



“EL INCUMPLIMIENTO AFECTIVO DE LOS PADRES NO CONVIVIENTES EN EL CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS “

ALUMNO: JUAN IGNACIO ESCUDERO

TUTOR: DRA. MONICA R. SEA

TITULO A OBTENER: ABOGADO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

CARRERA: ABOGACIA

LOCALIZACION NORTE

ABRIL DE 2020

Resumen

El nuevo Código regula una institución conocida con anterioridad como patria potestad y presentada ahora como responsabilidad parental, la cual integra un conjunto de derechos y obligaciones a ejercer principalmente por los progenitores, o por las personas designadas a tal efecto (tutores, curadores) sobre los niños, niñas y adolescentes. El plexo normativo vigente implica otorgar el máximo cuidado y protección al niño, niña o adolescente, enalteciendo el principio del interés superior del niño, el cual se encuentra consagrado a nivel internacional, y ahora también, a nivel nacional.

En tal sentido, el presente trabajo analizará la introducción de este instituto en el nuevo Código Civil y Comercial, la doctrina dictada al respecto. Ello, a los fines de analizar qué sucede ante el supuesto de que el titular de la responsabilidad parental no desee mantener relación con el niño, pero afronte los gastos de la obligación alimentaria.

Índice

Resumen.....	1
Estado de la Cuestión.....	6
Marco Teórico.....	6
Objetivos.....	8
Objetivo general.....	8
Objetivos específicos.....	8

Hipótesis.....	9
Introducción	10
Capítulo 1: Principios del Derecho de Familia	11
Introducción.....	11
1.1. El orden público, la autonomía de la voluntad y la solidaridad como principios del Derecho de Familia	12
1.2. La constitucionalización del Derecho privado y la influencia de los Tratados Internacionales	23
1.3. El interés superior del niño en el Código Civil y Comercial	28
1.4. La labor del Juez en materia familiar.....	31
Capítulo 2: La Responsabilidad Parental. Aspectos generales	34
Introducción.....	34
2.1. La Responsabilidad Parental.....	34
2.1.1. Definición de la figura	34
2.1.2. Principios que rigen la Responsabilidad Parental	38
2.1.3. Titularidad y Ejercicio de la Responsabilidad Parental	42
2.1.4. Deberes y Derechos de los Progenitores	45
Capítulo 3: La obligación alimentaria en nuestro ordenamiento jurídico argentino.....	52
Introducción.....	52
3.1. Obligación Alimentaria en el Código Civil y Comercial de la Nación	53
3.1.1. Evolución de la Obligación.....	53
3.1.2. Extensión de la obligación alimentaria en el régimen actual.....	57
3.1.3. Extinción	60
3.1.4. Principios rectores de la obligación	61

3.1.5.	Contenido de la obligación.....	63
3.1.6.	Modo de cumplimiento	66
3.1.7.	Legitimación activa.....	67
3.2.	Nuevos Supuestos	68
3.2.1.	Hijo mayor de edad y menor de 21 años.....	68
3.2.2.	Hijo menor de 25 años que se capacita	70
3.2.3.	Hijo no reconocido.....	70
3.2.4.	Hijo no nacido y su madre embarazada	71
3.2.5.	Hijos fuera del país o alejado de sus progenitores	73
3.2.6.	Reclamo a ascendientes.....	73
3.2.7.	Padre afín	74
3.2.8.	Ruptura del vínculo matrimonial o de la unión convivencial	76
Capítulo 4: Régimen de comunicación		77
Introducción.....		77
4.1.	Importancia del Régimen de comunicación y las consecuencias de un progenitor renuente a su cumplimiento	78
4.2.	Pautas para el Régimen de comunicación ante un progenitor renuente a su cumplimiento y la eventual responsabilidad civil por daño familiar.....	83
4.3.	Las astreintes como mecanismo idóneo para el cumplimiento del régimen de comunicación parental	86
Capítulo 5: Análisis de los daños derivados del incumplimiento de las obligaciones de la responsabilidad parental.....		98
Introducción.....		98
5.1.	Los daños que se generaran en el entorno familiar.....	99
5.2.	Daños y perjuicios irrogados por el incumplimiento de la responsabilidad parental.....	103

5.3. Daños derivados de la falta de comunicación con alguno de los progenitores	111
5.4. El interés superior del niño y su operatividad en las controversias familiares.	114
Conclusiones finales.....	120
Propuesta	124
Bibliografía	126

Estado de la Cuestión

La entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial introduce un nuevo concepto conocido con anterioridad como patria potestad y presentada ahora como responsabilidad parental, la cual integra un conjunto de derechos y obligaciones a ejercer principalmente por los progenitores, o por las personas designadas a tal efecto (tutores, curadores) sobre los niños, niñas y adolescentes. Presentada esta institución, y reconocida por la legislación la autonomía progresiva de estos sujetos, es interesante destacar los interrogantes que genera la relación entre ambas figuras, en los casos en que la ley no establezca explícitamente la primacía de una sobre la otra.

Así, el presente trabajo de investigación analiza la relación entre la nueva figura presentada por el Código Civil y Comercial como responsabilidad parental, las obligaciones y derechos surgidos de este instituto, y qué sucede en caso de incumplimiento de tales obligaciones.

Marco Teórico

El marco legal en que esta relación entre progenitor e hijo se desarrolla, nos permite analizar diferentes posturas doctrinarias donde importantes y reconocidos juristas especialistas en el derecho de Familia, plantean diferentes orientaciones en la relación responsabilidad parental – autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes.

Podemos citar algunas a favor de una armonización en esta relación, pero orientando la responsabilidad parental en función del desarrollo del hijo que permita una mayor autonomía para el ejercicio de sus derechos:

“No hay dudas de que este principio resignifica el fin de la responsabilidad parental enunciado en el artículo 638 del Código Civil y Comercial. Otorga un sentido claro a la finalidad de protección y formación integral que esa norma enuncia e impone un modo diferente al anterior ejercicio de “la autoridad paterna”. La protección y formación integral indefectiblemente deben concretarse a través de acciones de dirección y orientación de los hijos, para que

*estos, conforme al desarrollo de sus facultades, ejerzan los derechos garantizados”.*¹

También podemos citar a favor de una coordinación de esta relación:

*“Vale la pena mencionar que en los referidos Fundamentos del Anteproyecto, se dice que la regla de la autonomía progresiva de los niños ha permitido pasar de una noción de potestad o poder de los padres sobre los hijos a otra de responsabilidad; cuyo ejercicio requiere tener en consideración la previsión del art. 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece la directiva de que los padres deberán impartirle a sus hijos, de conformidad con la evolución de sus facultades, la dirección y orientación apropiadas para que estos ejerzan los derechos que dicha Convención les reconoce”.*²

Es importante destacar que si bien la mayoría de la doctrina, en mayor o menor grado acuerda en una armonización o coordinación entre la responsabilidad parental – capacidad progresiva, hay una parte que en un extremo, está a favor de la denominada tesis negativa, que entiende a la responsabilidad parental como un conjunto de derechos-deberes, es decir no habría derechos en la cabeza de los progenitores, en palabras de Laurent, el padre “derecho propiamente no tiene”; “el padre no tiene más que obligaciones”. El hijo no es propiedad del Estado, como tampoco es propiedad de los que le dieron su ser; “se pertenece a sí mismo”.³

En otro orden podemos advertir doctrinas en que la definición de esta relación se manifiesta dentro de una revisión no ya de las relaciones filiales, sino familiares en lo que se denomina una verdadera “democratización” de las relaciones familiares, donde el concepto de autonomía progresiva es inversamente proporcional a la responsabilidad parental, ya que los niños como sujetos de derechos, gradualmente incorporan mayores competencias, asumiendo

¹ Lloverás, N., Orlandi, O. y Tavip, G. Principios generales de la responsabilidad parental. Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2014.

² Mizrahi, M. L. *Responsabilidad parental*. Buenos Aires, Argentina, Astrea, 2015

³ Mizrahi, M. L. Op. Cit.

responsabilidades con la consiguiente disminución de la necesidad de dirección de los padres.⁴

Objetivos

Objetivo general

El objetivo general del presente trabajo consistirá en analizar la relación entre las obligaciones y la responsabilidad parental que presenta el nuevo Código y los supuestos de ausencia de contacto entre el progenitor y el hijo.

Objetivos específicos

Los objetivos específicos consistirán en:

- examinar la figura de la responsabilidad parental, su concepto, la titularidad y el ejercicio;
- analizar la figura de la obligación alimentaria, en qué consiste, su extensión y extinción;
- analizar el modo de cumplimiento de la obligación alimentaria, así como también los nuevos supuestos introducidos por el Código Civil y Comercial;
- examinar el régimen de comunicación vigente entre progenitor e hijo;
- analizar la sanción en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas de la responsabilidad parental;
- analizar los daños exigibles en caso del incumplimiento de los deberes derivados de la responsabilidad parental.

⁴ Pellegrini, M. *Comentarios art. 638 al 704*. Buenos Aires, Argentina, Infojus, 2015.

Hipótesis

La hipótesis por confirmar, o descartar, será que la recepción en el nuevo Código de la figura responsabilidad parental, aunque integra un nuevo paradigma en las relaciones jurídico-familiares no contempla una sanción en caso de que el progenitor no cumpla con los regímenes de comunicación y visitas y, por ende, atenta contra los principios de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, emanados de convenciones internacionales a los que la nación está adherida.

Introducción

El Código Civil, ya derogado, trataba de armonizar las relaciones familiares, ahondando por el respeto a la institución familiar. Ahora bien, el Código Civil y Comercial también efectúa estas distinciones y extiende el respeto a las nuevas formas de familia como así también aboga por mantener las relaciones entre progenitores e hijos en caso de disolución del vínculo matrimonial o de la extinción de la unión convivencial.

Respecto de las relaciones entre padres e hijos, el Código estipula un nuevo régimen en reemplazo de la patria potestad, conocido como responsabilidad parental, a través del cual se implementan nuevas disposiciones que receptan las normas de derecho internacional, propugnando el respeto por el interés superior del niño.

Así, el presente trabajo analizará la nueva figura presentada por el Código Civil y Comercial como responsabilidad parental y qué sucede en caso de que quienes ostentan esa responsabilidad, incumplan sus obligaciones. Además, se ahondará sobre las sanciones que se imponen ante este tipo de problemáticas.

La institución de la responsabilidad parental, refleja ciertamente la tendencia doctrinal sobre las nuevas relaciones jurídicas entre progenitores e hijos y dentro de esa formulación el reconocimiento de las obligaciones que los progenitores o tutores no pueden desconocer.

La relevancia jurídica de este trabajo integra la revisión de esta relación, en especial aquellos aspectos en que la legislación solo establece una pauta de orientación para quienes ostentan la responsabilidad parental de niños, niñas y adolescentes. Máxime cuando en el caso de padres separados o divorciados se sucede que alguno de ellos no da cumplimiento a las obligaciones parentales impuestas por la legislación vigente.

Capítulo 1: Principios del Derecho de Familia

Introducción

La evolución social ha permitido el fomento de nuevas acepciones que desde el ámbito jurídico se posee del grupo familiar, iniciado con una perspectiva pluralista que hace posible extender su conceptualización clásica, que aún se halla receptada en la mayor parte de las compilaciones jurídicas civiles y de familia. Previamente se atendía únicamente a la familia nuclear, pero la noción de familia no debe ser comprendida de modo cerrado, sino de conformidad con el lineamiento rector de la pluralidad, dado que, en una sociedad plural, no se permite tener un exclusivo y absoluto criterio de la familia, señalándola solamente como aquella que deviene del nexo matrimonial.

En virtud de la dinámica social, y el derecho en cumplimiento de su propósito regulador de la conducta humana, en la Nación con la entrada en vigor de un nuevo texto sustantivo civil, se acogen las novedosas formas de familia, como parte de la protección que la Carta Magna hace a este elemento sustancial de la sociedad, para la formación de ciudadanos integrales. Surge así un cambio del arquetipo tan antiquísimo que se mantenía en el ordenamiento jurídico y que no resultaba conteste con la experiencia social, ahora bien, es necesario el estudio de las consecuencias que este nuevo paradigma trae aparejado en relación con las instituciones y principio propios del derecho de familia.

Puntualmente se intenta determinar si el orden público en el ámbito de familia es igual al que se tenía previo a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, o si en sentido adverso ha cambiado en relación con la extensión del perímetro de orden público y de la soberanía de la autonomía de la voluntad.

En razón de que diversos preceptos normativos relacionados con el tema del derecho de familia han sobrellevado modificaciones extremas, tal es el caso de un sistema exclusivo patrimonial en el matrimonio, se ha alterado hasta dar cabida de seleccionar el régimen que ha de imperar durante la vinculación. Se da apertura a la disolución del nexo matrimonial fundado en el deseo de uno o ambos de los consortes que puede manifestar o no la causa que lo impulsa, el ordenamiento jurídico recepta un régimen que deja de lado el hecho de que las uniones convivenciales se determinen por la autonomía de la intención y le otorga un régimen

reglado en el cual se les limita su libertad para ser subordinado a los parámetros del orden público.

En el presente capítulo de forma breve y concisa se explanan las nuevas formas de familia a la luz del cambio de paradigma que ha introducido la nueva legislación sustantiva en materia civil y comercial, los fundamentos que motivan dichas alteraciones del ordenamiento jurídico y sus efectos en relación con instituciones tan rigurosas como el orden público.

1.1. El orden público, la autonomía de la voluntad y la solidaridad como principios del Derecho de Familia

La democratización de la existencia particular se relaciona con la determinación de vinculaciones autónomas e iguales entre los sujetos y de regímenes de orden que no se encuentren estipulados por medio de convenciones rigurosas, fundados en la capacidad de complementación de los roles. Sino en la especificidad de cada uno, conforme con las aptitudes de cada individuo y teniendo en consideración las facultades que cada sujeto posee para desplegarlas allende de ser hombre o mujer. La democratización de las formas de familia posee en su núcleo la elaboración de situaciones en las cuales la persona puede progresar con sus habilidades y expresar su ser.

Un propósito esencial de cada persona es que cada sujeto ha de estimar y considerar las aptitudes de los otros, tanto como su capacidad de cognición e incremento de sus cualidades. En el tema en desarrollo hace referencia a la aceptación de la diversidad de modos en los que el grupo familiar se estructura. Ello abarca, desde familias con dos miembros únicamente hasta aquellas donde se convive con la generación anterior o aquellas relaciones afectivas donde lo decisivo ha sido la convivencia como si fuesen marido y mujer pero sin haber celebrado una unión matrimonial, pero igualmente se logra conformar una familia estable que es digna de tutela por parte del ordenamiento jurídico⁵.

⁵ Herrera, M. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2015, AR/DOC/416/2015

Para iniciar el orden público es la figura de las que se sirve el cúmulo de derecho para amparar y asegurar por medio de la restricción de la autonomía de la voluntad, la eficacia ineludible del provecho colectivo, de forma que se superponga ante los beneficios individuales.

Para consumir con el propósito de resguardar y dar preminencia al interés del grupo social, frente al riesgo de que los individuos pudiesen vulnerarlo u obstaculizar su firmeza. El orden público crea consecuencias en el derecho preestablecidas por el régimen, que obran como restrictivos de la libertad del elemento volitivo, tales como la imperatividad de los preceptos normativos, la irrenunciabilidad de las potestades⁶.

En el ámbito jurídico familiar la voluntad individual se encontraba más limitada por las pautas de orden público, que en los demás ramas del quehacer jurídico privado, las que en este tema poseen una relevancia esencial, por la tutela específica que se confiere a la familia, en virtud de que esta es la unidad elemental de la estructura social⁷. El interés puntual que posee el aparataje estatal en los nexos familiares, establece que las pautas de familia usualmente sean imperiosas e ineludibles, orientadas a la materialización del provecho común. Sin embargo aun cuando los preceptos de orden público son el parámetro general en el derecho de familia, hoy en día hay un mayor campo para la autonomía de la voluntad, se mantiene una activa participación de los organismos estatales con la implementación de límites a esa independencia en las actuaciones de los sujetos, en pro de velar por el bienestar familiar⁸.

En el nuevo basamento normativo la directriz del derecho de familia continúa siendo que los nexos familiares de derecho se ordenan por las previsiones de orden público o pautas imperativas, la salvedad son las estipulaciones que posibilitan la autonomía de acuerdos o las subsidiarias. La jurisprudencia ha definido el orden público como el provecho de familia en los intereses humanos, no es más que la sumatoria de los beneficios particulares que se consideran precisos para la vida y manteniendo del núcleo familia, sin cuya presencia no es

⁶ Cardinaux, N. *La familia en Argentina*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2010, AR/DOC/439/2000

⁷ Medina, G. *El proceso de familia en el código unificado*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2015, AR/DOC/426/2015.

⁸ González, M. *Desafíos del derecho frente al proceso de reinversión de la familia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2005, AR/DOC/2984/2005

posible vislumbrar la sociedad, dado que su propósito es la misma existencia, tiene como labor el llenar cada uno de los requerimientos básicos de la vida.

Ha de tenerse en consideración que en la disciplina jurídico familiar debe poseer un balance equitativo del interés familiar general y del interés familiar individual. De acuerdo con lo estipulado en el Código Civil y Comercial hay una mayor preponderancia de la autonomía de la voluntad tanto en los nexos patrimoniales como personales.

Se observa así una mayor inclinación a ese margen de libertad, a la que la legislación le afirma una relevancia ascendiente, que se comprueba con los cambios que han sufrido las diversas instituciones que abriga esta rama jurídica. Desechando de este modo, la rigurosidad que las caracterizaba, para ser coherentes con la experiencia social, y comenzar a regular un conjunto de situaciones que se hallaban desatendidas en el ámbito jurídico⁹.

En principio ha de mencionarse el cambio sufrido por el matrimonio, en el cual no se permitía la disolución de este vínculo sino hasta la entrada del texto normativo civil anterior, en el cual se estipula el divorcio vincular para extinguir un nexo jurídico cuando ambos consortes así lo acordasen. Ahora bien, el cambio de esta institución radica en que se permite a la luz del nuevo cuerpo de orden, una disolución del vínculo matrimonial de forma unilateral, esto es cuando solo uno de los consortes lo gestione, por medio del calificado divorcio exprés, que no precisa que se determinen las razones que impulsan la ruptura nupcial.

Se mantiene la monogamia, la probabilidad de mantener sincrónicamente el nexo matrimonial con diversas mujeres conlleva a una obligatoria disparidad, ya que en referencia con el hombre que posea varias consortes al mismo tiempo, un supuesto en el que cada cónyuge se vincula única y totalmente a su esposo, empero este se une de forma parcial a ellas¹⁰.

La paridad entre los miembros de la relación deviene del artículo 402 del Código Civil y Comercial de la Nación¹¹ que indica que ninguna disposición es susceptible de ser analizada

⁹ Castel, R. *La metamorfosis de la cuestión social*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 1999, AR/DOC/974/1999

¹⁰ Mazzinghi, J. *El Código Civil y Comercial y las relaciones de familia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2015, AR/DOC/1266/2015

¹¹ Artículo 402 del Código Civil y Comercial, 2014.

ni empleada con el objeto de restringir o eliminar la igualdad de potestades y deberes de los miembros del vínculo matrimonial, y a las consecuencias que de este se generan, sea conformado sólo o entre dos personas. Previo a la sanción del Código Civil y Comercial, había distingos jurídicos autoritarios entre las facultades del hombre y de la mujer, manifestaciones puntuales de esto es que la dama jamás podría conceder su apellido en primer lugar a sus hijos nacidos dentro de la esfera matrimonial. Este hecho se ha alterado con la Ley 26.994¹² que hace posible que cualquiera de los miembros de la unión otorgue su apellido a los niños en primer lugar.

Con igual significación resaltan las uniones convivenciales que encuentran su regulación en este reciente cuerpo normativo, y se le confiere un conjunto de potestades y garantías para su resguardo, aun cuando estas se caracterizan por ser un nexo voluntario entre dos personas que hacen vida común como si fuesen esposos, pero no media el vínculo matrimonial. Es decir se caracteriza por la carencia de formalidades, ello no descarta que genere consecuencias jurídicas¹³.

Sin embargo, una vez transcurrido dos años de prolongación de este nexo afectivo factico, comienzan a imperar en ellos las previsiones de orden público que han sido introducidas en el nuevo arquetipo jurídico civil. Así se estipula a esta modalidad de familia el acordar el régimen patrimonial que ha de regirlos, en el cual se determine puntos tan puntuales como la designación de la vivienda de familia finalizada la unión, sino se ordenará por los preceptos abstractos de la Ley conforme los indica el artículo 514 del Código Civil y Comercial de la Nación¹⁴.

Todas las prerrogativas estipuladas para la ruptura de la convivencia, contempladas en el título de las uniones convivenciales, son capaces de ser obviadas o eliminadas por el acuerdo convivencial, en despliegue de la libre voluntad.

Únicamente se establecen dos consecuencias posibles posteriores a la disolución del vínculo que son la concesión de la vivienda que señala el artículo 526 del Código Civil y Comercial

¹² Ley Nacional N° 26.994, 2005.

¹³ Medina, G. (2015). *Orden público en el derecho de familia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2015, AR/DOC/3974/2015

¹⁴ Artículo 514 del Código Civil y Comercial, 2014.

de la Nación¹⁵ o luego del fallecimiento en los términos de los artículos 524 y 525 del Código Civil y Comercial de la Nación¹⁶, potestades estas que pueden ser dimitidas por los miembros de la pareja a través del acuerdo de convivencia.

