mundo Jurídico*. Recuperado el Agosto de 2012, de mundojurídico.info: https://www.mundojuridico.info/pension-alimentos/

Clarín, D. (27 de Junio de 2019). *www.clarin.com*. Recuperado el 27 de Junio de 2019, de Diario Clarín: https://www.clarin.com/sociedad/impiden-chofer-renovar-licencia-conducir-pagar-cuota-alimentaria_0_mJIAu75yT.html

Herrera, M. (2015). *Manual de Derecho de Familia .* Buenos Aires: Abeledo Perrot .

jurídico., T. e. (25 de Agosto de 2014). *www.tuespaciojurídico.com*. Recuperado el S/D de S/D de S/D, de Tu espacio jurídico: https://tuespaciojuridico.com.ar/tudoctrina/2014/08/25/lineamientos-y-alcances-de-la-ley-13-944-y-la-figura-penal-que-tipifica-el-delito-de-incumplimiento-de-los-deberes-de-asistencia-familiar/#:~:text=Dice%20la%20norma%3A%20%E2%80%9CSer%C3%A1%20reprimido

ProfesionalesUY. (Mayo de 2019). *ProfesionalesUY*. Recuperado el Mayo de 2019, de https://profesionales.uy/abogados/que-es-la-pension-alimenticia-en-uruguay/

Roveda, M. . (2016). *Manual de Derecho de Familia .* Buenas Aires : Abeledo Perrot .