De las organizaciones familiares, no hay otra como el grupo familiar homoafectivo, que extingue el arquetipo de la heterosexualidad en el matrimonio, o al menos lo hace en el ámbito de las uniones convivenciales, ha conformado con el devenir de los años un escudo que resultaba inquebrantable en el derecho de familia, empero luego en algunas naciones han sido eliminados. El reconocimiento que se hace a las vinculaciones homoafectivas, permite que estos sujetos conformen una familia en la cual ambos ostenten las prerrogativas y obligaciones propias de cada pareja. Se recepta conjuntamente en la legislación actual los nuevos mecanismos de procreación humana asistida, en la cual el bebé gestado por medio de estas técnicas ostenta un lazo filial con los sujetos que han comisionado a la mujer gestante para que en su vientre forme el nuevo ser hasta el alumbramiento¹⁷.

Puede el niño fecundarse con el aporte genético de los sujetos que desean ser padres, o a través de la donación de gametos, y en tal caso ni los donantes ni la gestante poseen un nexo filial con la criatura, dado que el elemento de determinante de esa filiación, es la intención de concebir un nuevo ser que únicamente ostentan los comitentes. Como se observa las clásicas figuras del derecho de familia se conservan, pero para su subsistencia, las mismas se han adaptado a los cambios sociales, las acepciones de familia y matrimonio se han extendido, y se ha dado una importante estimación a la voluntad del individuo de formar parte o no de estas.

En cuanto a la responsabilidad parental, diverge en la contemporaneidad de la vetusta conceptualización de patria potestad, en razón de que ya no versa sobre el criterio de los hijos como objeto de tutela, sino como entes de derecho en formación, sumergidos en una experiencia que se soporta en el lineamiento rector de la democratización de la familia y de la estimación de los niños en su carácter de entes jurídicos plenos.

¹⁵ Artículo 526 del Código Civil y Comercial, 2014

¹⁶ Artículos 524 y 525 del Código Civil y Comercial, 2014

¹⁷ Cardinaux, N. *La familia en Argentina*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2010, AR/DOC/439/2000

Las directrices son reglas destinadas al operador de justicia para que subsuma el supuesto factico en precepto abstracto, es decir, para que partiendo de esa puntual disposición dirimirá la controversia, por expresarlo de un modo, creando una norma jurídica individualizada cada vez. Lo que comporta una afirmación por parte del creador normativo, de sus restricciones, en el orden que no puede solventar todos los casos, y que ha de entregar confianza al juez para tome las pautas más idóneas¹⁸.

En el caso puntual de la solidaridad jurídica esta se vislumbra como un lineamiento legítimo, que deviene de la convergencia entre requerimiento y posibilidad, se presenta entre sujetos que poseen algo en común, entre individuos que la legislación estima que integran una vinculación de derecho, por la que el requerimiento de uno ha de converger con la posibilidad del otro.

No versa en la paridad de aportes, sino de paridad de la circunstancia que los unen, desde la cual se genera el deber de solidaridad, esa paridad de hecho se manifiesta íntegramente en el grupo en el cual el sujeto crea esencialmente sus nexos sociales, completa sus requerimientos básicos y obtienen la dirección primaria que hace posible todo su progreso presente y futuro. La institución de la familia ha descartado algunos de los objetivos que le resultaban fundamentales como el de la fidelidad matrimonial, el de la cohabitación matrimonial obligatoria, se ha modificado por el lineamiento rector de la autonomía, empero conserva conexión en razón de la noción de solidaridad.

Frente a la transformación de la familia por la afirmación del lineamiento rector de autonomía del elemento volitivo y de la consideración a la libertad personal, la directriz que se observa como conectivo y que da vinculación a la familia es el de la solidaridad de los integrantes que la conforman. En este orden de ideas, el amparo constitucional que se confiere a la familia ha de ser analizado desde este principio, que se constituye como una pauta esencial en pro del avance del carácter de las personas¹⁹.

Del nuevo cuerpo normativo se desprende que la directriz de solidaridad se halla manifiesta tanto en los nexos conyugales como en las vinculaciones filiatorias. La potestad de alimentos

¹⁸ Doltó, F. *La causa de los niños*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2008, AR/DOC/904/2008

¹⁹ Pinto, G. *Los derechos de niños, niñas y adolescentes y la defensa jurídica*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2011, AR/DOC/198/2011

es el ejemplo más notorio del principio de solidaridad en el grupo familiar, indubitadamente se vislumbra como un modo de amparar al cónyuge, al conviviente o al pariente que se halle en una situación de necesidad, a quien no le sea posible continuar sin el auxilio financiero del otro cónyuge, conviviente o pariente.

En el otro extremo el régimen económico matrimonial de comunidad es una manifestación de esa solidaridad familiar y del resguardo del acervo de la familia, por medio de los gananciales en la comunidad que hace posible adquirir la mitad de los bienes al cónyuge que no los adquirió.

La demostración excelsa de solidaridad familiar se halla en el régimen primario de los bienes, sistematizado en el Código Civil y Comercial con la denominación de disposiciones comunes a todos los regímenes. La Ley sustantiva acoge un cúmulo de preceptos, vinculados al aspecto patrimonial del matrimonio que se implementan de modo obligatorio a cada uno de los regímenes matrimoniales, de naturaleza convencional o por Ley, que posee como finalidad tanto garantizar un régimen solidario que comprometa a los dos consortes a llenar los requerimientos del hogar²⁰.

Que garantice a los beneficiarios crediticios, que esos créditos serán saldados con el peculio de los cónyuges, como amparar la vivienda de familia y los objetos que la conforman. Estos preceptos que evidencian la solidaridad familiar igualmente se encuentran en el régimen de bienes que es forzoso para la unión afectiva de hecho en sus artículo 519 al 522 del Código Civil y Comercial²¹. En síntesis, con el propósito de resguardar la comunidad de la existencia familiar, con autonomía de que se produzca al interior de un vínculo matrimonial o no, se estipulan consecuencias patrimoniales, esenciales, puntuales e imperativas que se sostienen en la noción de solidaridad.

En el compendio de preceptos legales que se estructuran sobre este principio poseen singular importancia tanto las que cuidan la vivienda familiar como las que velan por los objetos muebles que desempeñan una labor familiar y a los que por ello, la legislación subordina a

²⁰ Medina, G. *Orden público en el derecho de familia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2015, AR/DOC/3974/2015

²¹ Artículo 519 al 522 del Código Civil y Comercial, 2014

un sistema de orden específico, con autonomía del régimen patrimonial seleccionado por los consortes²².

Otro principio que se evidencia en la Ley sustantiva civil, es el de la autonomía progresiva que ha de imperar en el ámbito de niñez y adolescencia, dado que se incorporan concretamente preceptos que le confieren al sujeto en minoridad y le afirman capacidades a medida que se forma. En el artículo 25 del Código Civil y Comercial²³ distingue entre menor de edad y adolescente, indica que es menor aquel que no ha alcanzado los dieciocho años de edad.

En tanto que la adolescencia se verifica o se inicia a los 13 años y es fundamentalmente una etapa de cambios, es la que determina el periplo de evolución del niño en adulto. Es un lapso de transformación que posee aspectos singulares. Se denomina adolescencia en virtud que sus agentes son jóvenes y que todavía no alcanzan adultez, sin embargo ya no son infantes²⁴.

Es una fase de construcción de la identidad psicológica, filosófica y sexual, en la cual poseen un gran interés por temas novedosos, el saber y la obtención de la libertad personal, partiendo de esta premisa el texto civil le reconoce aptitudes acordes con el avance de su formación, que le permiten decidir por sí mismo en los diversos ámbitos de su existencia.

La acepción y papel de la niñez y la adolescencia está condicionada por la estructura social, política y cultural que cada comunidad evidencia dentro de un específico ámbito temporal y espacial. Por lo que aunado a la constitucionalización del derecho privado, se incluye en el cuerpo normativo actual el arquetipo que define la estimación actual de los niños y adolescentes indicada en los textos legislativos de la comunidad jurídica internacional²⁵.

El Código Civil y Comercial recepta la postura del niño como ente jurídico, y acoge el principio del interés superior del niño, de autonomía progresiva, la prerrogativa de ser escuchado y a que su criterio sea tomado en consideración, a la potestad de poseer dos

²² Cardinaux, N. *La familia en Argentina*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2000, AR/DOC/439/2000

²³ Artículo 25 del Código Civil y Comercial, 2014

²⁴ Junyent, P. *La palabra como derecho de niños y adolescentes*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2013, AR/DOC/3002/2013

²⁵ Gozaini, O. *El niño y el adolescente en el proceso*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2012, AR/DOC/610/2012

vínculos filiatorios, a el resguardo de su identidad y a los alimentos como prerrogativa humana esencial. El nuevo arquetipo de capacidad desecha el clásico dúo de capacidad-incapacidad y se sustenta en el lineamiento rector de naturaleza convencional y constitucional de la capacidad gradual de los infantes y adolescentes en el despliegue de sus potestades.

Los acápites primigenios del artículo 26 Código Civil y Comercial²⁶ señalan que el individuo en minoridad ejecuta sus potestades por medio de sus representantes legales. Sin embargo, aquel que posea el elemento etario y el nivel de discernimiento vasto, le es posible desplegar por sí las actuaciones que le acredite el cúmulo jurídico.

En circunstancias de pugna de intereses con quienes ejercen su representación legal, puede actuar con auxilio de un experto en derecho, el sujeto en minoridad ostenta la potestad de ser escuchado en cada procedimiento en sede administrativa o judicial que le incumba, así como a intervenir en las previsiones sobre su bienestar. Esta capacidad progresiva permite la mayor actuación de los niños y adolescentes en los dictámenes vinculados con su proyecto existencial, fuerza a estipular la manera de dirimir las controversias que puedan presentarse ante la injerencia o criterio de sus representantes.

La pauta general es la capacidad, toda vez que los niños o adolescentes posean el nivel de raciocinio y edad suficiente para decidir en el supuesto de hecho como lo indica el artículo 22 del Código Civil y Comercial²⁷. No obstante, este cuerpo normativo no descarta de todas las restricciones en razón de la edad, dado que como ya se ha enunciado emplea la edad de 13 años para señalar el inicio de la adolescencia.

Ubicarse dentro de la calificación jurídica de adolescente hace posible suponer que ha obtenido un determinado nivel de razonamiento para manifestar su criterio personal, ejecutar ciertas actuaciones y entender en razón de su participación. En este novedoso régimen ostenta importancia la acepción de aptitud, que está condicionada por el factor etario, pero muy puntualmente por la madurez, el raciocinio, las circunstancias de su formación, el entorno económico, social y cultural y el problema concreto que se esté ventilando entre otros. De

²⁶ Artículo 26 del Código Civil y Comercial, 2014

²⁷ Artículo 22 del Código Civil y Comercial, 2014

allí que la competencia se obtiene paulatinamente, y está vinculada específicamente a la sensatez y la capacidad intelectual e intencional del individuo²⁸.

En cuanto a los deberes parentales estos son el conjunto de obligaciones y potestades que poseen los progenitores en relación con sus hijos en minoridad y no emancipados, esta se halla diáfananamente estipulada en el artículo 638 del Código Civil y Comercial²⁹, el propósito de esta responsabilidad parental es la formación completa del niño en cada una de sus habilidades. Para la consecución de este fin, los textos legislativos prevén que los padres han de escuchar al niño, tener en consideración sus deliberaciones y concederle una aptitud gradual conforme con su nivel de discernimiento.

Corresponde así a los padres o a los representantes legales la obligación principal de la instrucción y la formación del infante, esta previsión es coherente con el artículo 27 del Código Civil y Comercial³⁰ en tanto estipula el deber no únicamente de los progenitores sino además del Estado, de procurar al infante los elementos vitales convenientes para su progreso físico, emotivo, espiritual, moral y social. Conformándose así un trinomio orgánico fundamental familia, Estado y sociedad en pro del bienestar infantil.

La concepción actual de la responsabilidad parental de conducir a los hijos ha de estar orientada a proveerlos de los instrumentos para que ellos, en la medida de su progreso y de sus habilidades, puedan ir ejecutando de modo paulatino las potestades en relación a las cuales son los legítimos propietarios. Dirigirlos ha de ser así, el escoltarlos en la ruta que los lleva de la obediencia a la plena independencia. Por esto es de total relevancia por un lado las pautas de conducción que trae el nuevo régimen de familia que son introducidas la Ley sustantiva unificada³¹. En referencia a su capacidad gradual, el factor etario es tomado en consideración por el cumulo de derecho en tanto que la dinámica de la existencia humana apareja la manifestación de alteraciones trascendentes en el individuo, que afectan su aptitud para actuar. Sin embargo, la habilidad de comprender y por tanto la de desear de modo

²⁸ Mazzinghi, J. *El Código Civil y Comercial y las relaciones de familia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2015, AR/DOC/1266/2015

²⁹ Artículo 638 del Código Civil y Comercial, 2014

³⁰ Artículo 27 del Código Civil y Comercial, 2014

³¹ Carranza, C. *La participación de los niños en los procesos de familia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2010, AR/DOC/823/2010

consciente, fundamental para actuar no es igual, obviamente en la niñez que en la juventud o adultez.

El aspecto gradual de este cambio comporta el requerimiento de ir extendiendo continuamente el perímetro de aptitud de actuar de los niños, en la forma que avanzan hacia la madurez y la capacidad intelectual y psicológica del niño. El cuerpo normativo recepta el lineamiento rector de la aptitud gradual y a mayor libertad se reduce la representación de los padres, pero únicamente para las actuaciones de derecho que estén concretamente señaladas, dado que la regla genérica es la falta de capacidad jurídica de los sujetos en minoridad. Por lo que aun cuando el niño sea maduro y que sus progenitores deseen afirmarle su capacidad paulatina, su aptitud se halla limitada para ciertos actos como enajenar bienes inmuebles a pesar de que sea el titular de los mismos³².

Igualmente se recepta esta noción de la capacidad progresiva del niño en el caso de procedimientos médicos, a partir de los 13 años tienen la potestad de determinar por ellos mismos si el sometimiento a esos medios terapéuticos, siempre que no sean invasivos, ni complican su condición clínica o generan un peligro cierto detrimento en su bienestar. En caso contrario de que comprometan su integridad física ha de requerir la presencia de sus padres en los términos del artículo 26 del Código Civil y Comercial³³

En síntesis, el ámbito jurídico familiar se exhibe con una nueva apariencia, más sensible con el quehacer humano, en cuyo contexto las modificaciones más importantes y evidentes como se enunció están vinculadas con la singularización que se hace al nexo matrimonial, la simplificación para su disolución como parte del principio de autonomía de la voluntad cuando ya no se desea compartir un proyecto de vida. La sistematización de las uniones afectivas de hecho que cuida la voluntad de hacer una vida común a pesar de no mediar una formalidad, por supuesto destacan las pautas relativa a la filiación, sobre todo cuando se permite el uso de técnicas de procreación humana asistida y la preeminencia de la voluntad gestacional como factor determinante de la filiación³⁴.

³² Martínez A. *Cuando el modelo social es parte del interés superior del niño*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2016, AR/DOC/2911/2016

³³ Artículo 26 del Código Civil y Comercial, 2014

³⁴ Mazzinghi, J. *El Código Civil y Comercial y las relaciones de familia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2015, AR/DOC/1266/2015.

El cambio más trascendente es la estipulación de parámetros en materia de niñez para entenderlos como sujetos de derecho dotados de una capacidad que avanza conforme lo hace su formación, como consecuencia de la sujeción a los instrumentos jurídicos de la comunidad internacional que se explanará a continuación.

1.2. La constitucionalización del Derecho privado y la influencia de los Tratados Internacionales

El texto normativo civil y comercial recepta las pautas internacionales sobre las prerrogativas humanas esenciales y las hace parte del derecho interno, este cuerpo de orden así tiene en consideración los convenios en general, en concreto las que versan sobre los derechos humanos y las consagra en la integridad del basamento constitucional. De esta forma modifica intensamente al acoger la constitucionalización del derecho privado, e instaura una colectividad de lineamientos rectores entres este, el puro texto normativo, y el ámbito jurídico público³⁵.

Sobre la base de esta innovación de la constitucionalización, el eje de gravitación del basamento de derecho se ha movilizado hasta la Carta Magna, por lo que ha de señalarse la directriz de constitucionalidad. Ello se debe a que la Constitución ya no es más una orden de ideal social o político, sino un auténtico orden normativo, y el lineamiento rector de la convencionalidad en virtud que los pactos sobre los derechos humanos ya no son únicamente relevantes en el régimen internacional, sino que igualmente en el orden interno.

La Carta Magna hace alusión a esta distinción confiriendo primacía a la defensa de los niños sobre los intereses de los adultos, dado que en su artículo 75 inciso 23³⁶, dispone el deber de crear normativas y fomentar pautas de actuación eficaces que aseguren la paridad cierta de oportunidades y de trato. El total disfrute y despliegue de las potestades consagradas por el máximo cuerpo de orden y por los instrumentos jurídicos internacionales en vigor sobre las prerrogativas propias al ser humano, en concreto referidas a los niños, mujeres y sujetos en discapacidad o cualquier otro grupo en una condición de vulnerabilidad.

³⁵ Jofré, G. *Los Niños y la Justicia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2012, AR/DOC/114/2012

³⁶ Artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional, 1994

El Código Civil y Comercial acoge la materialización puntual de los parámetros de la Convención sobre los Derechos del Niño³⁷, texto internacional que trasformó el discurrir histórico, en lo que atiende a su perspectiva acerca de la infancia y la adolescencia. Las potestades esenciales a los sujetos en minoridad comportan un asunto en el que las directrices del orden internacional se incorporan en el cumulo jurídico nacional. Así la Nación ha suscrito y ratificado Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que de este modo es fracción integrante del régimen de derecho interno, lo que en la realidad implica la exigencia de implementar sus pautas, incidiendo en responsabilidad en caso adverso³⁸.

En su introducción se rememoran los preceptos históricos, los que no hacen más que profundizar su vigor sobre los valores positivados de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad. Afirma con certeza que, en cada uno de los Estados del mundo, hay infantes que se hallan en situaciones extraordinariamente complejas. Por lo tanto, las potestades esenciales de los niños en el marco de los nexos familiares son un asunto que posee relevancia tanto desde el enfoque internacional como interno. En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³⁹ se encuentran las obligaciones para los hijos y los padres señalándose que todo individuo tiene la obligación de auxiliar, instruir y resguardar a sus hijos en minoridad.

Partiendo de lo anterior en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se ha previsto que cada niño posee el derecho a los mecanismos de resguardo que su estado de minoridad precise, por parte de su grupo familiar, de la sociedad y del Estado tal como se observa en el artículo 19⁴⁰.

Se observa que en los últimos años que la administración de justicia se inclina paulatinamente a conducirse con los principios de la Convención de los Derechos del Niño, sobre todo en lo que atiende a estimar al sujeto en minoridad como propietarios de la potestad a ser oídos, a quienes se les ofrezcan explicaciones sobre los asuntos que les incumban. Aun cuando fue

³⁷ Convención de los Derechos del Niño, 1989.

³⁸ Solari, N. *El derecho a la participación del niño en la Ley 26.061. Su incidencia en el proceso*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2005, AR/DOC/291/2005

³⁹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1789

⁴⁰ Artículo 19 Convención Americana de los Derechos Humanos, 1969.

firmada a finales de los años ochenta y ostenta la jerarquía constitucional para 1994 por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional⁴¹.

El artículo 4º de la Convención sobre los Derechos de Niño⁴² compromete a los Estados signatarios a estipular todas las previsiones administrativas, legislativas y de otra clase para dar eficacia a las potestades consagradas en dicho instrumento convencional. El gran beneficio de este texto fue el entender al niño como un ente jurídico y no como una cosa, que no se puede expresar y sujeto a la voluntad de sus padres.

Hay razones anexas para resguardar que se procure singular consideración al despliegue las potestades esenciales de los infantes, que parten de la circunstancia de que la situación de formación de los niños los hace específicamente sensibles a quebrantos de sus prerrogativas. En pocas ocasiones se tienen presente sus criterios, la mayoría de ellos no poseen un rol importante en el periplo político, afrontan vicisitudes inmensas para acudir a la administración de justicia con el objetivo de que se amparen sus derechos, o peticionar indemnización por los ultrajes padecidos, y la entrada de los niños a los organismos que los pueden tutelar es restringido⁴³.

Un hecho importante en ese discurrir de cambio de paradigma, indubitadamente fue la entrada en vigor de la Ley Nacional de Protección de la Niñez y la Adolescencia 26.061⁴⁴ que fundamenta y dirige diversos fallos en el tema. Este texto legislativo ha implicado el encuentro de las potestades de los niños y de los adolescentes en un instrumento específico que trata asuntos en lo que se refiere tanto al ámbito jurídico público como privado.

El sector doctrinal estima que, desde la entrada en vigor de estos plexos de derecho sobre las potestades del infante, se estipula la aseveración de estos, como individuos fundamentales del Estado, entes jurídicos protagónicos que tiene una aptitud gradual para actuar. Se cambió la acepción del niño como un integrante subordinado, incorpóreo e inactivo, hacia un modelo

⁴¹ Artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, 1994

⁴² Artículo 4º de la Convención de los Derechos del Niño, 1989.

⁴³ Gozaini, O. *El niño y el adolescente en el proceso*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2012, AR/DOC/610/2012

⁴⁴ Ley Nacional de Protección de la Niñez y la Adolescencia N° 26.061, 2005

en el cual se ha tornado perceptible y se le ha elaborado un contexto en el cual intervenir directamente, en el que se le oye y respeta.

Este doble enfoque tanto jurídico como psicológico, se une para ubicar esa potestad del niño de expresarse, en el soporte fundamental del régimen jurídico de resguardo, desde que es el aparataje inquebrantable que hace posible que este sea totalmente estimado y de este modo tutelado. Se busca evitar que sea víctima de discriminación por parte de sus padres o cualquier otro agente en los aspectos elementales de su existencia.

Por su parte el artículo 6 de la Convención sobre los Derechos de Niño⁴⁵ indica la prerrogativa del niño a la vida, y el deber tanto de los progenitores y responsables como del Estado, de asegurar en la máxima forma posible la subsistencia y el avance de estos sujetos.

La legislación interna aprobada antes de la existencia del mencionado instrumento convencional y de la Ley N° 26.061, se edificaron sobre el antiguo paradigma de la minoridad igual a inaptitud, en la cual la representación legal posee significado e importancia esencial, sin obstáculo alguno. El aspecto puntual del arquetipo protector que se ha desechado, se basaba en el rechazo de la intervención del niño, tanto al interior como fuera de un proceso judicial, es decir la representación legal que reemplazaba omnímodamente al infante⁴⁶.

Es importante entender que el estimar al niño como ente jurídico, es igual a afirmar que este es un individuo distinto y libre de los adultos que lo tienen a su cuidado, en razón de esto ha de ser escuchado y disfrutar de las mismas facultades que los sujetos mayores de edad.

Esa potestad de ser escuchado se encuentra instaurado en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño⁴⁷ cuando expresa que los Estados signatarios aseguran al infante que este en la situación de crearse un criterio particular sobre la potestad de prorrumper su punto de vista de manera libre en cada uno de los temas que le atañen. Por lo que se toman en consideración convenientemente sus sentires, en razón de su edad y discernimiento y con ese propósito, se conferirán en concreto al niño la ocasión de ser oído en cada periplo

⁴⁵ Artículo 6 Convención de los Derechos del Niño, 1989.

⁴⁶ Panatti, M. (2015). *Determinación del interés superior del niño, tras su incorporación en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2015, AR/DOC/4023/2015

⁴⁷ Artículo 12 Convención de los Derechos del Niño, 1989.

jurisdiccional o administrativo que lo involucre, ya sea de modo directo o a través de un representante o de un organismo adecuado⁴⁸.

A este importante derecho se le estima como uno de las cuatro columnas de la Convención de los Derechos del Niño a la par de la potestad de existencia, a la no discriminación, y el interés superior del niño, contenido en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño⁴⁹ expresa que la prerrogativa de exteriorizar su sentir se encuentra subordinado a que se halle en la situación de crear su criterio particular. Esto de conformidad con lo previsto en el artículo 5⁵⁰ del texto internacional que postula que el despliegue de las facultades del niño sea gradual, en consonancia con la dinámica de sus habilidades. Por lo que los organismos jurisdiccionales supranacionales señalan que los niños han de ejecutar sus prerrogativas de un modo paulatino, conforme crean un mayor grado de libertad individual por lo que al inicio de su existencia obran por dirección de sus cuidadores. Cuando se asevera que los puntos de vista del niño han de tomarse apropiadamente en consideración, está sujeto a un examen del supuesto factico que acredite que el niño es apto de crearse una opinión particular. De este modo, se afirma que, si es el caso, el comisionado para elaborar el decisorio ha de tener presente ese juicio del infante como elemento relevante en la respuesta que se ofrece a la controversia, motivo por cual han de estipularse idóneas pautas para examinar la aptitud del niño.

Se destaca el nexo entre la facultad del niño a ser oído y lineamiento rector por el interés superior del niño ya que no es posible una ejecución adecuada del artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño⁵¹ si no se atienden los factores del artículo 12 que consagra ese derecho. Asimismo, el primero robustece la operatividad del segundo, al simplificar el rol fundamental de los niños en los dispositivos sobre su existencia.

Este instrumento supranacional transformó el basamento jurídico nacional en cuanto a la intervención de los niños en las pugnas judiciales de familia, dado que actualmente es obligatorio el procurarles la oportunidad de expresarse en función de su edad y madurez.

⁴⁸ Doltó, F. *La causa de los niños*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2008, AR/DOC/904/2008

⁴⁹ Artículo 12 Convención de los Derechos del Niño, 1989.

⁵⁰ Artículo 5 Convención de los Derechos del Niño, 1989.

⁵¹ Artículo 3 Convención de los Derechos del Niño, 1989.

1.3. El interés superior del niño en el Código Civil y Comercial

La trascendencia del cambio de paradigma que introducen los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional en el orden interno, se extiende a la perspectiva que ha de dársele a las controversias en las que se encuentre involucrado un sujeto en minoridad, en razón que ha de buscarse la respuesta que sea más provechosa de forma inmediata y mediata.

Es por ello que en la materia jurídica sobre niñez y adolescencia se erige sobre el lineamiento rector del interés superior del niño, un concepto que recepta el Código Civil y Comercial que puede observarse desde tres perspectivas.

Como una potestad sustantiva significa la facultad del niño a que su beneficio preeminente sea estimado esencial, que se examine y tenga presente al considerar diferentes intereses, y comporta un aseguramiento de que esa potestad puede ser materializada siempre, al establecer un decisorio que involucre a un niño o grupo de ellos, de forma concreta o abstracta⁵²..

Por lo que en la Ley N° 26.061, en su artículo 3⁵³ se encarga del interés superior del niño, e indica que se ha de considerar su potestad de ser oído y que su juicio sea valorado, reafirma este lineamiento rector como el caso del artículo 113 del Código Civil y Comercial⁵⁴ que prevé la audiencia con la persona menor de edad, los niños han de manifestar diáfananamente su sentir y que estas sean ponderados conforme a su edad y grado de discernimiento. Esta facultad alcanza a cada uno de los contextos en que se movilizan las niñas, niños y adolescentes, sea al interior del Estado, de la familia, de su comunidad, escuela, a nivel científico, cultural, deportivo y recreativo, se erige como un aseguramiento básico de cualquier proceso. Por lo que es un deber del Estado el asegurarles en cualquier instancia judicial o administrativa que le incumban las siguientes prerrogativas y garantías: el ser escuchado frente al órgano en cognición en cada ocasión que el niño lo peticione de conformidad con los artículos 113 y 117 Código Civil y Comercial⁵⁵

⁵² Guzmán, N. *La motivación de la sentencia y el interés superior del niño. Aspectos prácticos de la ponderación en el derecho de familia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2016, AR/DOC/1130/2016

⁵³ Artículo 3 de la Ley Nacional N° 26.061, 2005

⁵⁴ Artículo 113 del Código Civil y Comercial, 2014

⁵⁵ Artículos 113 y 117 del Código Civil y Comercial, 2014

Comporta para los órganos estatales no únicamente dar la oportunidad de prorrumpir su punto de vista en la controversia, sino el explicar porque la decisión es la más beneficiosa para él, o porque en su elaboración se ha alejado de lo aportado por el niño en el marco del artículo 706⁵⁶ que delimita los principios generales de los procesos de familia.

Como garantía judicial en la esfera de un proceso, implica contar de principio a fin con el auxilio de un experto en derecho, si no posee el acervo económico el Estado se lo proporciona de modo oficioso, para intervenir directamente y utilizar todos los recursos judiciales.

El Código actual indica, estipula, un límite en cuanto a la edad para el ejercicio de la capacidad progresiva en el artículo 26⁵⁷ del instrumento normativo, situación que no se presenta en la Ley 26.061 que no indicaba ninguna circunspección en cuanto a la facultad de ser oído. Esto se debe a la referencia que hoy se hace sobre el nivel de formación y avance del niño, lo cual consiste en una noción para medir la opinión, sin embargo, no así para que sea escuchado, por lo que el Juez da acatamiento cuando ejecuta la entrevista con el infante en cada supuesto de hecho.

Es cierto que el grado de entendimiento de los niños no está vinculado de forma directa a su edad, se ha comprobado científicamente que las experiencias, el ambiente, los datos informativos, las perspectivas socioculturales y el grado de auxilio, coadyuvan al progreso de la aptitud del infante para crearse un juicio. Por esa razón las consideraciones del niño han de examinarse por medio de una evaluación singular del supuesto⁵⁸. Al no estipularse un esquema anticipado en lo atinente a la edad para ejecutar esa facultad de ser oído, se estima que inclusive ubicados desde el arquetipo del instrumento convencional de los derechos del niño, que instituye el lineamiento rector de la progresividad, la verdad es que el niño ha de ser escuchado.

Posteriormente ha de realizarse un examen o valoración de su nivel de discernimiento para conferir peso a este, que se halla contemplado entre las pautas genéricas de aptitud de conformidad con el artículo 26 del Código Civil y Comercial⁵⁹. Se insiste que al interior de

⁵⁶ Artículo 706 del Código Civil y Comercial, 2014

⁵⁷ Artículo 26 del Código Civil y Comercial, 2014

⁵⁸ Solari, N. *El derecho a la participación del niño en la Ley 26.061. Su incidencia en el proceso*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2005, AR/DOC/291/2005

⁵⁹ Artículo 26 del Código Civil y Comercial, 2014

los procedimientos de familia en el artículo 707 que los niños y adolescentes con edad y razonamiento suficiente han de ser escuchados y atendidos sus criterios en cada caso concreto.

Se instaure como una directriz en cada asunto en los que intervengan, aun cuando su juicio no es concluyente para el dispositivo, cuando el juez ha decidido alejarse del elemento volitivo, ha de presentar los alegatos de valor que los motiven. El Juez tiene el deber de emplazarlo a fin de que le comunique su opinión de las circunstancias que lo rodean, a modo de que intervenga activamente en los procedimientos, contando con la información clara y adaptada a su nivel de comprensión⁶⁰.

Esta nueva visión jurídica de la niñez influye obligatoriamente en la representación legal, esta efigie de derecho se sostiene en la premisa de que los adultos a los que se les asigna, batallan ciertamente por lo que resulta más provechoso para el sujeto en minoridad que se hallan a su cuidado, quedando en sus cabezas el establecer los dictámenes relevantes en la existencia de estos.

Por lo que el sector doctrinal afirma que el despliegue de la representación legal no ha de obstaculizar que el niño posea la facultad de expresarse en los asuntos vinculados a su persona y a su patrimonio. Aun cuando con el principio de la capacidad progresiva se les confiere a los niños la aptitud para tomar decisiones personales, en el despliegue de sus derechos económicos su capacidad está supeditada al régimen de representación. Es decir para cualquier acto como la venta de inmueble, donación, o cualquier forma acto de tipo patrimonial, no les es posible obrar por sí mismo sino que requieren de la asistencia de sus representantes legales quienes han de realizar estos actos económicos⁶¹.

El máximo órgano judicial de la Nación de este modo afirma que la pauta que impone el dar primacía al interés superior del niño con relación a cualquier otro elemento, pese al menos en el plexo de la administración de justicia en la cual se resuelven los conflictos. La consecuencia de dividir de forma conceptual aquel beneficio del niño como ente jurídico, de

⁶⁰ Junyent, P. *La palabra como derecho de niños y adolescentes*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2013, AR/DOC/3002/2013

⁶¹ Gozaini, O. *El niño y el adolescente en el proceso*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2012, AR/DOC/610/2012

los provechos que otros individuos particulares o inclusive difusos, ostentan preminencia sobre el de sus progenitores. Por lo que la convergencia entre uno y otro provecho ya no ha de ser algo naturalmente preciso, sino una circunstancia común y regular pero casual que frente a la situación problemática, requerirá fundamentación expresa en cada supuesto factico⁶².

Esta potestad no se limita a exteriorizar su sentir, sino que ha sido el sustento para la aparición de la efígie del abogado del niño, que labora en aquellos casos en el cual el niño obra por sí mismo en la defensa de sus intereses. Es decir, cuando ya en virtud de su capacidad progresiva ha superado el régimen de representación, o cuando los encargados de ejercerla están enfocados en la defensa de intereses particulares. En síntesis, el interés superior del niño es un parámetro rector que comporta para todos los organismos estatales, la familia y la sociedad el procurar todos los medios idóneos y necesarios para que lograr su desarrollo integral, en esa etapa de formación.

1.4. La labor del Juez en materia familiar

El juez en materia de familia posee en su labor singularidades que los diferencian en razón de que su labor, se halla teológicamente orientada a lograr dirimir la controversia ante él presentada de la forma menos traumática posible. En este ámbito se sirve de herramientas alternativas a la resolución de conflictos como la conciliación y la mediación en las cuales ha de ser un experto, y que poseen una trascendencia mucho mayor que en otros escenarios judiciales.

Su conducción se caracteriza por ser ejecutiva, apta para crear su decisorio expeditamente, ser reflexiva, y en virtud de la multidisciplinariedad que se estipula en la normativa para esta materia el Juez puede requerir el consejo de expertos en diversos campos científicos tales como psicólogos, trabajadores sociales, médicos entre otros; se comunican entre sí para auxiliarlo en la creación de una norma jurídica individualizada conforme con los principios de familia en la que se evidencia el respeto al interés superior del niño⁶³.

⁶² Martínez A. *Cuando el modelo social es parte del interés superior del niño*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2016, AR/DOC/2911/2016

⁶³ Guzmán, N. *La motivación de la sentencia y el interés superior del niño. Aspectos prácticos de la ponderación en el derecho de familia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2016, AR/DOC/1130/2016

La directriz de la intermediación implica el empleo de la oralidad, es decir que ciertos actos dentro del proceso para que sean susceptibles de ponderación judicial han de ser realizados de viva voz, y en presencia del juez. Por lo cual se le inviste con potestades específicas lo cual se evidencian en el establecimiento de providencias cautelares, urgente y provisorias, su labor se hace indispensable por los intereses involucrados, se torna como una efigie categórica por su función de director del proceso.

De allí que en el artículo 3 del Código Civil y Comercial⁶⁴ se indica que el operador de justicia constituye una figura esencial para la correcta materialización de sus preceptos normativos, ha de solucionar las pugnas que le sean cognoscibles por medio de un dictamen motivado, formado con base en la sana crítica de los elementos probativos que durante el periplo judicial ha logrado captar.

La tarea de los magistrados no se limita a una actividad netamente rígida de imposición de los criterios normativos, se ha descartado el paradigma clásico que visualizaba al juez como una figura inanimada, su trabajo posee un semblante diferente y novedoso, es conciliador, colabora con las partes, media entre ellos, se tornan como garantes del cúmulo axiológico que la sociedad propugna⁶⁵. Únicamente un juez que adquiera de forma activa su labor de director del proceso puede asegurar la satisfacción de los objetivos del procedimiento es decir colaborar al efectivo despliegue de la potestad de alcanzar la materialización de la justicia en cada supuesto fáctico.

Es en esa comprensión que se pretende ofrecer los mecanismos que funcionen como orientadores a cada uno de los jueces para establecer y examinar el interés superior, y en concreto se ha de exponer como se ha considerado en ese fallo. Es decir, cómo ha valorado el interés superior ante otros provechos particulares. Resulta claro, que se precisa más que una labor de subsunción del supuesto fáctico en la previsión abstracta de la Ley. Es la consideración de las singularidades del caso para dar satisfacción de manera más efectiva el Interés superior del niño⁶⁶.

⁶⁴ Artículo 3 del Código Civil y Comercial, 2014

⁶⁵ Panatti, M. *Determinación del interés superior del niño, tras su incorporación en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2015, AR/DOC/4023/2015

⁶⁶ Martínez A. *Cuando el modelo social es parte del interés superior del niño*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2016, AR/DOC/2911/2016

El otro aspecto de esa potestad de ser escuchados que ostentan los niños, niñas y adolescentes, es que se le expliquen los dictámenes que atañen a su persona, el juez ha de asegurarles que sean informados tanto antes como de después de expresar su opinión, ya que tal comunicación es una garantía de que sus opiniones no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio. Así pues, los Jueces desde este enfoque planteado por la nueva normativa jurídico familiar han de asegurarle al niño, por la dignidad que poseen y por su salud psíquica, que les comuniquen cada una de las circunstancias que producirán cambios en su existencia. Por lo que los magistrados de familia tienen el deber de lograr que intervengan en los procedimientos que los afecten, y salvaguardar en cada controversia la preeminencia de su bienestar integral.

Capítulo 2: La Responsabilidad Parental. Aspectos generales

Introducción

La responsabilidad parental, es una institución que permite, desde una perspectiva más afianzada en estos tiempos de la sociedad de hoy, comprender con mayor precisión, la estructura legal de deberes, derechos, funciones y actitudes que corresponden adoptar a los progenitores frente a la persona, bienes e intereses del hijo menor.

Con la reforma del reciente Código Civil y Comercial de la Nación, se permitieron modificaciones sustanciales que denotan cambios importantes en materia de la familia, dimensionando las relaciones paternas. Estas relaciones están ahora ligadas a la responsabilidad que deben asumir los padres frente a un hijo, ampliando la conceptualización de sostén y cuidado que requiere el menor, pero dejando como componente de la institución la Guardia y Custodia del menor.

Los reformistas tuvieron como principio el interés superior del niño o adolescente por sobre cualquier otro interés, en pro de proteger y garantizar su desarrollo y formación integral, en un ambiente familiar acorde a las necesidades del hijo según sus características físicas, psíquicas, emocionales, sus aptitudes y desarrollo madurativo.

2.1. La Responsabilidad Parental

2.1.1. Definición de la figura

En el Título VII del Código Civil y Comercial de la Nación, se constituye en el instituto de la Responsabilidad Parental, en sustitución del régimen esgrimido por el Código anterior denominado Patria Potestad, reflejando con ello la incorporación de los cambios que se han generado en la sociedad actual, y que resalta al menor como sujeto de derecho.

El cambio de nombre de la institución de la patria potestad, que no solo denota poder, sino que también trae consigo la dependencia del menor a sus padres, por responsabilidad parental, que por el contrario inserta la sensación de compromiso, orientación y educación del menor, tiene su fundamentación, según los entendidos, en el gran poder del lenguaje y su efectivo impacto pedagógico.

En este sentido, la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento de Dolores, en la causa García contra Gamboa, R., deja claro la idea de la conceptualización de la institución, al señalar:

“Resulta pertinente señalar que la responsabilidad parental difiere del antiguo concepto de patria potestad, en el sentido que ya no se trata de la idea de los hijos como objeto de protección, sino como sujetos de derecho en desarrollo, inmersos en una realidad que se sustenta en el principio de democratización de la familia y de la concepción de los niños en calidad de sujetos plenos de derechos”.

67

La Responsabilidad Parental es definida en el artículo 338 por el Código Civil y Comercial de la Nación, al señalar que se trata del grupo de obligaciones y derechos que asumen los progenitores en relación con la persona y los bienes del hijo, debiendo velar por su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

Esta responsabilidad comienza con la concepción donde nace un sujeto de derecho y termina cuando el menor cumple la mayoría de edad o con la emancipación, es decir cuando la persona obtiene la capacidad defenderse por sí mismo y administrar su patrimonio.

La Convención de los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional, conforme lo señalado en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución de la República, permitió que la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, tomara la necesidad de adaptación de la ley y dotarlo de sentido más humano, en defensa de los derechos que tienen la infancia y que corresponde asumir a la familia como el núcleo más importante de la sociedad.

Con esta reforma, el Código enfatiza su fundamentación en el bienestar del ser humano que forma parte de un entramado de nexos jurídicos y sentimientos afectivos que se desarrollan

⁶⁷ Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento de Dolores, “García contra Gamboa, R.”. Recuperado de <http://www.asapmi.org.ar>

en el ámbito familiar, marcando la importancia de cada uno de los miembros de este núcleo social, dentro del marco de la libertad individual e igualdad entre cada uno de ellos.

Además, adapta la norma legal a los numerosos cambios que se han llevado a cabo en la sociedad y que han modificado el papel y las funciones de la familia, buscando el beneficio natural de afiliación para sus miembros, y en particular para los niños, brindado apoyo afectivo, financiero y material indispensable para su crecimiento y educación.

En la Convención sobre los Derechos del Niño, se establece como principio que en la actuación de las autoridades de los estados se debe tener en cuenta en el momento de cualquier decisión, que afecte a un menor, los derechos que le conciernen, por lo que es primordial considerar el interés del niño como un interés social, público y jurídicamente protegido.

Es decir, este principio rector y garantista, lo que dispone es una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades de carácter judicial, administrativo y legislativo para tomar las medidas de protección efectiva que satisfagan integralmente derechos fundamentales del niño o adolescente, resguardando su autonomía progresiva.

En este escenario, es que se encamina la llamada democratización de las relaciones familiares, con fundamento en reglas y principios constitucionales, que a su vez toma como base normas internacionales aceptadas por nuestra Constitución como normas legales aplicables en el territorio. Estas normas legales van dirigidas a permitir el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de derecho, exaltando a todo evento, el consecuente principio del interés superior del niño.

Es este vínculo entre padres e hijos, en el cual debe girar la noción de la responsabilidad hacia el menor, y dejar de lado el vocablo de potestad, que invoca a un poder, sin que se entrelacen sentimientos y afectos que debe existir en la relación paternal.

Ello es reconocido por el reformista, por lo que plasma en el nuevo Código, esta visión y reconoce en los niños sujetos de derecho, lo que conlleva que la relación entre los padres y los hijos se aparten del marcaje de la potestad y se entable dentro de una noción humana.

Esta relación, por tanto, tiene un nuevo enfoque con un objetivo dirigido a la responsabilidad que tiene el progenitor ante el desarrollo humano, social, físico y psíquico del menor, para envolverlo en situaciones afectivas que le den garantías del desenvolvimiento, como un ser humano con plena y progresiva capacidad legal.

Reemplazó, el Código Civil y Comercial de la Nación, la terminología de patria potestad, que alude a la fuerza o poder del padre frente a su hijo menor, y lo lleva al terreno humanizado, y con mayor sensibilidad, con un lenguaje más adaptado y acorde a estos tiempos, al establecer los deberes que tienen los progenitores en la protección, desarrollo y formación del niño, niña o adolescente en su formación personal.

Así lo deja ver López al señalar que:

“De esta manera, considerando la función pedagógica y simbólica del lenguaje, se alude a una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de deberes y facultades destinados primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente”⁶⁸.

El cambio del vocablo contemplado en la ley, va enfocado a dejar atrás la idea de concebir a los hijos solo como elementos que lo único que necesitan es protección. Conlleva, la nueva expresión, la visión humana de comprender a los menores como verdaderos sujetos de derecho, que están en progresivo desarrollo dentro del seno familiar, sin que esto implique dejar de lado la necesidad de protección que requiere el niño.

Pero el cambio del vocablo en el ámbito legal, aplicado a esta institución que regula el Derecho de Familia, tiene sus bases y fundamentación en la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 5 apunta a la responsabilidad de los padres ante el niño en su rol de adquiriente de facultades que necesita dirección y la orientación necesaria para la evolución progresiva de sus derechos.

⁶⁸ López, C. *Derecho Familia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley, 2015, p. 496.

El esbozo de la figura de la responsabilidad parental centra su enfoque en la formación integral, cuidado y educación del menor para que afronte el desarrollo íntegro de su persona y sea ante la sociedad un individuo con la capacidad e independencia que se requiera.

Es por ello que la responsabilidad parental en su conformación y ejercicio involucra funciones de sostén y cuidado del niño entre las que se encuentra su alimentación y cobijo, y también comprende la guía oportuna para su orientación y sociabilización en el ambiente adecuado para el desarrollo de su identidad.

Remite asimismo este enfoque, a la responsabilidad que tiene la familia ante el menor, para que éste se posea del efectivo desarrollo de sus derechos y garantías, conceptualizando al niño, niña o adolescente dentro del núcleo de la familia como un miembro activo que requiere de la protección. Para que así desarrolle sus competencias y obtenga una educación integral, que deben brindar sus progenitores y garantizar los entes del estado.

2.1.2. Principios que rigen la Responsabilidad Parental

El artículo 639 del Código Civil y Comercial de la Nación, establece los principios generales que rigen la institución de la Responsabilidad Parental, armonizando con ello el sistema jurídico a las normas que garantizan los Derechos Humanos, que son contemplados en los tratados internacionales y reconocidos por la república.

La evolución del estamento jurídico mundial, afianza la noción de que los niños deben gozar de una especial protección de sus derechos, así quedo contemplado con la aprobación, en el año 1989, de la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo deber de los Estados miembros promover y garantizar su efectiva aplicación.

Si bien es cierto que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos de forma igualitaria, se debe reconocer la existencia de protecciones jurídicas a los derechos de grupos de personas que se distinguen por su condición, entre los cuales están los menores.

Es por ello que la norma legal contenida en el Código Civil y Comercial, señala como principio fundamental que rige la institución de la responsabilidad parental, el interés superior del niño, lo que obliga a las autoridades e, incluso, a instituciones privadas a

considerar primordialmente el interés del niño para el ejercicio de sus atribuciones, como principio garantista.

El principio del interés superior del niño contrae una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades, para que antes de tomar una medida respecto de los menores, se adopten, promuevan y protejan sus derechos.

En tal sentido, el interés superior del niño como principio, armoniza la fundamentación de los derechos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder, dirigido a sobreponer el paternalismo que ha regido los temas relativos a la infancia.

Según Mizrahi, en su artículo sobre el proyecto del Código, al hacer el análisis a las facultades parentales que establece el artículo 651, expone como el legislador deja ver claramente este principio contenido en la norma, al establecer el cuidado que debe tener el juez cuando otorgue el cuidado del hijo. Al respecto Mizrahi señala que:

*“Con este principio se fortalece la visión de la primacía de los derechos del menor, que deben interpretarse de forma sistemática para asegurar la debida protección a los derechos que tiene el niño a la vida, a su desarrollo y a su educación integral”.*⁶⁹

El juez, bajo estricto apego a la ley, debe decidir las causas que involucran a menores, teniendo como norte lo que más convenga al niño, cuyo interés superior tiene que preservar por encima de todas las cosas. Se concatena este enfoque con el contenido del artículo 3 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, que establece que el interés superior de la niña, niño y adolescente, se concentra en el mayor grado de cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos para los menores.

La Convención sobre los Derechos del Niño, igualó los derechos humanos entre los niños y los adultos, lo que permitió concebir al niño como sujeto pleno de derechos. Es decir, se le reconoce como un actor activo en la participación de los aspectos sociales que les incumbe,

⁶⁹ Mizrahi, M. *El Cuidado Personal del Hijo en el Proyecto de Código*. Buenos Aires, Argentina, La Ley, p. 6

sin más limitaciones que las que impone la ley, basada en su capacidad asumida por la edad y por la madurez.

Esto trajo como consecuencia, que el niño como sujeto, tiene al igual que el adulto, todos los derechos humanos, y se comprende que el ejercicio de los derechos humanos es un proceso constante de construcción de ciudadanía.

Ahora bien, la capacidad para hacer efectivo estos derechos, se limita por ley; reconociéndose libertades en las distintas etapas de la infancia, que van acorde a su desarrollo biológico, social y psicológico y a su madurez; por ello, ya no son sólo los padres quienes deciden por ellos, sino que su rol es de orientación y dirección propia, para que el niño ejerza sus derechos.

La capacidad progresiva significa que se debe ir ampliando en forma sucesiva la capacidad de obrar del menor a medida que se va desarrollando su madurez y sus aptitudes intelectuales y psicológicas. Es por ello que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, establece expresamente que, a mayor autonomía del menor, se va disminuyendo la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 16, reconoce que el niño tiene derecho a desarrollar progresivamente el ejercicio de sus derechos. Por ello el menor como sujeto pleno de derechos, adquiere la autonomía, y el Estado y la familia, deben apoyar y proteger el desarrollo del niño, para que en forma progresiva ejerza sus derechos, de acuerdo a la evolución de sus facultades.

Según Viola, en su artículo publicado en la revista electrónica Cuestión de Derechos, señala la importancia de otorgar esta autonomía a los niños conforme su capacidad de obrar y bajo la protección que debe brindar los adultos y las autoridades, en tal sentido establece que:

“Esto implica reconocer que todos los niños, tanto los pequeños como los adolescentes, son los protagonistas de sus propias vidas, sin desconocer que su autonomía irá variando de acuerdo a la etapa evolutiva en la que el niño se encuentre. De lo contrario, otorgarle

*autonomía a los niños sin considerar sus posibilidades evolutivas implicaría dejarlos en un estado de desprotección”.*⁷⁰

El tercer principio que rige la Responsabilidad parental, es el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. Este principio constituye uno de los pilares fundamentales para que se haga efectivo el ejercicio de los derechos del niño como sujeto pleno bajo el amparo de la ley. Es por este motivo que se reconoce el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le puedan afectar, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y su madurez.

Este principio, que es pilar en el ejercicio de la responsabilidad parental, contempla la participación activa del menor en los asuntos que le conciernen, los que deben los progenitores tener en cuenta y escuchar las necesidades del menor en toda actuación, siendo su límite solo la capacidad y madurez del niño.

Por ello su valoración se fundamenta en circunstancias como la edad, la madurez emotiva, la autenticidad de sus dichos, las motivaciones, debiendo siempre evaluarse la correcta forma de equilibrar los deseos del menor. El niño o adolescente tiene derecho a expresar libremente su opinión en todos los asuntos que le conciernan y en los que tenga interés, opinión que tiene que tomarse en cuenta conforme a su estado de madurez y desarrollo.

Así se dejó claro en el fallo de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en la causa sobre la menor M.S.M., interpuesta por sus progenitores M.G. contra P.C.A., al señalar:

“Coincidentemente, las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, septiembre de 2003), concluyeron que “[el] derecho de los niños a ser escuchados personalmente por el juez, a ser informados debidamente y a tener la garantía de patrocinio letrado en cuanto sea necesario, debe ser respetado en todo tipo de procesos en el que sean partes o en el que se encuentren involucrados sus personas o

⁷⁰ Viola, S. Autonomía Progresiva de Niños, Niñas y Adolescentes en el Código Civil: Una deuda pendiente. Buenos Aires, Argentina, La Ley, 2015, p. 87

*bienes (Comisión N° 5; núcleo temático 2: El derecho del niño a ser escuchado). Con lo cual, una parte del mundo académico, se inclina por conceder a los jueces un ámbito de discrecionalidad, a la hora de fijar una pauta para la recepción de la voluntad del niño.”*⁷¹

2.1.3. Titularidad y Ejercicio de la Responsabilidad Parental

La titularidad de la Responsabilidad Parental, apunta al conjunto de deberes y derechos que tiene los progenitores sobre la persona y los bienes del menor y que la ley reconoce en primera instancia a favor de ambos padres. El ejercicio de esta institución, está concebido como la posibilidad de actuar de la persona que detenta la titularidad, y que lo hace en cumplimiento de esos deberes y derechos, para hacerlos efectivos socialmente a favor del menor.

Ambos progenitores, conforme el Código, son los representantes legales de sus hijos y están también legitimados en el ámbito patrimonial para administrar sus bienes, se trata de poseer la función de organizar de forma responsable, todo lo relativo al cuidado y desarrollo del menor.

Esta representación que ostentan, deben ejercerla para preservar y mantener de forma adecuada los bienes patrimoniales que le correspondan al menor, lo que realizan como regla general de forma conjunta, y con las garantías necesarias para la salvaguarda del niño, niña o adolescente.

Cuando ambos progenitores están en ejercicio de la responsabilidad parental, son en principio, responsables conjuntamente de la administración de los bienes del menor, pero los actos relativos a la conservación de estos bienes, puede estar a cargo de cualquiera de los dos progenitores.

Pueden los progenitores llegar a un acuerdo para determinar cuál de ello se encargará de la administración del patrimonio del menor, pero si no existiese un acuerdo previo, cualquiera

⁷¹ Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento de Dolores, “García contra Gamboa, R.”. Recuperado de <http://www.asapmi.org.ar>

de los dos podrá recurrir al juez para que haga la designación entre uno de ellos o de un tercero apto para ello.

Los progenitores titulares de la responsabilidad paternal deben actuar a favor del menor, en los hechos que involucren su cuidado o la administración de su patrimonio, y cuando esto sucede, asumen legalmente el ejercicio de la institución.

A tal efecto la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento de Dolores, en la causa García contra Gamboa, R., señaló:

“Se debe distinguir entre la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental; siendo que mientras que la titularidad se refiere al conjunto de deberes y derechos que tienen en su carácter de representantes legales, el ejercicio se traduce en la puesta en práctica de aquellos.”⁷²

Esta responsabilidad puede asumirse en diferentes modalidades, las cuales están previstas en nuestro Código, en el artículo 641, que señala los supuestos para el ejercicio de la Responsabilidad Parental.

En principio, la institución es desempeñada por ambos progenitores, estén estos en convivencia o no, o se hayan divorciado o se establezca la nulidad del acto matrimonial, existiendo a la presunción legal de que los actos realizados por uno de ellos, cuenta con la conformidad del otro progenitor.

Como se observa en las disposiciones del Código, es de sumo interés legal, determinar quienes ejercen la responsabilidad parental sobre los hijos, ya que esta relación va a permitir la existencia del vínculo emocional entre padres e hijos.

En pro de establecer condiciones que propicien un trato fluido entre los progenitores y el hijo, se permite la promulgación de garantías que coadyuven al mantenimiento del vínculo jurídico y afectivo entre ellos. En tal sentido se observa que los proyectistas del Código

⁷² Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento de Dolores, “García contra Gamboa, R.”. Recuperado de <http://www.asapmi.org.ar>

fueron muy cuidadosos en la implementación de un sistema que brinde protección al menor, y propician herramientas que accedan a la titularidad y el ejercicio compartido de la responsabilidad parental.

Estén los progenitores en convivencia o no, el principio es que el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos, estableciéndose una presunción legal que instituye en relación a la conformidad de uno respecto a los actos realizados por el otro. Este punto tiene su salvedad legal, en aquellos actos que requieren conformidad expresa de progenitores por lo que la atribución del ejercicio a uno solo de los progenitores es excepcional.

El Código señala que la presunción de conformidad por la actuación de uno de los progenitores sobre el otro, no aplica de pleno derecho en los casos estipulados por el Código en el artículo 645, en los cuales se requerirá el consentimiento de ambos progenitores, en determinados supuestos.

En estos casos contemplados por el Código en los cuales no es presumible la aceptación o conformidad de uno de los progenitores, esta cuando un adolescente, en edad comprendida entre dieciséis y dieciocho años, quiere contraer matrimonio.

Otros de los supuestos contemplados en el artículo anteriormente señalado, es cuando se debe autorizar al menor a ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad; o para estar en un juicio en los cuales no puede actuar por sí; o para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero; así como para administrar los bienes de los hijos.

El ejercicio de la institución se puede atribuir a sólo uno de los progenitores, si así lo han decidido los dos representantes, o medie una medida judicial, teniendo siempre como norte proteger el interés del hijo menor.

Asimismo, en caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, el ejercicio de la institución lo adquiere de forma automática el progenitor presente.

Otras de las modalidades del ejercicio de la institución, se da en los casos del hijo extramatrimonial que tiene una sola filiación, se otorga la facultad de la responsabilidad parental al único progenitor. Y en el caso específico de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, predomina el interés del hijo, para decidir la modalidad que aplique en cada caso.

Regula la norma legal el supuesto de que los progenitores sean personas adolescentes, en dicho caso, la responsabilidad parental la ejercen de forma compartida, estén o no casados, y pueden tomar las decisiones o realizar las tareas necesarias para el cuidado, educación y salud del niño.

Este aspecto fue un avance significativo en el Código Civil y Comercial de la Nación, ya que, en las estipulaciones legales anteriores a esta ley, la responsabilidad tutelar del hijo de un adolescente, recaía en uno de los abuelos. Con este cambio el Estado reconoce o presume en los progenitores adolescentes la madurez de enfrentar los actos cotidianos de sus hijos.

No obstante, a estos padres menores de edad, no se les abandona en la difícil tarea de asumir la responsabilidad de sus hijos, por lo que se les permite a las personas que ejercen la responsabilidad parental sobre ellos, la misión de ser unos guías, orientadores, en resguardo de la autonomía progresiva del adolescente. En tal sentido el Código permite que el progenitor del adolescente con hijos, se pueda oponer a la realización u omisión de actos que atenten o puedan resultar perjudiciales a la vida y desarrollo del niño.

2.1.4. Deberes y Derechos de los Progenitores

La responsabilidad Parental concebida en nuestra ley, tiene su sustento en la idea de una familia plural y abierta a los cambios que trae la sociedad actual en la relación padre e hijos. Que debe ser el seno donde se permite el refugio de sus miembros, y el orgullo y alegría de todos ellos.

Esto ha permitido que los sujetos de la familia establezcan relaciones con base a ideas democráticas, adoptando un esquema horizontal en los tratos y consideraciones y en la toma de decisiones importantes que involucren al seno familiar.

La familia sigue siendo la célula fundamental de la sociedad, y por tal motivo a sus integrantes se les brinda la protección necesaria y se les dota de derechos y obligaciones, propios de la convivencia privada de ese complejo núcleo humano, por lo que la ley debe facilitar con sus disposiciones la preservación, unión y continuidad.

Es además la unidad que sintetiza la producción de la salud a escala micro social, por ello tiene un valor de refugio afectivo y de aprendizaje social que encabezan los progenitores y que conforman seres que les unen lazos teñidos de sentimientos y emociones.

A los progenitores, la ley les dota de una serie de deberes y derechos a fin de que cumplan con la responsabilidad social encomendada, y así sean garantes de brindar unas condiciones materiales y espirituales que permitan a sus hijos cumplir con su desarrollo social. Que sientan el privilegio de tenerlos como refugio en las angustias, peligros o incertidumbres y puedan por tanto percibirlos como una fuerza de unión entre miembros que les une una condición filial.

El artículo 646 del Código Civil y Comercial, enumera una serie de deberes que tienen que cumplir los progenitores en el ejercicio de su papel de responsables del menor. El primer deber que tiene un progenitor es el de cuidar del hijo.

En tal sentido el Juez de primera Instancia de Familia No. 1 de San Isidro, estableció que:

“Ahora bien, los deberes y derechos emergentes de la responsabilidad parental, se centran como principio rector del interés superior del hijo. La función parental de protección, va direccionada a que el hijo logre su pleno desarrollo bio- psico – social y formación integral. En tal marco el Código Civil y Comercial introduce el concepto de cuidado personal (Art. 648 C.C y C) al referirse a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la organización de la vida cotidiana del hijo.”⁷³

⁷³ Juzgado de Primera Instancia de Familia No. 1 de San Isidro, “J.A.V. contra A.J.C. sobre el cuidado de hijos”, sentencia del 20 de noviembre de 2015. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

El término de cuidado personal, viene a sustituir al vocablo que se usaba de tenencia, el cual fue rechazado por muchos juristas por considerar esta expresión incorrecta, pues sugiere más a una cosa y no a una persona.

Es considerado por la doctrina un gran acierto del Código la eliminación de expresiones como tenencia, por cuidado personal o régimen de visitas por derecho y deber de comunicación, pues la terminología utilizada invoca la verdadera protección social que se le debe brindar a la familia o a la relación entre progenitores y sus hijos.

El cuidado personal es el deber que tienen los progenitores de criar y educar a sus hijos y acompañarlos en su desarrollo hasta la madurez, representando esto no solo un deber de los padres, sino un derecho de los hijos, y así es reconocido por el derecho argentino.

Deriva este deber en la necesidad que tiene el hijo de establecer contacto con sus progenitores, de manera permanente en su vida cotidiana, para fortalecer la estabilidad emocional y satisfacer las necesidades materiales y de afecto que requiere el niño o adolescente, encaminado a su interés superior.

La regla del cuidado personal del hijo, es que debe ser asumido por ambos progenitores, pero si estos no conviven, puede entonces ser asumido por uno de los progenitores, procurando como regla general que sea de forma compartida en indistinta, a menos que ello pueda perjudicar la salud del niño.

En tal sentido López señala que: *“El CC y CN ha innovado en relación con la situación anterior y establece que, en estos casos, el cuidado personal compartido también sea la regla y el unilateral la excepción. Se privilegia, en estos casos, el compromiso compartido de criar a los hijos por parte de los progenitores, incluso cuando no conviven.”*⁷⁴

En virtud a ello, la ley contempla diversas modalidades para ejercer este deber con el hijo, así tenemos que el cuidado personal compartido puede ser alternado, es decir, el hijo pasa periodos de tiempo con cada uno de los progenitores. También puede ser bajo la modalidad indistinta, la cual opera cuando el hijo tiene su residencia principal en el domicilio de uno

⁷⁴ Lopes, C., op. cit., P. 514

de los progenitores, sin embargo, ambos comparten las decisiones que implican al niño y se distribuyen las labores en el cuidado del menor.

En el cuidado personal compartido, los progenitores se hacen cargo de la manutención del hijo, pero si los recursos de estos no son equivalentes, el que cuente con un mayor ingreso se encargara de cancelar una cuota alimentaria, en resguardo de la calidad de vida del menor.

Cuando no sea posible seguir la regla del cuidado compartido del menor, y este sea unipersonal, la autoridad debe considerar además de la opinión del niño como principio, que el menor puede tener un trato frecuente con el otro progenitor, siempre respetando la convivencia sana de hijo.

En virtud de otorgar una convivencia sana al menor, el Código prohíbe expresamente el castigo corporal, los malos tratos y cualquier acción u omisión que lesione de forma física o psíquica, sexual, moral u asistencial a los menores, por cuanto esto contraviene su derecho como persona y dificulta el desarrollo de su personalidad.

Esto trae como obligación legal de mantener la comunicación que debe existir entre los progenitores y el hijo menor, más aún cuando el cuidado es deber de solo uno de ellos. El Código garantiza este proceso de comunicación, lo que lo resalta como un derecho y reafirma lo contemplado en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que obliga a que el niño mantenga contacto directo con sus progenitores.

La exigencia legal procede, al entender del legislador que la comunicación entre los progenitores y los hijos representan una importante influencia en el desarrollo físico, psíquico y emocional del menor, así como en el ajuste psico-emocional del grupo familiar y constituye uno de los agentes de socialización más importantes en el desarrollo del individuo.

Por tal situación debe existir, a pesar de la no convivencia de los progenitores, una comunicación fluida, continua, permanente como regla, entre los progenitores y los hijos, ya que esto favorecerá la relación, y su vez se logrará obtener un ambiente de respeto, de tolerancia y de cariño y confianza. Además, entre ambos progenitores existe la obligación

de comunicarse los aspectos que atañen directamente al hijo menor como lo es la educación, su salud y bienes, entre otras.

Es, por tanto, la comunicación y en trato cotidiano, un derecho y un deber compartido entre progenitores y el menor hijo, ya que esa relación permitirá que se consoliden los sentimientos filiales, y una cohesión afectiva importante en el desarrollo del menor, al estructurarse con solidez y equilibrio el psiquismo del niño.

Por ello, cuando los progenitores no conviven o están separados, la ley permite que diseñen entre ellos, un plan que garantice que en los asuntos importantes que involucren a los hijos comunes, se concreten las responsabilidades y compromisos parentales que asumirán cada uno de ellos.

El plan de parentalidad se basa específicamente, en un acuerdo para definir los aspectos básicos de la vida de los hijos, su cuidado, su salud, la educación, inclusive el régimen que se adopta para el tiempo de ocio del menor y la relación que tendrá el hijo con los progenitores y demás parientes, incluyendo la comunicación entre ellos.

De no lograrse el acuerdo deseado entre los progenitores que no conviven, el juez tiene la potestad legal de establecer el régimen aplicable para el cuidado de los hijos, dando prioridad a la modalidad compartida indistinta, a menos que ello afecte al menor, en dicho caso ordenara el cuidado de forma unipersonal o alternada.

Señala el Código que el juez no podrá tomar la decisión del cuidado del menor bajo esta modalidad, basándose en discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición. Es decir, por regla normativa debe evitarse los prejuicios y las discriminaciones, sin que esto quiera elimine la facultad que tiene el juez de cumplir con el estudio concreto del caso para establecer lo que resulte más beneficioso al niño.

Pero es importante resaltar que, existiendo el acuerdo, así sea este de forma parcial, sobre algunos aspectos importante del niño, o que le corresponda al juez definir el plan de parentalidad, debe procurarse la participación activa del hijo, en resguardo del derecho que tiene de ser oído.

Los progenitores tienen además del cuidado del niño, otros deberes importantes que están obligados a asumir frente a sus hijos, como lo es el de convivir con ellos, para permitir que afiancen su identidad y reciban el afecto necesario para su sano desarrollo.

La identidad de una persona está compuesta por el aspecto genético, pero también se complementa y se afianza por la vida en común con sus progenitores, por ser el canal que construye la relación afectiva hacia la familia a la cual pertenece. Además, están los deberes de prestarle alimentos y proveerles de una educación adecuada, procurando para ello la participación activa del menor, así como velar por solventar sus necesidades.

Es claro el artículo 659 al establecer lo que está comprendido en la obligación de suministrar alimentos al menor, la cual se centra en la satisfacción de las necesidades básicas del niño, niña o adolescente, como lo son la manutención, la educación, la recreación, su vestido, habitación, y servicio médico asistencial.

La obligación de alimentos que tienen los progenitores se determina de forma proporcional a los ingresos de cada uno, valorándose económicamente el cuidado personal asumido por uno de los progenitores y por lo tanto suma como aporte a la manutención del menor.

El ejercicio de la responsabilidad parental puede ser delegada por acuerdo entre los progenitores, en un pariente e inclusive a un tercero, cuando existan razones que lo justifiquen, y teniendo el resguardo del interés superior del niño. Este acuerdo requiere de la homologación del juez, previo haber oído al niño o adolescente.

En tal sentido el Juez de Familia de la Ciudad de Paso de los Libres, en la causa sobre la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, estableció que:

“El eje central de las decisiones judiciales cuando se hallen involucrados niños menores de edad, siempre deberá ajustarse al interés superior del niño, entendido como la máxima satisfacción, integral y simultanea de los derechos y garantías reconocidos (...). La delegación del ejercicio de la responsabilidad parental estará marcada por dos extremos fundantes: el interés superior del hijo y

que exista una razón para delegarla- debiendo prevalecer respecto de los hijos ante cualquier otra consideración.”⁷⁵

El acuerdo que delega la responsabilidad parental tiene una duración de un año, pero puede el juez renovarlo cuando medien situaciones que así lo aconsejen en protección a los intereses del niño, niña o adolescente. Si una vez vencido el lapso de la delegación de la responsabilidad parental, se observa que se mantienen las causas que motivaron la delegación, el juez tomará una decisión sobre las instituciones previstas en el Código.

Aun cuando el ejercicio de esta responsabilidad sea delegada, la titularidad corresponde a los progenitores quienes resguardan y mantienen el derecho a vigilar la crianza del hijo, por lo que permanece en ellos la responsabilidad de representación legal del menor.

El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y por ello adquiere la licencia de tomar todas las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, aun cuando los progenitores conservan la titularidad de los derechos y responsabilidades frente al menor.

⁷⁵ Juzgado de Familia de la Ciudad de Paso de los Libres, en la causa sobre la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental. Resolución N° 60 de fecha 14 de diciembre de 2015. Expte. LXP 12606/15.

Capítulo 3: La obligación alimentaria en nuestro ordenamiento jurídico argentino

Introducción

La obligación de dar alimentos es uno de los institutos con mayor amplitud y profundidad ética en el ordenamiento jurídico argentino. Ella pretende la protección efectiva de la familia y la satisfacción de las necesidades de sus integrantes, partiendo de la solidaridad y asistencialidad que debe prevalecer en el grupo familiar, coadyuvando en el desarrollo integral de sus miembros más vulnerables y en la protección de sus derechos.

Originalmente esta obligación inició como un deber de los padres hacia los hijos, pero con el transcurso del tiempo se ha visto modificada y extendida, precisamente por los caracteres ya enunciados que deben prevalecer en los vínculos familiares y, en ciertos casos convivenciales.

Este es en efecto, el centro de esta investigación, la cual inicia con un breve recuento de la evolución de la obligación alimentaria desde el Derecho Romano, pasando por el derogado Código Civil velezano, hasta llegar a las disposiciones del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

A partir de allí, nos adentramos en cuál es la extensión de la obligación en el ordenamiento jurídico argentino vigente y que se halla plasmada en el referido Código Civil y Comercial, respecto de los sujetos obligados a prestar este deber y a los beneficiarios titulares del derecho de recibir esos alimentos.

De la misma manera se enuncian los principios que rigen la obligación, cuáles son los elementos que integran el contenido de la prestación y las causales que dan origen al cese de la misma. Finalmente, se plantean los nuevos supuestos que aparecieron con la sanción de la nueva legislación, y que el antiguo Código Civil no regulaba por completo o simplemente no lo contemplaba dentro de su articulado.

3.1. Obligación Alimentaria en el Código Civil y Comercial de la Nación

3.1.1. Evolución de la Obligación

Para Zini Haramboure⁷⁶, la obligación alimentaria en el derecho actual de los padres respecto de los hijos menores de edad es entendida como uno de los tantos efectos que derivan de la patria potestad. Ahora, continúa su exposición dicha autora al hacer una exhaustiva investigación sobre sus orígenes en el Derecho Romano, donde se precisa que tal obligación en la Roma primitiva, constituía un deber ético emanado de la *patria potestas*, no teniendo sustento legal determinado. Con mayor grado de detalle, se destaca a estas instancias, que en Roma se acostumbraba a que la madre o nodriza amamantara al niño hasta los tres años. Llegada esa edad, este contaba con una acción para exigirle alimentos a su progenitor, como quedó plasmado en una constitución imperial de la época de Diocleciano⁷⁷.

Explica Zini Haramboure⁷⁸, que más adelante, durante los principados de Antonino Pío y Marco Aurelio, surge la figura legal de obligación de alimentos entre parientes. Es precisamente en el transcurso de la dinastía de los Antoninos, cuando emergió una clara humanización del derecho, como resultado de la influencia estoica incidió en la moderación de la *patria potestas* y en la puesta en práctica de una serie de políticas sociales entre las que se hallaron las instituciones alimentarias para los niños.

En este mismo sentido, la referida autora sostiene que los Emperadores Severo y Antonino manifestaron en una oportunidad a Sabino, que el buen comportamiento que este último tuviese con su padre, hiciere que ganase su cariño, le haría mayor merecedor de su “paternal piedad”. No obstante, si ello no sucediere espontáneamente, sería competencia del juez al que se hubiere recurrido ordenar la prestación de alimentos conforme a las facultades; teniendo en cuenta que en el supuesto que aquel negare ser tu padre, el juez habría primigeniamente de examinar esta cuestión.

⁷⁶ Cfr. Zini Haramboure, P. *De la patria potestas romana a la responsabilidad parental en Argentina: evolución de la obligación alimentaria*. Revista Electrónica: UNLP 2015, Documento N° 3696, 2015.

⁷⁷ Cfr. Zini Haramboure, P. Op. Cit.

⁷⁸ Cfr. Zini Haramboure, P. Op. Cit.

Continúa explicando la autora, que de uno de los textos de Paulo, en su Libro II de Sentencias, se extrae que el aludido jurista, estimaba que negar los alimentos a un hijo, constituía una forma en la que el padre mataba a su hijo; equiparable a los actos de sofocar el parto, arrojarlo y exponerle en lugares públicos por “misericordia que él no tiene”⁷⁹. De tal forma, se resalta que los romanos consideraban que la obligación alimentaria era producto del principio de protección a la vida, y del deber parental de afecto, especialmente del originado por un vínculo de sangre; siendo severamente penado su incumplimiento.

Asimismo, otro jurista clásico de la época romana, Ulpiano, se pronunció respecto del tema en cuestión, destacando que, si los padres pretendían ser alimentados por sus hijos o viceversa, era competencia del juez conocer del asunto, no importando a su criterio, si los hijos estuviesen bajo su potestad, emancipados o constituidos por derecho propio por otra causa; y que recíprocamente ellos debían alimentar a sus padres. Igualmente, Ulpiano estimaba que correspondía al juez determinar si la obligación de alimentos alcanzaba solo a los parientes del lado paterno o si se extendía a los del lado materno. Su postura se inclinaba a considerar el segundo de estos supuestos en virtud del socorro de las necesidades del pariente solicitante, que nace no solo de la “caridad de la sangre”, sino también de la piedad y la equidad⁸⁰. Entre las particularidades que presentaba la obligación de alimentos en Roma, era que los alimentos debían ser prestados conforme a las facultades del alimentante, y en el supuesto de negarse éste, podría tomarse en prenda y vender sus bienes para cumplir con la obligación.

Otro supuesto importante era el de la mujer embarazada, caso en el cual debía designarse un curador para el hijo que estaba en el vientre materno, para que aquel se ocupase de las necesidades de la mujer embarazada; necesidades que abarcaban comida, bebida, vestido y habitación; en tanto que la expresión “alimentos” englobaba según Ulpiano en su Libro LVIII de Comentarios al Edicto, todas las cosas necesarias para la comida, la bebida, el ornato del cuerpo (vestido), la protección y mantenimiento del cuerpo, y las que el hombre requiriese para vivir⁸¹.

⁷⁹ Cfr. Zini Haramboure, P. Op. Cit.

⁸⁰ Cfr. Zini Haramboure, P. Op. Cit.

⁸¹ Cfr. Zini Haramboure, P. Op. Cit.

Conforme afirma Curti⁸², el Código Civil entendía que la obligación alimentaria estaba excesivamente centrada en la figura de un progenitor proveedor, donde existía una legitimación pasiva restringida; y donde, aunado a lo anterior, el contenido integral de la prestación estaba fuertemente atado a lo patrimonial, desvinculado de lo afectivo.

En este orden de ideas, el referido código previó como contenido de la obligación alimentaria, la manutención, la vestimenta, la habitación y asistencia, y los gastos por enfermedades (artículo 267 *ejusdem*)⁸³. Como resultado de la sanción de la Ley 23.264, se añadieron los rubros de educación y esparcimiento, quedando redactada la norma de la siguiente manera: “La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad”⁸⁴.

A lo precedentemente afirmado, agrega Belluscio⁸⁵, que de la redacción de la norma, se entiende que bajo el régimen anterior, la obligación alimentaria de los progenitores estaba limitada a sus hijos menores, y tal deber incumbía a ambos padres. No obstante, no existía para el autor dentro de la ya derogada norma, una obligación de igualdad numérica de la contribución económica. Así, se inobservaba como parte integrante de la obligación alimentaria, la contribución aportada por el progenitor conviviente respecto al cuidado personal del hijo; obviándose el gran valor económico que poseen dichas tareas; por la inversión de tiempo que ellas irrogan, la dificultad para dedicarse a una actividad remunerada a tiempo completo, y por la necesidad de contratar a otra persona para tales fines, si el progenitor conviviente no pudiese hacerlo.

Otra debilidad que padecía la norma derogada en esta materia era que no se disponía cuál era la modalidad de cumplimiento de la cuota alimentaria, motivo por el cual, estas cuestiones eran resueltas a través de los Códigos de forma⁸⁶. Con respecto también al modo de cumplimiento de la obligación, el citado autor expone que, si se trataba de hijos menores de

⁸² Cfr. Curti, P. Alimentos a los hijos. Publicado en. Revista Electrónica La ley 2015, Documento N° 1306 (2015).

⁸³ Ley N° 340 del Código Civil de la Nación, 1869.

⁸⁴ Ley N° 340 del Código Civil de la Nación, 1869.

⁸⁵ Cfr. Belluscio, C. Obligación alimentaria de cada progenitor y su extensión. Revista Electrónica La ley 2016, Documento N° 2589, 2016.

⁸⁶ Cfr. Curti, P. Op. Cit.

21 años y conviviesen los progenitores obligados, no representaba mayores inconvenientes relacionados a la forma de cumplir con la prestación alimentaria. Por el contrario, las dificultades afloraban cuando cesaba la convivencia de los progenitores o si estos nunca habían convivido, puesto que si se trataba del caso de un hijo mayor de 18 años y menor de 21, que no convivía con sus progenitores; no había norma que regulara el caso⁸⁷. Situación resuelta años más tarde con la aparición del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

No está de más acotar que el antiguo Código, nada disponía en cuanto a los hijos mayores de 21 años y menores de 25 años, cuando estos se capacitaban.

Entre otras cosas, el Código Velezano era de corte paternalista y sumamente dominante, lo que se traducía en que los legitimados activos para solicitar alimentos, eran el otro progenitor en representación del hijo y el Ministerio Público. Mientras, la legitimación pasiva, como se mencionó con anterioridad, estaba limitada a ambos progenitores⁸⁸.

En esta misma inteligencia, el derogado Código fallaba al dar respuesta a diversos supuestos, como consecuencia de la falta de disposiciones expresas que regularan aquellos casos. Entre ellos pueden destacarse la obligación alimentaria respecto de los hijos no reconocidos, hijos no nacidos y sus madres embarazadas, hijo fuera del país o alejado de sus progenitores, entre otros.

Sin embargo, el legislador velezano si contempló la obligación de los descendientes para con sus ascendientes, al versar en su artículo 367 lo siguiente:

“Los parientes con consanguinidad se deben alimentos en el orden siguiente: 1) Los ascendientes y descendientes. Entre ellos están obligados preferentemente los más próximos en grado y a igualdad de grados los que estén en mejores condiciones para proporcionarlos. 2) Los hermanos y medios hermanos (...) La obligación alimentaria entre los parientes es recíproca”⁸⁹.

⁸⁷ Cfr. Curti, P. Op. Cit.

⁸⁸ Cfr. Curti, P. Op. Cit.

⁸⁹ Ley N° 340 del Código Civil de la Nación, 1869.

Asimismo, estaba determinada la obligación entre los parientes por afinidad únicamente si estaban vinculados en primer grado⁹⁰.

3.1.2. Extensión de la obligación alimentaria en el régimen actual

Al decir de Ales Uría⁹¹, la obligación alimentaria originalmente reconocía el derecho de percibir alimentos de los hijos por parte de los padres, tal como se evidenció de lo previamente explicado. Esta conceptualización de la aludida obligación, ha evolucionado considerablemente gracias a la gestión de los distintos operadores del Derecho. Ahora, el derecho de asistencia se ha visto extendido hasta los grados ulteriores de parentesco, tanto de afinidad como de consanguinidad.

Siendo la antes llamada patria potestad, ahora responsabilidad parental, el origen de esta obligación cuando se trata de los padres frente sus hijos; la ley también origina este deber como efecto del matrimonio, debido a que los cónyuges se deben alimentos entre ellos en el transcurso y desarrollo de la vida en común y durante la separación de hecho, con supuestos específicos para los casos de divorcio⁹²; y por el parentesco, en el orden fijado por la ley: los ascendientes y descendientes con preferencia a los más próximos en grado, los hermanos bilaterales y unilaterales, y los parientes por afinidad que estén vinculados en línea recta en primer grado⁹³. Véase como las regulaciones en casi nada difieren con lo que establecía el Código Civil de Vélez.

Ales Uría⁹⁴, estima conveniente recordar que el parentesco deriva de la naturaleza, la afinidad, la adopción y las técnicas de reproducción humana asistida⁹⁵, y que este deber emerge en virtud de que quien ha dado la vida a otra persona, implícitamente contrajo la necesidad de preservarla a través de la provisión de recursos propicios para su desarrollo integral, hasta que alcance un estado que le permita conducirse por sí mismo.

⁹⁰ Ley N° 340 del Código Civil de la Nación, 1869.

⁹¹ Cfr. Ales Uría, M. *Regulación del derecho-deber de alimentos entre parientes*. Revista Electrónica RCCyC 2015, Documento N° 2438 (2015).

⁹² Ley N° 340 del Código Civil de la Nación, 1869.

⁹³ Ley N° 340 del Código Civil de la Nación, 1869.

⁹⁴ Cfr. Ales Uría, M. Op. Cit.

⁹⁵ Ley N° 340 del Código Civil de la Nación, 1869.

La autora citada *ut supra* entiende que los alimentos son el resultado inmediato de la procreación, en la cual se ha traído al mundo a una persona, de forma arbitraria sin su consentimiento. Por esta causa, difiere con Zini Haramboure⁹⁶ en que el origen de la obligación es la patria potestad, debido a que incluso quien ha sido privado de ella, está obligado a cumplir con la prestación; radicando así la génesis de los alimentos, en la “necesidad y en la responsabilidad por la procreación” que recae sobre ambos progenitores por cuanto ambos han contribuido igualmente en la existencia del hijo.

En esta inteligencia, la obligación correspondiente a ambos progenitores, debe ser proporcional a las posibilidades que estén al alcance de cada uno, y a sus aportes “no dinerarios” para la solidificación del desarrollo y bienestar del hijo en común. Nótese que esto último se debe a que la nueva concepción de la obligación, donde se deja atrás la percepción puramente dineraria de los alimentos, y donde factores como el cuidado personal del hijo hallan trascendencia en la esfera económica por las razones ya expuestas⁹⁷.

Las nuevas regulaciones, muestran un real respeto al derecho que tienen todas las personas de no ser discriminadas, por cuanto desaparece el desamparo en que pudiese (bajo la vigencia de la ley anterior) dejarse a los hijos nacidos fuera del matrimonio. Al respecto, Ales Uría⁹⁸ afirma que con la sanción del Nuevo Código Civil y comercial de la Nación:

“el deber de alimentos pesa no sólo sobre el progenitor sino sobre toda su familia independientemente de la clase de filiación de que se trate como expresión concreta de la posesión de un status familiae por parte del hijo no matrimonial. Todos los hijos sin distinción tienen el derecho de alimentos con la misma extensión y contenido”.

La prestación de alimentos entre hermanos, contenida en el inciso b del artículo 537 y analizada a la luz del artículo 529 del Nuevo Código, la razón de ser del instituto en este caso particular, son los lazos de solidaridad familiar y convivencia, sin que sea necesario que

⁹⁶ Cfr. Zini Haramboure, P. Op. Cit.

⁹⁷ Cfr. Ales Uría, M. Op. Cit.

⁹⁸ Ales Uría, M. Op. Cit. Pág. 2.

medie responsabilidad en un hermano por la existencia del otro⁹⁹. El mismo argumento es aplicable al caso de los parientes afines.

Ahora bien, conforme a lo que dispone la parte *in fine* del artículo 537, existe un orden de prelación para determinar a quiénes, entre todos los parientes, se les determinará la obligación. Este es pues, que los alimentos deben ser provistos por aquellos que estén en mejores condiciones para prestarlos, y de existir múltiples parientes con tales condiciones, ellos se hallan obligados en partes iguales, pudiendo el juez fijar cuotas distintas, partiendo de la cuantía de sus bienes y cargas familiares respectivas¹⁰⁰.

Aclara Ales Uría¹⁰¹, que no se trata de quienes son los parientes más próximos en grado, puesto que ello en nada influye al determinarse la obligación. Por el contrario, es la capacidad económica de esos parientes la que es tomada en cuenta al señalar a los obligados a prestar alimentos. Así las cosas, la autora arguye que la subsidiariedad entre un obligado y otro, queda restringida a la capacidad *in concreto* de cada obligado.

A pesar del tinte proteccionista que reviste a la obligación al incluir a otros parientes distintos a los progenitores, la autora pone en manifiesto los riesgos que pueden suscitarse al facilitar que los últimos pudiesen evadir el cumplimiento de los alimentos, colocando la labor que a ellos corresponde, sobre los hombros de parientes en mejor situación económica.

Un aspecto que puede reprochársele al Legislador respecto de las disposiciones del Nuevo Código, es haber omitido incluir expresamente al Estado argentino dentro de los obligados a la prestación alimentaria, conforme está previsto en el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño (suscrita y ratificada por Argentina, y parte del bloque de constitucionalidad nacional), en base al cual el Estado es subsidiariamente obligado a prestar alimentos¹⁰².

⁹⁹ Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

¹⁰⁰ Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

¹⁰¹ Cfr. Ales Uría, M. Op. Cit.

¹⁰² Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.

3.1.3. Extinción

Determinada en sede judicial, la obligación alimentaria subsiste mientras no se configure alguna de las causales de cese de la obligación que el Código Civil y Comercial de la Nación prevé en su artículo 554: incursión del alimentado en alguna causal de indignidad, muerte del alimentado o del alimentante, y la desaparición de los presupuestos que dieron origen a la obligación¹⁰³.

Expone Ales Uría¹⁰⁴, respecto de la última de las causales enunciadas, que los presupuestos a los que se hace alusión pueden referirse tanto al alimentado como al alimentante, y que la desaparición de los presupuestos puede constituirse por ejemplo con la desaparición del estado de necesidad del alimentado, o el conocimiento de otro potencial obligado cuya condición económica sea mejor, etc.

Es regla general en el Derecho, que la obligación se extinga de la misma forma en la que se contrajo. En este caso específico, si la obligación se fija en sede tribunalcia, sería lógico deducir que la extinción debe plantearse ante el juez competente. Lo mismo aplicaría para cualquier variante que se presente respecto de la obligación, la cual se fija mediante sentencia judicial, de forma provisional, de modo que puede modificarse a instancia de los interesados al aparecer una sustancial variación de las circunstancias existentes al momento en que la cuota fue establecida. En efecto es así, y se hace vía incidental dentro del expediente de la causa.

Sin embargo, como excepción a la regla anterior, surgen casos en los que la extinción o cese de la obligación se produce *ipso iure* por el carácter personal e intransferible de la obligación, y correlativo derecho. Queda enmarcado aquí el supuesto de la muerte del alimentado o del alimentante, el de la llegada del hijo a la mayoría de edad, o la disolución del vínculo matrimonial respecto de los parientes afines¹⁰⁵.

Apunta en complemento la doctrina, que tratándose de supuestos que necesariamente deben tramitarse judicialmente, donde las circunstancias no puedan ser verificadas

¹⁰³ Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

¹⁰⁴ Cfr. Ales Uría, M. Op. Cit.

¹⁰⁵ Cfr. Ales Uría, M. Op. Cit.

automáticamente con la “compulsa de la realidad”, la sentencia que dictamina el cese de la cuota tiene efectos retroactivos sobre las cuotas devengadas pero no percibidas al momento de quedar firme la sentencia, mientras que las que ya fueron abonadas son irrepetibles¹⁰⁶. Sería este el caso de la configuración de causales de indignidad por parte del alimentado, la desaparición de la situación de necesidad de aquel, la pérdida de capacidad económica del alimentante obligado.

3.1.4. Principios rectores de la obligación

Llegado a este punto, lo primero a lo que ha lugar mencionar, es el carácter de orden público que como principio recubre la obligación alimentaria. Consecuentemente, no puede ella ser objeto de transacción o negocio que lo introduzca en el comercio. La institución detenta características de inalienabilidad, irrenunciabilidad, imprescriptibilidad e inherencia personal¹⁰⁷.

Esto es precisamente lo que dispone el Código Civil y Comercial de la Nación cuando instaure que la obligación de prestar alimentos “no puede ser compensada, ni el derecho a reclamarlos o percibirlos, ser objeto de transacción, renuncia, cesión, gravamen o embargo alguno. No es repetible lo pagado en concepto de alimentos¹⁰⁸. Con arreglo a lo anterior, el citado Código establece que ni las prestaciones alimentarias devengadas, ni las no percibidas, pueden ser objeto de compensación, renuncia o transmisión a título gratuito u oneroso¹⁰⁹.

Sostiene Ales Uría¹¹⁰, que estos preceptos procuran la protección efectiva de los intereses de los menores y de las personas sometidas a regímenes de guarda; impidiéndole a los responsables, tutores o curadores la realización de cualquier tipo de acuerdos con el obligado alimentante, que vaya en detrimento de la obtención de una mejor calidad de vida del alimentado.

La aludida autora, destaca también que, siendo la obligación alimentaria inherente a la persona del alimentado y del alimentante, las acciones para solicitarla no son transmisibles a

¹⁰⁶ Cfr. Ales Uría, M. Op. Cit.

¹⁰⁷ Cfr. Ales Uría, M. Op. Cit.

¹⁰⁸ Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

¹⁰⁹ Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

¹¹⁰ Cfr. Ales Uría, M. Op. Cit.

los herederos ni a los acreedores del alimentante. Entonces, no habiendo transmisibilidad hereditaria ni posibilidad de acción subrogatoria de los acreedores, se deduce que el derecho a reclamar alimentos no integra la universalidad patrimonial de la persona. Así las cosas, el beneficiario de una obligación alimentaria que pretenda que los causahabientes del obligado alimentante que era a su vez causante de estos, cumplan con la obligación, será necesario que acredite que esos sucesores se hallan personalmente obligados a la prestación conforme a las disposiciones que determinan la obligación para los demás parientes que no sean progenitores. Habiéndose devengado las cuotas alimentarias, *“éstas ya integran el patrimonio del alimentado incluso si el alimentante fallece antes de haberlas efectivamente erogado”*¹¹¹.

Por otro lado, el principio de inalienabilidad de los alimentos frustra cualquier acto de transmisión *inter vivos* que tenga por objeto dichos alimentos. Por ende, el derecho a reclamarlos no puede ser cedido. No obstante, al igual que en el supuesto de *mortis causa* arriba explicado, en tanto las cuotas hayan sido devengadas, pasan a formar parte del patrimonio del alimentado, pudiendo entonces ser cedidas como cualquier otro crédito¹¹².

Es igualmente relevante para la autora, destacar la inembargabilidad del derecho de alimentos, frente a las deudas contraídas por el alimentado. Este principio tiene una excepción, la cual se configura cuando los créditos por alimentos ya han sido cobrados y se encuentran depositados en una cuenta bancaria, pudiendo así ser embargados si sobre esa cuenta se dictamina cualquier tipo de medida.

Como el último de los principios característicos de la obligación que en esta oportunidad ocupa nuestro estudio, se encuentra la irrenunciabilidad a futuro, *“siendo el alimentado libre de nunca iniciar las respectivas acciones para la determinación del derecho o bien manteniendo una inactividad frente al no pago de las cuotas judicialmente determinadas a su favor”*¹¹³. Tal es la situación, que vuelve inoperable la compensación entre el crédito del alimentado y cualquier acreencia que el alimentante pudiese tener a su favor contra aquel.

¹¹¹ Ales Uría, M. Op. Cit. Pág. 4.

¹¹² Cfr. Ales Uría, M. Op. Cit.

¹¹³ Ales Uría, M. Op. Cit. Pág. 4.

Tomando en consideración que no cabe la transacción ni la renuncia al derecho de alimentos, no existe en la legislación argentina norma alguna que prohíba o limite la posibilidad de que el alimentado y el alimentante acuerden un aumento o disminución de la cuota alimentaria, rescatando que indistintamente de lo pactado, el derecho a solicitar ulteriormente el aumento de la cuota es asimismo irrenunciable¹¹⁴.

3.1.5. Contenido de la obligación

Explica la autora que partiendo de la redacción del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el concepto de “alimentos” abarca “*todos los medios materiales que son necesarios para la existencia física de las personas e, inclusive, su instrucción y educación*”¹¹⁵. En este sentido el artículo 541 de la citada ley, dispone:

*“La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondientes a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante. Si el alimentado es una persona menor de edad, comprende, además, lo necesario para la educación”*¹¹⁶.

En adición a ello, hablando específicamente de la obligación de los padres hacia los hijos, Curti¹¹⁷ arguye que el término de “patria potestad” es reemplazado por el de “responsabilidad parental”, cambio cimentado en la nueva denominación del conjunto de derechos y deberes de los progenitores respecto de sus hijos, redireccionándolos hacia el respeto del principio jurídico de consideración del niño, niña y adolescente; como sujeto de derechos.

Parte de la doctrina manifiesta que, bien se ha propuesto la sustitución de la expresión “alimentos” por la de “prestación asistencial familiar integral” en la intención de “promover una transformación de la concepción actual del instituto alimentario”¹¹⁸. Las razones para ello, están enmarcadas en las características tradicionales de la obligación alimentaria, que

¹¹⁴ Cfr. Ales Uría, M. Op. Cit.

¹¹⁵ Ales Uría, M. Op. Cit. Pág. 1.

¹¹⁶ Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

¹¹⁷ Cfr. Curti, P. Op. Cit.

¹¹⁸ Cfr. Curti, P. Op. Cit.

como ya se expuso, la percibía como una cuestión meramente dineraria, bajo un enfoque individual y paternalista, en ocasiones reducida a una naturaleza resarcitoria; quedando el niño excluido como sujeto de derechos al que se excluye de participar en el proceso judicial que lo involucra. El cambio, representaría no solo una mejor adecuación de la terminología a la esencia real del instituto, sino que permitiría a los obligados un mejor entendimiento acerca de los fines del mismo, lo que se traduciría en un mejor cumplimiento por su parte.

El artículo 646 del Código Civil y Comercial de la Nación contempla dentro de los deberes de los progenitores el de prestar alimento a los hijos, considerando sus necesidades específicas de acuerdo a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo¹¹⁹.

Se suma a lo anterior lo dispuesto en el artículo 658 de la referida ley, al predeterminar como regla general la obligación y el derecho de criar a los hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna; que es adjudicada a ambos progenitores, sin importar que el cuidado personal de los hijos solo esté a cargo de uno de ellos¹²⁰. En esta misma línea, la norma vigente en el artículo 659 versa textualmente:

*“La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado”*¹²¹.

Con fundamento en las premisas consideradas precedentemente, la doctrina determinó que el concepto de “alimentos” engloba los gastos ordinarios y extraordinarios necesarios para la subsistencia del alimentado, y de ser el caso, también los gastos para su educación e instrucción¹²². Se contemplan igualmente los ítems de alimentación, cobertura médica habitual, habitación y vestuario.

¹¹⁹ Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

¹²⁰ Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

¹²¹ Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

¹²² Cfr. Curti, P. Op. Cit.

Presentado el caso en que se ameriten erogaciones extraordinarias por concepto de asistencia médica especial, medicamentos no crónicos, intervenciones quirúrgicas e internación, provisión de elementos de estudio no habituales y gastos vinculados con la educación, se estima que tales elementos se hallan contenidos en la cuota alimentaria. No quedan incluidos los gastos suntuarios ni las deudas del alimentado. Tal y como se ha afirmado, el contenido de la obligación ha dejado de ser solo de los padres hacia los hijos, para abrigar adicionalmente a otra gama de parientes. Esto con la finalidad de efectivizar de “manera más urgente” el derecho del alimentado¹²³.

Apuntando ahora a la cuantía de la obligación, el artículo 541 del Código Civil y Comercial de la Nación preceptúa que debe haber en la fijación de la misma, proporcionalidad al caudal o a los medios de los que disponga el alimentante y a las necesidades del alimentado¹²⁴. Asegura Ales Uría¹²⁵, que es imperativa la necesidad de evaluar la capacidad económica del obligado, en virtud de la naturaleza relativa y variable del débito alimenticio, la cual se sustenta en que prevalezca la existencia de necesidad del lado del alimentado y la aptitud patrimonial del obligado para hacerle frente.

No está de más, recordar que la fijación de la cuota de alimentos debe hacerse en sede judicial, bien sea en el escenario de la tramitación “*por el proceso más breve que establezca la ley local*”¹²⁶ prescindiendo de la acumulación a otra pretensión; o cuando mediante jurisdicción voluntaria, se haya acudido al juez con un acuerdo de regulación de alimentos, caso éste en el que el magistrado deberá homologar tal acuerdo, requiriéndose el visto bueno del Asesor de Menores e Incapaces, si por la condición del alimentado fuere el caso. A tales fines, el juez cuenta con extensas facultades en la determinación del monto y el número de cuotas, tomando como base la proporcionalidad de la que se habló con antelación, y siempre valorando agentes como la edad, necesidades de desarrollo físico y socio-cultural del alimentado, la salud y recursos de que disponga el obligado, entre otros¹²⁷.

¹²³ Cfr. Ales Uría, M. Op. Cit.

¹²⁴ Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

¹²⁵ Cfr. Ales Uría, M. Op. Cit.

¹²⁶ Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

¹²⁷ Cfr. Ales Uría, M. Op. Cit.

3.1.6. Modo de cumplimiento

Vale recordar que la legislación anterior no contemplaba expresamente el pago en especie de las cuotas alimentarias, salvo el caso excepcional del pupilo que era indigente. Si bien el pago en especie no estaba prohibido, tampoco estaba explícitamente autorizado, como sí sucede actualmente¹²⁸. En relación a la forma de pago de la cuota alimentaria, el artículo 542 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que aquella deba efectuarse a través del pago de una renta en dinero, existiendo la posibilidad de que el obligado solicite hacerlo de otra manera, previa justificación suficiente¹²⁹.

En otras palabras, la regla es que la obligación debe cumplirse mediante el pago en dinero, admitiéndose la prestación en especie según lo requieran las particularidades del caso concreto, y si así lo estima el juez que conozca de la causa¹³⁰. La cuestión parece complicarse un poco con el contenido del artículo 659 del Código, al éste determinar que “*los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie*”¹³¹. Esta cuestión la aclara Belluscio¹³², indicando que el alimentante puede comprometerse en la entrega de bienes al niño, niña o adolescente; y abonar directamente a terceros los servicios que le sean prestados al alimentado, ejemplo, la cuota del colegio, del servicio de medicina prepaga, el alquiler del inmueble donde habita, etc. Ello se debe a que la finalidad real de la obligación es la satisfacción de las necesidades del alimentado. Sin embargo, el sólo aporte de bienes, no puede darse cobertura a todas y cada una de las necesidades que debe satisfacer la prestación, ya que siempre va a existir la necesidad de pagar, por ejemplo, a terceros por los servicios prestados al alimentado (gastos escolares, médicos, recreacionales, etc.).

Prosigue desglosando el autor, que igual sucede con el referido pago a terceros. No es posible cubrir la totalidad de las necesidades del alimentado bajo esta modalidad, al menos sin causar perjuicios para ambas partes de la relación alimentaria, razón por la cual este tipo de cumplimiento de la obligación es poco habitual en la práctica.

¹²⁸ Cfr. Belluscio, C. Op. Cit.

¹²⁹ Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

¹³⁰ Cfr. Ales Uría, M. Op. Cit.

¹³¹ Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

¹³² Cfr. Belluscio, C. Op. Cit.

En última instancia, lo que sí pudiese hacerse es que el juez homologue acuerdos en los que el alimentante abone directamente a terceros todos los rubros que deban ser cubiertos a través de cuotas periódicas (pago de alquiler, servicio de medicina prepaga, transporte escolar, etc.), y dar cumplimiento al resto de los rubros por medio de la entrega de dinero. También dentro del cumplimiento de la obligación en especie, es relevante destacar el cuidado personal del alimentado, especialmente si estos son los hijos.

Comenzando este trabajo, se esbozó brevemente que la legislación anterior desestimaba el aporte que uno de los progenitores, frecuentemente la madre, hacía por medio del cuidado ofrecido a los hijos. Esto cambió con la aparición del Nuevo Código, el cual establece en su artículo 660 que todas aquellas tareas que el progenitor realiza cotidianamente respecto del cuidado personal del hijo, tienen valor económico y por ende, constituyen un aporte a la manutención de ese hijo¹³³.

Opina Curti¹³⁴ que ello se traduce en una democratización de las relaciones familiares, al otorgarle “valor” a un elemento que hasta ese momento había sido “invisibilizado”. El cuidado es parte de la contribución debida de los padres hacia los hijos, y habiendo aclarado que la obligación aquí tratada, no es exclusivamente dineraria; se considera que estamos ante un aporte en especie. El progenitor conviviente cumple con su obligación alimentaria en especie, ya que por el valor económico del cuidado que brinda a sus hijos, se compensa la obligación monetaria.

En esta inteligencia, el autor sostiene que, al constituirse este aporte en uno de tipo pecuniario, y al corresponderle al juez la determinación de la cuota, debiera corresponderle al quien no realiza dichas tareas un porcentaje mayor, debido a que ambos padres son solidariamente responsables frente a sus hijos.

3.1.7. Legitimación activa

En la ampliación llevada a cabo por la nueva legislación en la materia, queda enmarcada la legitimación procesal que permite a los mismos hijos accionar contra sus progenitores para solicitar el cumplimiento de la obligación alimentaria, y permitiéndoles también a los demás

¹³³ Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

¹³⁴ Cfr. Curti, P. Op. Cit.

parientes demandar en estos casos. Así, se logra reforzar la protección efectiva de los derechos alimentarios de niñas, niños y adolescentes; tratándoles como sujetos de derecho que son, en consonancia con el principio de autonomía progresiva.

Evidencia de esto se encuentra en el artículo 661 del Nuevo Código, al legitimar para demandar al progenitor que falte a la prestación de alimentos, al otro progenitor en representación del hijo; al hijo con grado suficiente de madurez debidamente asistido; y subsidiariamente a cualquiera de los parientes o al Ministerio Público¹³⁵.

3.2. Nuevos Supuestos

3.2.1. Hijo mayor de edad y menor de 21 años

La parte *in fine* del artículo 658 del Código, extiende la obligación de prestar alimentos a los hijos hasta los veintiún años¹³⁶. A simple vista, esto no representa mayor novedad, debido a que así se encontraba previsto en el Código Civil de Vélez. Sin embargo, más adelante veremos que lo anterior no es del todo cierto.

Tomando las palabras de Curti¹³⁷, lo primero que merece la pena destacar es que el artículo a que se hizo referencia *ut supra*, supera con creces en redacción a la misma norma que contenía la legislación derogada, pues de disipan las dudas sobre el momento extintivo de la obligación, siendo este a las cero horas del día en que el alimentado cumple los 21 años. Entiende el autor que el artículo enunciado al inicio de este punto se halla localizado dentro del Título "Responsabilidad parental", donde se reúnen las normas reguladoras de los derechos y deberes de los progenitores. Por lo tanto, el Legislador lleva a comprender que, aun tratándose de hijos mayores, la obligación en estos casos también deriva de la responsabilidad de los progenitores con respecto a sus hijos, sin tener al menos los caracteres propios de este tipo de deber en razón de la edad en la que se presta. Lo explicado, se fundamenta en la idea de que el derecho toma en cuenta la progresividad que deviene de la

¹³⁵ Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

¹³⁶ Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

¹³⁷ Cfr. Curti, P. Op. Cit.

capacidad económica y financiera de los hijos, a los efectos de su propia manutención y la sostenibilidad y satisfacción de sus necesidades¹³⁸.

Por ende, habiendo alcanzado la mayoría de edad al cumplir 18 años, la obligación se prorroga automáticamente, no siendo necesaria acreditación de ningún tipo por parte del hijo, existiendo la posibilidad de que el alimentante se libere de la obligación al demostrar que el alimentado cuenta con recursos suficientes para satisfacer por sí mismo sus necesidades, posibilidad inexistente para los casos en que los hijos fueren menores de edad¹³⁹.

La improcedencia del derecho de alimentos por poder el hijo manejarse por sí mismo con sus propios recursos, es excepcional y de interpretación restrictiva, operando siempre bajo la luz del principio de protección del hijo, inclusive, desde los primeros aportes sobre el derecho de alimentos¹⁴⁰. Hablando ahora sí de la innovación que las nuevas disposiciones en la materia traen a la mesa, aflora el artículo 662 que concede al progenitor conviviente la legitimación para solicitar la contribución del progenitor no conviviente en cuanto a los gastos de sostenimiento de los hijos que aún no alcanzaron los 21 años y cuyos padres están separados¹⁴¹.

Así, el progenitor conviviente puede iniciar el procedimiento judicial por alimentos, continuar el proceso iniciado durante la minoría de edad del hijo para que el juez determine la cuota que corresponde al otro progenitor; y cobrar y administrar las cuotas alimentarias devengadas. Ello, se refleja en términos concretos por lo establecido en el artículo 662 que ofrece otra alternativa, al permitir que ambos progenitores de común acuerdo o el juez en su defecto, fijen una suma de dinero que el hijo deberá percibir directamente del progenitor no conviviente, con el fin de que el hijo mayor cubra los "gastos de la vida diaria", como el esparcimiento, gastos educativos, entre otros¹⁴².

Aclárese que nada de lo anterior soslaya el hecho de que la obligación alimentaria sigue correspondiendo a ambos progenitores, convivientes o no con el hijo; sino que en este caso particular deben aplicarse los mismos parámetros de estimación del cuidado del hijo como

¹³⁸ Cfr. Curti, P. Op. Cit.

¹³⁹ Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

¹⁴⁰ Cfr. Zini Haramboure, P. Op. Cit.

¹⁴¹ Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

¹⁴² Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

parte integrante del aporte alimentario del progenitor conviviente. El contenido de la obligación en este caso es el mismo que corresponde a los hijos menores de edad, al igual que la “modificabilidad” de la cuota, y las causas de extinción de la obligación ya explicadas.

3.2.2. Hijo menor de 25 años que se capacita

Otra gran novedad es la extensión de la obligación alimentaria hasta que los hijos alcancen los 25 años si están capacitándose profesionalmente y ello les impide “*proveerse los medios necesarios para sostenerse independientemente*”¹⁴³. El alimentante está en el deber de seguir prestándole los alimentos en virtud de las mayores dificultades que tienen las personas al ingresar en el mercado laboral si no cuentan con preparación profesional suficiente, a la vez que se fomenta el acceso a niveles superiores de educación, aun cuando éstos no resulten obligatorios¹⁴⁴.

Para disfrutar de la prestación explica el autor, el hijo mayor deberá acreditar no solo que se encuentra matriculado en las instituciones de educación terciaria o superior, sino que cursa también la carrera de forma regular, y que ese régimen de estudios le impide realizar cualquier actividad rentada.

3.2.3. Hijo no reconocido

Preservando el principio de no discriminación, el Nuevo Código protege el derecho alimentario de aquellos hijos nacidos fuera de las uniones matrimoniales, que no hayan sido reconocidos. En este sentido el artículo 664 dispone:

“El hijo extramatrimonial no reconocido tiene derecho a alimentos provisorios mediante la acreditación sumaria del vínculo invocado. Si la demanda se promueve antes que el juicio de filiación, en la resolución que determina alimentos provisorios el juez debe establecer un plazo para promover dicha acción, bajo

¹⁴³ Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

¹⁴⁴ Cfr. Curti, P. Op. Cit.

apercibimiento de cesar la cuota fijada mientras esa carga esté incumplida”¹⁴⁵.

En palabras de Curti¹⁴⁶, la solicitud de la obligación alimentaria es independiente al juicio de inquisición de paternidad, aun cuando se le impone al juez de la causa que la resolución en la que determine la cuota alimentaria provisoria precise contener un plazo para la interposición de la demanda de filiación, apercibido el solicitante de hacer cesar la cuota provisoria si no se da inicio al reclamo de paternidad. Los fundamentos para esta disposición son los de la responsabilidad procreacional y el derecho alimentario de los hijos no emplazados jurídicamente.

3.2.4. Hijo no nacido y su madre embarazada

Acota Belluscio¹⁴⁷, que convienen en este supuesto, dos derechos: el derecho de la madre de percibir la prestación alimentaria en representación del hijo no nacido; y el derecho propio que tiene la madre de percibir alimentos. El segundo caso requerirá que el reclamo al padre, esta precedido por una unión matrimonial. De cualquier manera, es el primer supuesto el que en esta ocasión atañe al desarrollo del presente informe.

El artículo 665 del Código determina que “*La mujer embarazada tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada*”¹⁴⁸. Según Kemelmajer de Carlucci *et al*¹⁴⁹, por medio de la comentada norma se habilita a la mujer embarazada a demandar alimentos en representación del hijo por nacer, en tanto que en Argentina “*la existencia de la persona humana comienza con la concepción*”¹⁵⁰.

Ahora, en la determinación de quien es el obligado pueden suscitarse varias situaciones:

- Si la mujer embarazada está o estuvo casada, opera la presunción del artículo 566 según el cual se presume, admitiendo prueba en contra, que los hijos de la cónyuge

¹⁴⁵ Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

¹⁴⁶ Cfr. Curti, P. Op. Cit.

¹⁴⁷ Cfr. Belluscio, C. Op. Cit.

¹⁴⁸ Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

¹⁴⁹ Cfr. Kemelmajer de Carlucci *et al*. Alimentos (Tomo I). Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014.

¹⁵⁰ Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

nacidos después de la celebración del matrimonio, hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte¹⁵¹; por lo que el obligado sería el cónyuge o ex cónyuge.

- No estando casados, el presunto padre puede reconocer al hijo por nacer conforme al art 574 del Código, quedando sujeto al nacimiento con vida¹⁵². Una vez hecho el reconocimiento, este es irrevocable¹⁵³, pudiendo reclamarle a él los alimentos del hijo no nacido.
- Si no existe vínculo matrimonial, corresponderá a la madre demostrar la progenitura mediante declaración en instrumento público o privado debidamente reconocido; a través de disposiciones contenidas en acto de última voluntad aunque el reconocimiento se efectúe en forma incidental; de la acreditación de la posesión de estado a través de cualquier medio de convicción; la prueba de la unión convivencial de la madre con el progenitor presunto con la inscripción registral o por cualquier medio de prueba; la acreditación de la convivencia entre la solicitante y el incoado, o de las relaciones entre ellos de las cuales se infieran razonablemente las sexuales, durante el lapso de tiempo en que pudo haberse dado la concepción del hijo no nacido por parte de aquel a quien se le demanda por alimentos¹⁵⁴.

El contenido de la cuota alimentaria en este supuesto debe comprender los gastos que sean necesarios para el desarrollo normal del embarazo, entre los cuales están los gastos de alimentación de la madre y los gastos médicos; al igual que aquellos que deriven de los cuidados especiales que requiera la persona en el período de gestación entre los que pueden enunciarse la vivienda o alojamiento, los gastos de parto y la atención durante el puerperio¹⁵⁵. Además de las causas de cese de la obligación, se añaden a este supuesto dos más: la

¹⁵¹Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

¹⁵²Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

¹⁵³Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación, Boletín Oficial (07 de octubre del 2014).

¹⁵⁴ Cfr. Kemelmejer de Carlucci *et al.* Op. Cit.

¹⁵⁵ Cfr. Curti, P. Op. Cit.

interrupción espontánea o provocada del embarazo y el nacimiento sin vida de la persona por nacer alimentada¹⁵⁶.

3.2.5. Hijos fuera del país o alejado de sus progenitores

El artículo 667 prevé que, si el hijo está alejado de sus progenitores, bien sea dentro o fuera del país, teniendo necesidad urgente de recursos para su alimentación u otros rubros, puede el juez extranjero o la representación diplomática nacional, autorizar para que ellos contraigan deudas en aras de la satisfacción de esas necesidades. Tal autorización no es requerida al tratarse de un hijo adolescente, bastando el asentimiento del adulto responsable¹⁵⁷.

Añade Curti¹⁵⁸, que hay aquí una concesión particular asentada en la ley, donde como presupuesto para la procedencia debe haber una necesidad urgente, “*ya que de lo contrario procedería la solicitud alimentaria extrajudicial a los padres, aun cuando no se encuentren cerca del menor*”.

3.2.6. Reclamo a ascendientes

La ley instaura que:

*“Los alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso; además de lo previsto en el título del parentesco, debe acreditarse verosímilmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado”*¹⁵⁹.

Este tema resulta un tanto delicado porque la mayoría de las veces, los abuelos son adultos mayores, de salud precaria y con necesidades especiales que conllevan gastos médicos, de transporte y de cuidados especiales. Si a ello añadimos que por lo general los ingresos económicos de las personas en esa edad, se reducen al percibimiento de una “magra

¹⁵⁶ Cfr. Kemelmejer de Carlucci *et al.* Op. Cit.

¹⁵⁷ Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

¹⁵⁸ Curti, P. Op. Cit. Pág. 9.

¹⁵⁹ Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

jubilación”. Así las cosas, es por ello que el Legislador ha dispuesto que esa obligación sea de carácter subsidiario, donde los primeros obligados son los progenitores y solo en el caso en que no puedan cumplir con su deber por imposibilidad o dificultad, es que se le da entrada a los ascendientes como obligados¹⁶⁰.

La cuestión es relativamente fácil de resolver cuando los ascendientes cuentan con los medios para suplir las necesidades de los nietos menores de edad, pues el alcance de la obligación es el mismo que correspondería a los progenitores; e incluso cuando son mayores.

Este mismo asunto adquiere complejidad cuando ambos ascendientes y descendientes están expuestos a situaciones de vulnerabilidad, puesto que la ley no prioriza entre una vulnerabilidad u otra. Como consecuencia deberá examinarse cada caso concreto, limitando el *quantum* de la obligación a los abuelos, e incluso haciendo partícipes a otros parientes para que convengan en el cumplimiento de la obligación¹⁶¹.

3.2.7. Padre afín

Al entender de Grossman y Martínez¹⁶², en reconocimiento de la protección de las diversas formas de familias en la actualidad, entre las que se hallan las “familias ensambladas” donde uno o ambos integrantes de la pareja tras una separación, divorcio o viudez quedan con hijos que ningún vínculo parental tienen con su nuevo compañero; el artículo 676 del Código Civil y Comercial de la Nación prescribe:

*“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”*¹⁶³.

¹⁶⁰ Cfr. Curti, P. Op. Cit.

¹⁶¹ Cfr. Ballarín, S. *La obligación alimentaria de los abuelos*. Revista Electrónica DFyP2016, Documento N° 1117, 2016.

¹⁶² Cfr. Grossman, M. y Martínez, I. *Familias Ensambladas: nuevas uniones después del matrimonio*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Universidad, 2000.

¹⁶³ Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

En complemento, el propio instrumento aduce que: *“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”*¹⁶⁴.

La naturaleza, carácter y extensión de la cuota alimentaria en este supuesto especial, obviamente no se deriva del parentesco, y bajo ninguna circunstancia pretende limitar o desconocer el deber del padre biológico quien, de nuevo, es el principal obligado a satisfacer las necesidades esenciales de su hijo. Lo que realmente se quiere es añadir adultos responsables que aporten en pro del desarrollo integral de los niños, niñas y adolescente, *“teniendo siempre en miras su interés superior y conforme al rol activo en la convivencia que en muchos casos asumen”*¹⁶⁵.

Es subsidiaria la obligación del padre afín, pues ha lugar a ella una vez intentada la acción contra el principal obligado, es decir, el progenitor; y contra quienes resulten obligados ante el incumplimiento de aquel. En otras palabras, la acción contra el padre afín debe intentarse directamente o luego de agotadas la instancias contra los principales deudores¹⁶⁶.

En caso de ser fijada la cuota alimentaria al padre afín, expone el arriba citado autor, que ella está supeditada a una condición resolutoria, y cesará cuando haya disolución del vínculo matrimonial o ruptura de la convivencia. Dicho cese tiene a su vez una excepción, cuando en atención al interés superior del niño, niña o adolescente; el vínculo matrimonial con su progenitor o la convivencia con éste haya llegado a su fin, y el niño pudiese sufrir un daño grave o el padre afín hubiere asumido el sustento del hijo de su pareja en el desarrollo de la vida en común¹⁶⁷.

Haciendo referencia el autor, a la extensión de la cuota a pagar por el progenitor afín, al cesar la vida en común debe considerarse que la extensión no puede ser la misma que correspondería a los progenitores; que debe ser proporcional a las posibilidades económicas

¹⁶⁴ Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

¹⁶⁵ Curti, P. Op. Cit. Pág. 9.

¹⁶⁶ Cfr. Belitzky, L. *Padre afín*. Revista Electrónica DJ10, Documento N° 4099, 2015.

¹⁶⁷ Cfr. Curti, P. Op. Cit.

del obligado frente a las necesidades del alimentado; y el tiempo efectivo de convivencia del padre afín con el alimentado, junto al rol asumido por el primero.

3.2.8. Ruptura del vínculo matrimonial o de la unión convivencial

Está previsto en el Código que los cónyuges se deben alimentos entre sí en tanto dure la vida en común e incluso durante la separación de hecho, y aplican las disposiciones para la obligación de parientes en general en cuanto sean aplicables. Una vez decretado el divorcio, la prestación alimentaria subsiste por convención entre las partes, si el ex cónyuge padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impida auto-sustentarse (al fallecer el alimentante, la obligación se transmite a sus herederos), o si éste carece de recursos suficientes para procurárselos estando razonablemente imposibilitado para ello tomando en cuenta la edad y el estado de salud de ambos cónyuges, su capacitación laboral, su posibilidad para acceder a un empleo, y la atribución judicial o de hecho de la vivienda familiar. En el caso de la falta de recursos la obligación no puede superar en duración el número de años de la existencia del matrimonio¹⁶⁸.

No tratándose del matrimonio ya, sino de la unión convivencial, la ley no se pronuncia al respecto, más la doctrina aplica analógicamente lo dispuesto para aquellas debido a que el cese de la convivencia, tiene idénticos efectos a los producidos por el divorcio al dar fin a la vida en común y romper con el proyecto que unió a la familia¹⁶⁹.

Cesa la obligación si el beneficiario contrae nuevo matrimonio, forma una unión convivencial con otra persona, se cura de su enfermedad si a pesar del divorcio o la extinción de la unión la obligación continuó por causa del padecimiento, o en el caso de incurrir en alguna causal de indignidad que se aplicaría analógicamente a las uniones convivenciales a pesar de no existir en ellas vocación hereditaria, en razón de que materializan ofensas hacia el alimentante, siendo causa justificada para cesar con la prestación¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Ley N° 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

¹⁶⁹ Cfr. Petrillo, P. *El derecho a reclamar alimentos después del cese de la unión convivencial*. Revista Electrónica ADLA2016, Documento N° 882 (2016).

¹⁷⁰ Cfr. Petrillo, P. Op. Cit.

Capítulo 4: Régimen de comunicación

Introducción

En la actualidad el divorcio es una solución entre los progenitores que han decidido alejarse, pero son sus hijos los que padecen las repercusiones, entre ellas destacan la distribución del tiempo y el sitio de la existencia de los menores. La interacción habitual con el padre que no convive le asegura a ese niño el crear su propio criterio, dado que esa efigie continúa formando parte de su concreta singularización.

Cuando se suspende o se disminuye la interacción con el padre que no tiene la custodia, los menores estiman que una parte de ellos se ha extraviado, lo que deja huellas emotivas en ellos. Para que la cercanía funcione de modo eficaz se precisa forzosamente de una interacción clara e idónea de los padres entre sí, y puntualmente de ellos con sus niños o adolescentes, específicamente en el caso del padre que no cohabita con ellos.

Con la entrada en vigor del nuevo texto sustantivo en materia civil y comercial se desprende una nueva concepción de la responsabilidad de los padres, comprendida esta como el cúmulo de obligaciones y prerrogativas que son atribución de los padres sobre el sujeto y posesiones del hijo, para su resguardo, instrucción, y progreso completo, en tanto se encuentre en minoridad y no emancipado.

El papel de los jueces, quienes no se hallan dentro de la controversia, en tal motivo son objetivos y han de cuidar por el interés superior del niño en cada supuesto de hecho que les sea cognoscible, de acuerdo con lo previsto en el CCyCN, en su artículo 639.

En este orden de ideas se ha estipulado que el Juez de familia ha de ser un agente dinámico, dedicado con la controversia de familia que se dilucida en la sede judicial, presto y apto de establecer los dictámenes convenientes para resguardar a los sujetos más susceptibles. Por eso posee extensas potestades, pueden llamar a los sujetos involucrados en el instante preciso, ofrecer información y exhortos de ser requerido, y lo más relevante el disponer de manera inmediata las pautas solicitadas o establecerlas de oficio.

En el presente escrito de forma concisa se desglosa la labor del juez en materia de familia para lograr que el progenitor renuente a dar cumplimiento con el régimen de comunicación que se desprende de su responsabilidad parental la ejecute. Dentro de las medidas para la consecución del acatamiento de la decisión judicial se destacan las astreintes, como método idóneo para conminar a la materialización de esta obligación de hacer, que cuando es obviada genera graves consecuencias en la psiquis del menor. Todas ellas, resaltan como pautas acogidas para concretar el interés superior de estos sujetos especiales de derechos cuando se hallen en una situación de vulnerabilidad frente a sus propios progenitores.

4.1. Importancia del Régimen de comunicación y las consecuencias de un progenitor renuente a su cumplimiento

Para iniciar este escrito ha de partirse de la potestad de comunicación con sus progenitores que ostentan los niños, y que es la que fundamenta la existencia de un régimen comunicacional una vez que los padres no hacen una vida común, y en tal razón uno de ellos deja la vivienda familiar. El artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁷¹ asevera que se estima la potestad de los menores a conservar vinculaciones personales e interacción continua con sus dos progenitores de forma reiterada, excepto si esto resulta adverso a su bienestar integral. De igual modo en texto del artículo 652 del Código Civil y Comercial¹⁷² estipula que en el caso de custodia asignado a uno de los padres el otro posee la facultad y la obligación de constante comunicación con su prole. Se busca un sistema de comunicación en el cual la naturalidad, extensión y la maleabilidad han de prevalecer como parámetro de compresión, que los dos padres procuran en unión el provecho de su descendencia. Para la consecución de ese propósito, es del mismo modo de gran significancia la interacción que ha de obligatoriamente tenerse entre los dos padres.

Continúa así el artículo 654 del Código Civil y Comercial¹⁷³ que preceptúa la obligación de comunicarse mutuamente entre los dos padres, para robustecer la interacción permanente, con el objetivo de cuidar por el sujeto y bienes del hijo. Inclusive frente al supuesto singular de que la guarda de los menores sea unilateral, el artículo 653 del Código Civil y Comercial¹⁷⁴

¹⁷¹ Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.

¹⁷² Artículo 652 del Código Civil y Comercial, 2014

¹⁷³ Artículo 654 del Código Civil y Comercial, 2014

¹⁷⁴ Artículo 653 del Código Civil y Comercial, 2014

señala que es el juez quien ha de valorar la primacía del padre a continuar con un contacto permanente con el otro, el factor etario del menor, el criterio de este, la permanencia de la circunstancia tenida y la consideración del núcleo existencial del hijo.

La prerrogativa y obligación hace alusión al trato personal estimado como esencial para coadyuvar al desarrollo completo del sujeto en minoridad. Su comprendido implica el acompañamiento de experiencias en diversos contextos y escenarios ya sean de familia, culturales, ocio, deportivos, instructivos, de religión o espiritualidad, en la esfera idónea de prudencia y privacidad, las cuales son precisas para crear un entorno de confianza recíproca y reforzar el avance de la personalidad en desarrollo.

La interacción entre el padre o la madre y su hijo, esto es el suceso de vincularse y conservar contacto entre ellos, comporta desde el enfoque de los mencionados en primer lugar una obligación maternal o paternal de interés y cuidado, y en cuanto al menor una obligación filiatoria de distinguir e interactuar con sus progenitores. Acatar con esa obligación indubitadamente constituye el despliegue de una labor propia de la familia, es el conservar el trato personal entre unos y otros de la forma más provechosa, conforme con las singularidades de cada supuesto factico¹⁷⁵.

No es una prerrogativa única del progenitor, sino que es al mismo tiempo una potestad ineludible del niño para su completa formación, y evitar el desmoronamiento del seno de familia. Aisladamente del requerimiento preeminente del trato físico entre padres e hijos, los novísimos medios tecnológicos de comunicación han permitido que se de apertura a nuevas vías subsidiarias de vinculación, no únicamente para los que se hallan lejos por la distancia cuando se reside en diferentes sitios, sino a los no poseen dicho impedimento.

En un supuesto de hecho presentado ante la Cámara de apelaciones se estimó que los dos padres no acataron con el régimen de comunicación estipulado de forma cautelar en la instancia primigenia, e igualmente entendió como ilusorio ese nexo entre los progenitores y

¹⁷⁵ Medina, G. *El proceso de familia en el código unificado*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2015, AR/DOC/426/2015.

la pequeña. En el supuesto concreto la progenitora que hace vida común con JMZ¹⁷⁶, por su labor y en el del progenitor en virtud de que reside en una localidad distante.

La niña se ha de comunicar con su padre de esta forma: los lunes, miércoles y viernes en el horario de las 07:15 pm, en la semana inicial a través de mensajes de *WhatsApp*. Y desde la segunda semana continua el mismo itinerario, pero se incorpora el video chat.

Dos de los días indicados la interacción se ejerce con el acompañamiento de experto terapéutico, en la decisión se exhortó a los dos padres a que ofrezcan la mayor prestancia para la consecución de la idónea comunicación. Entonces ocurre que cooperar y simplificar el trato de padres e hijos ha de ser una responsabilidad del padre encargado del resguardo individual del niño, o que se mantiene con él durante el momento inicial, por lo que es necesario tomar las pautas del supuesto para impedir una ulterior conducta despótica por parte de uno de los progenitores¹⁷⁷.

El eje inicia y el núcleo en el cual se fija el foco radica en el provecho máximo del menor, los artículos 3 de la Convención de los Derechos del Niño¹⁷⁸, y el artículo 3 de la Ley N° 26.061¹⁷⁹ instauran la pauta genérica de la supremacía del beneficio superior del niño en cada uno de los asuntos que incumben a los sujetos en minoridad. De esta forma cualquier dictamen que inmiscuya a un niño, niña o adolescente ha de ser tratado desde los órganos de administración de justicia, en pos del interés superior del niño.

Este apotegma se justifica en la dignidad propia de la persona y se funda en el eje central para garantizar el vigor de cada una de las prerrogativas de los niños, es el soporte sobre el cual se levanta el Estado de Derecho en el ámbito de la niñez¹⁸⁰. De esta forma, ante un supuesto interés del adulto, prima el del infante.

¹⁷⁶ Cámara Nacional de Apelaciones, Sala H, “JMZ”, sentencia del 24 de septiembre de 2014. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

¹⁷⁷ Mizrahi, M. *Régimen de comunicación de los padres con los hijos*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2014, AR/DOC/789/2014.

¹⁷⁸ Artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, 1989.

¹⁷⁹ Artículo 3 de la Ley Nacional N° 26.061, 2005

¹⁸⁰ Kielmanovich, J. *Derecho Procesal de Familia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2009, AR/DOC/3698/2009.

El establecimiento del provecho preeminente del niño hace preciso la participación de los expertos, quienes han de pasar al órgano jurisdiccional los productos y derivaciones de su actuación, le procuraran los datos para la creación de su convicción de certeza, en referencia a asuntos cuyo entendimiento excede del saber jurídico. En su discurrir lógico los jueces solicitan la cooperación de los peritos para seguir adelante el régimen de visita entre el niño y su progenitor, a los que indudablemente han llamado con anterioridad. Ese procedimiento racional deja en evidencia el apremiante y requirente nexo en el ámbito familiar, enlaza a los órganos participantes con los criterios especializados emitidos por los peritos de otras disciplinas acerca de los asuntos presentados al examen en sede judicial¹⁸¹.

El sector doctrinal ha expresado dentro de los lineamientos característicos del periplo de familia, el de colaboración multidisciplinaria, para investir al juez de los factores precisos para dirimir con mayor apego a la equidad el supuesto de hecho, por medio de la participación de agentes sociales, psicólogos, etc. La interacción natural ente el progenitor y su hijo comporta una obligación y al mismo tiempo, una potestad en relación al niño dado que permite la tenencia de un nexo cierto entre ellos.

Constituye una facultad subjetiva de doble propiedad o expresión, dado que la potestad del infante de poseer una vinculación con su progenitor, tiene correspondencia a la obligación de este de mantener un trato como lo indican los artículos 9 y 18 Convención de los Derechos del Niño¹⁸² y los artículo 7 y 11 de la Ley N° 26.061¹⁸³. Los dos padres adquieren labores en relación a ellos, que se tornan alrededor de la cohabitación y en consecuencia tal comunicación permanece, de tal forma este tema se vislumbra en la palestra cuando se determina el resguardo individual del infante de modo unipersonal en referencia con el otro padre. Esta facultad que implica el compartir de forma próxima con el menor en su formación, estipulando un trato idóneo a tal propósito y de esta manera prestar atención a su avance y progreso.

Es una labor de la familia, en razón de que su fin se orienta básicamente a sobrellevar los requerimientos emotivos, instructivos y el progreso balanceado del carácter del infante,

¹⁸¹ Herrera, M. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2015, AR/DOC/416/2015.

¹⁸² Artículos 9 y 18 Convención de los Derechos del Niño, 1989.

¹⁸³ Artículo 7 y 11 de la Ley Nacional N° 26.061, 2005

velando su entorno psíquico y espiritual, y concretamente una adecuada dirección del nexo hace a la buena formación y adiestramiento de los niños, y en esta labor se configura un axiomático interés social. De acuerdo con el parámetro del interés superior del niño, los lineamientos empleables han de estar dirigidos a dar preeminencia al *favor filii* o el igualmente denominado *bonum minores*, el que ha de imperar frente a cualquier otro interés que se halle inmerso en el caso¹⁸⁴.

Los padres concentrados en sus conflictos no dirimidos de pareja comúnmente no captan de modo diáfano que sus hijos son propietarios de potestades, dentro de los cuales el de poseer una conveniente interacción con sus padres aun cuando no hagan vida común. Lo que presupone el cese de la problemática que dirigieron a la disolución, empero no todo el tiempo es de este modo y lo que se observa es un nuevo entorno de problemas o la continuación de los preexistentes¹⁸⁵.

Frente a estas circunstancias que pueden concluir en graves repercusiones para los niños niñas y adolescentes, es verdaderamente relevante el papel del magistrado con conocimiento de los asuntos relacionados con la familia y sus correspondientes unidades profesionales, psicólogos, médicos psiquiatras, asistentes sociales; entre otros para que estos practiquen el examen y una caracterización del niño, padres y ámbito de familia. Acompañados con el exhorto y ulterior abordaje que el Juez les precise para cada supuesto factico.

Destacan dentro de los agentes que intervienen en la consecución de ese interés superior del niño, ante progenitores que anteponen sus intereses particulares y olvidan la labor a la que por naturaleza están llamados, la figura del abogado del niño receptado en el artículo 27 inciso c de la Ley N° 26.061¹⁸⁶. Una vez esclarecida la importancia que ostenta el régimen de comunicación parental para los niños, como parte de su formación integral como ciudadanos, en su naturaleza de deber y derecho, es oportuno examinar las consecuencias jurídicas que se generan para forzar al progenitor a cumplir con su responsabilidad parental.

¹⁸⁴Gil, F. *El incumplimiento del régimen de visitas y las astreintes*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 1998, AR/DOC/736/1998.

¹⁸⁵Blanco, G. *Divorcio y derecho de visita: necesidad psicológica de los menores de mantener comunicación con su progenitor no custodio*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 1990, AR/DOC/625/1990.

¹⁸⁶Artículo 27 inciso c de la Ley Nacional N° 26.061, 2005

Lo cual evidentemente no se limita al pago del importe económico de alimentos, sino además estar presente en las experiencias más trascendentes de su vida. -

4.2. Pautas para el Régimen de comunicación ante un progenitor renuente a su cumplimiento y la eventual responsabilidad civil por daño familiar

El fondo de un pronunciamiento judicial aproxima una cara de la justicia más eficaz que en los supuestos facticos donde se hallen inmiscuidos los niños, niñas y adolescentes; y es obligación de los jueces en su labor de oficio, dirigidos por el lineamiento rector del interés superior del niño. Con miras a esto desde tiempo atrás el campo doctrinal indica que la justicia familiar implica una tutela en la cual la función del juez va más allá de dictar un proveimiento judicial¹⁸⁷.

La facultad de añadir como mecanismo de aseguramiento frente al desacato del régimen de visitas previsto en sede judicial para el padre no conviviente, una especie de caución, a pesar de que acredite de forma mensual el desembolso de la cuota alimentaria, esta se origina en virtud del perjuicio familiar que se produce frente a un comportamiento desinteresado por el bienestar del niño.

Es evidente que la responsabilidad parental no se limita a un concepto económico, sino que comporta para los progenitores el ser agentes activos en la vida de sus hijos, a compartir con ellos cada una de sus vivencias, o por lo menos lo que respecta a las que se evidencian durante su etapa formativa. Un padre o madre que repudie ese trato directo con su hijo genera un perjuicio emocional profundo, en razón del sentimiento de abandono y rechazo que experimenta el infante. Ya es suficientemente difícil el sobrellevar a esa temprana edad la disolución del grupo de familia por las diferencias irreconciliables de mamá y papa en su proyecto de vida, como para añadir que alguno de ellos no desea formar parte activa de su vida¹⁸⁸.

En virtud de ello existe la posibilidad de reclamar en sede judicial los daños y perjuicios, que se derivan de la conducta omisiva del progenitor frente a su obligación de comunicación con

¹⁸⁷ Satir, V. *Nuevas relaciones humanas en el núcleo familiar*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 1991, MX/DOC/963/1991

¹⁸⁸ Ales, M. *Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2016, AR/DOC/3479/2016

el hijo, que posee una importancia superlativa si se coteja con el importe alimentario. Ello implica el tener confianza en que los individuos que contribuyeron a su llegada al mundo lo guiaran a través de este en su etapa inicial. Esta responsabilidad civil que se desprende del desacato de los deberes parentales ha de tener efectos hacia el pasado, es decir ha de resarcir los menoscabos no desde el momento en que emana la decisión sino desde el momento en que se acredita la conducta perjudicial. Sin embargo no se observa como la medida de mayor eficacia para el abordaje de esta delicada situación en razón que pretende indemnizar económicamente un daño emocional¹⁸⁹.

Como parte de las soluciones que se plantean existe la tentativa de implementar una especie de caución, que parte de la exégesis que se hace del artículo 550 del Código Civil y Comercial¹⁹⁰, que posibilita el empleo de providencias cautelares para garantizar el acatamiento de los deberes parentales. Así que esta clase de caución o fianza surge como un mecanismo, que pretende asegurar la facultad constitucional de cada persona de resguardo integral a la familia. Todo ello se encuentra contemplado en el artículo 14 de la Carta Magna¹⁹¹ y el artículo 17 de la Convención Americana de los Derechos Humanos¹⁹², y el interés supremo del infante no únicamente de alimentarse sino de una formación integral como persona.

Estas medidas no se limitan al acatamiento de la prestación alimentaria desde el momento de la disolución del nexo matrimonial, sino que, además, dado que de forma científica se ha probado que la falta del progenitor o de la madre en alguna fase del crecimiento causa un perjuicio en su avance, se plantea la facultad de configurar una especie de caución, o de póliza que resguarde al menor frente a la desidia de uno de sus padres, debiendo resarcir el quebranto emocional que esa conducta le ha generado a su prole.

Se estipula que el progenitor que ostenta la custodia ha de acreditar la omisión de la otra parte, y que él no fue óbice para el acatamiento, sino que evidenció su plena inclinación en

¹⁸⁹Grossman, P. *Significado de la Convención de los Derechos del niño en las relaciones de Familia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 1993, AR/DOC/789/1993

¹⁹⁰ Artículo 550 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014

¹⁹¹ Artículo 14 bis de la Constitución Nacional, 1994

¹⁹² Artículo 17 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, 1969.

lo que al otro padre se refiere, para que el nexo filial se perfeccione¹⁹³. Al tratarse de una compensación en razón del menoscabo emocional que genera el abandono, el método para ponderarlo o estipular la cantidad es una audiencia entre el sujeto obligado por el régimen de visitas y un experto en psicología, vislumbrando así la multidisciplinariedad que ordena la materia de familia¹⁹⁴.

Ha sido un criterio reiterado de los precedentes jurisprudenciales en razón de su carácter monofiláctico el aseverar que son los niños los receptores de un específico y positivo amparo.

La actividad y participación judicial que imperara en estos asuntos se inicia de estimar al infante como un ente jurídico, toma en consideración la responsabilidad del Estado de injerir para velar el bienestar físico y psíquico de los sujetos en minoridad¹⁹⁵..

El Código Civil y Comercial estipula la actuación de oficio dentro de las directrices genéricas que regulan cada uno de los procedimientos de familia, por lo que los artículos 706 y 709 del CCyCN¹⁹⁶ preceptúan que en estos gestiones de familia el impulso procesal lo ostenta el juez a cargo, quien está facultado para requerir medios probáticos de modo oficioso. De instaurar un medio eficiente para que lo dictaminado se concrete en la realidad, en el plexo de hecho, esto es en la vivencia del niño. Indudablemente el régimen que se instituya ha de ser congruente con la verdadera circunstancia de domicilio y labor de los padres¹⁹⁷.

En lo referido a los mecanismos de interacción no es posible desechar alguno, los que pueden ser empleados de forma acumulativa o alternada.

Así en un extremo permanecen en vigor los medios clásicos de comunicación, como son la vía telefónica y postal, sin embargo, en el otro extremo la contemporaneidad ha añadido novedosos instrumentos de interacción las que, como ha expresado la doctrina son bien acogidas, posibilitan una comunicación virtual, comportan un novísimo arquetipo de contacto que posee irrefutables beneficios, permite a los individuos sentirse más próximos.

¹⁹³Caseaux, N. y Trigo, A. *Derecho de las Obligaciones*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 1996, AR/DOC/836/1996

¹⁹⁴ Mizrahi, M. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2006, AR/DOC/7346/2006

¹⁹⁵ Rivero, F. *El derecho de visita*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 1997, AR/DOC/355/1997

¹⁹⁶ Artículos 706 y 709 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014

¹⁹⁷ Rivero, F. *El derecho de visita*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 1997, AR/DOC/355/1997

En el tema abordado se procura la edificación de una interacción filial que sea obtenida de modo progresivo, como medios que impiden cada día las excusas para la desidia parental.

4.3. Las astreintes como mecanismo idóneo para el cumplimiento del régimen de comunicación parental

Al juez de familia, en su labor ordenadora del proceso, se le permite en cierta circunstancia el ser flexible y creador, sin embargo en otros ha de manifestarse de modo rígido con el propósito de reconducir todo convenientemente, dependiendo de la complejidad de la controversia presentada y la actuación de las partes, pero toda vez procurando el óptimo régimen de interacción posible que guarde el interés superior del niño, niña o adolescente¹⁹⁸.

Cuando se encuentra frente a situaciones que, luego de la disolución del nexo matrimonial menoscaba el provecho preeminente del menor, ello sucede cuando no se materializan ciertas prerrogativas de los hijos como la de una correcta comunicación con el padre o madre con el que no cohabitan, de modo puntual o indirecto a través de las nuevas tecnologías, por la carente o inexistente voluntad de una o ambas partes, a través de actividades obstaculizadoras., se hace preciso la estipulación de determinadas circunspecciones desde el órgano judicial para que estas potestades se exterioricen.

Para esto el artículo 557 del Código Civil y Comercial¹⁹⁹ señala que el magistrado está facultado para asignar al sujeto activo del desacato continuo del régimen de visitas pautado por un fallo judicial o por un acuerdo homologado, parámetros lógicos para garantizar su efectividad. Así pues es en esta esfera alusiva en que se ejecutan las astreintes dado que su propósito no es otro que la de hacer materiales los pronunciamientos judiciales ante la resistencia inmotivada de sus receptores, pero de un modo peculiar, por medio de una sanción monetaria²⁰⁰.

Es criterio compartido por quien redacta este artículo que las astreintes son una pauta de gran relevancia ante el desacato en el tema del derecho de familia, por lo cual se está frente a una herramienta fidedigna para conseguir el acatamiento de los deberes familiares y que por otro

¹⁹⁸ Lorenzetti, R. *Obligaciones y Contratos*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2009, AR/DOC/769/2009

¹⁹⁹ Artículo 557 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

²⁰⁰ Llambías, J. *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 1967, AR/DOC/1936/1967.

lado contemplan un medio inclinado a la estimación de las manifestaciones de los jueces. Son medidas conminatorias de tipo económico que los magistrados que los emplean en quien no ejecuta una obligación jurídica asignada en un proveimiento judicial, cuyo vigor se mantiene en tanto no se extinga el incumplimiento²⁰¹. Los precedentes jurisprudenciales las han conceptualizado como un mecanismo apremiante conferido a los jueces para que sus órdenes sean ejecutadas, las astreintes presuponen la tenencia de un deber y se inclinan al despliegue de este de modo secundario.

La motivación de las astreintes es el poder de los administradores de justicia los cuales han de poseer los instrumentos adecuados para que sus pronunciamientos sean exteriorizados, no es posible que se limite esta efigie al campo de las obligaciones, sino que además interviene en el contexto de la responsabilidad familiar. El apremio es más bien pecuniario que psicológico, dado que la compulsión se ejecuta sobre el peculio del sujeto moroso, de aquí que la estipulación del importe de las astreintes está subordinada del influjo financiero del responsable²⁰².

Para que proceda la implementación de astreintes, ha de tenerse una renuencia voluntaria y premeditada del obligado moroso a acatar la providencia judicial, sin embargo, no es menester una actuación dolosa por parte de este, por lo que la capacidad de uso de las astreintes está vinculada con una simple falta de observación puntual y concreta de la orden judicial, no con la clase de actuación desplegada por el sujeto. Las medias contempladas en el artículo 37 del C.P.C.y C.N.²⁰³ son viables a todo individuo que no acate con la obligación jurídica atribuida por una sentencia, esto es a quien se exime de forma voluntaria y adrede de ese ejercicio.

Las astreintes tienen procedencia en referencia a cualquier clase de deber posea o no un compendio pecuniario y sean o no de naturaleza convencional, por lo que son aceptables para constreñir al régimen de comunicación. Por medio de esta herramienta coercitiva psicológica de consecuencias económicas, cuya justificación ha de indagarse en la acepción del poder

²⁰¹ Colombo, C. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado y comentado*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2006, AR/DOC/426/2006

²⁰² Canasi, J. *Sanciones conminatorias contra el estado*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2003, AR/DOC/789/2003.

²⁰³ Artículo 37 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación, 1981.

soberano de administración de justicia, que se complementa con otros factores, con la potestad de ejecutar las providencias es decir el *imperium*²⁰⁴.

De forma común se evidencia cuan reiteradamente se desechan las órdenes jurisdiccionales, ese desacato comporta ciertamente el más grave y claro soslayo de los lineamientos más valiosos de la eficacia del periplo judicial civil, obrando contra la potestad de los jueces, se trata así de una presión y escarmentar para que se despliegue la resolución judicial.

En razón de las repercusiones de modo indivisible, que se genere el compelmiento en la actitud del deudor rebelde a su responsabilidad jurídica en concreto inobservada para que en definitiva se materialice. Esencialmente en lo que estriba es en que exista una buena relación, que las providencias de los legisladores no se conviertan en ilusorias y sean apócrifas. Y eso excede el simple provecho de los sujetos relacionados por esa obligación de derecho, ya que acá es el mismo Estado quien evidencia su deseo en que se acate lo que sus jueces determinan²⁰⁵.

En el Código Civil y Comercial y en el artículo 37 del Código Procesal Civil de la Nación²⁰⁶ en que se estatuye que la sanción que se prevea puede ser suprimida o modificada si el responsable dimitiese de su actitud renuente .

La intimación que se realiza bajo la advertencia de ordenar las astreintes, determinándose conjuntamente con el mandato jurisdiccional a acatar, cada una de las situaciones alusivas a cómo y cuándo se generan las pautas sancionatorias para el supuesto de inobservancia, y al ulterior desacato que da génesis a las astreintes.

Se vislumbra una manera singular de supresión de este deber de ofrecer suma monetaria que ya se ha producido, y para lo cual han de demostrarse en convergencia dos situaciones; es que no es suficiente con que el responsable a ejecutar la obligación abdique de su comportamiento, sino que aunado a ello ha de fundamentar los argumentos por los cuales lo

²⁰⁴ Hollweck, M. *Un interesante precedente en procura de garantizar el derecho de comunicación con el progenitor no conviviente*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2013, AR/DOC/987/2013

²⁰⁵ Moisset de Espanés, L. *Sanciones conminatorias o astreintes*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 1983, AR/DOC/432/1983

²⁰⁶ Artículo 37 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación, 1981.

ha transgredido. Esto es mencionar y demostrar las debidas salvedades que, de modo integral o fraccionado, descarten la imputabilidad en el desacato.

Su empleo en el ámbito de las controversias familiares ha sido evidenciado en los precedentes jurisprudenciales, de allí la Cámara Civil y Comercial 2° de La Plata, Sala I²⁰⁷ sostuvo que es un deber de ambas sujetos dar cumplimiento riguroso al régimen de comunicación pautado. Siendo viable la implementación de astreintes al progenitor que no ostenta la custodia de los infantes en tanto continúe con su negativa de ejecutar la resolución judicial, que forzosamente y por orden legislativos ha de desplegar.

Es admisible utilizar las astreintes para constreñir al accionado a consumir el régimen de visitas de los menores, estipulado en provecho de la progenitora demandante, si hay pruebas de que los mismos han sido alejados de la jurisdicción del juez evitando así pautas coercitivas puntales o la asistencia de la fuerza pública²⁰⁸.

Estas pautas sancionatorias están orientadas como un instrumento para conseguir la observancia de una orden judicial desacatada por su receptor, sea su comprendido en una sentencia, en una providencia cautelar o en cualquier otro pronunciamiento jurisdiccional. El empleo de astreintes igualmente obtiene el respaldo del artículo 804 del Código Civil y Comercial²⁰⁹ que estipula que en cuanto a los escarmientos conminatorios, los jueces pueden utilizar en provecho del propietario de la potestad, castigos de tipo económico a quienes no desplieguen con su obligación atribuida por un fallo jurisdiccional. Las sanciones se han ponderar de conformidad con el flujo financiero de quien ha de prestarlo y es posible que sean anuladas cuando es motivado el repudio del deber.

El valor positivizado con sustrato constitucional de la tutela judicial efectiva, una de cuyas premisas es la correcta y expedita concreción de las resoluciones de la sede judicial, constituye el esencial alegato para tildar de inconstitucional la supuesta inviabilidad que algunos autores atribuyen a estos mecanismos en el tema de familia. Si existe un elemento del cual no pueden ser desposeído los jueces es de su poder y de su prerrogativa para desplegar sus mandatos, sobre todo cuando los intereses que se han de tutelar son los de

²⁰⁷ Cámara Civil y Comercial 2° La Plata, sala I. Decisión N° 217. 05 de septiembre de 2009.

²⁰⁸ Cámara Civil y Comercial 2° La Plata, Sala II. 02 de diciembre de 1960.

²⁰⁹ Artículo 804 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014

sujetos en una especial condición de vulnerabilidad, como son los niños, niñas y adolescentes.

Ha de hacerse mención que a la par de las clásicas astreintes han surgido las astreintes no económicas igualmente calificadas como medidas conminatorias personales. Por ello se afirma que son un mandato de compresión no pecuniaria que deviene de un órgano jurisdiccional que se inclina a la consecución del acatamiento de un proveimiento judicial originalmente transgredido. Así que incumbe al infractor la advertencia de un menoscabo que a primera vista puede llegar a ser de más envergadura de continuar su comportamiento moratorio²¹⁰.

Del mismo modo se ha aseverado que una exegesis amplia de lo previsto en el tema de astreintes económicas, es vasto soporte para la implementación por parte del juez de aquellas que carecen de importe económico. En síntesis, hace alusión de obtener el cumplimiento del mandato judicial desestimadas, por medio de la intimidación de sancionar al deudor con un perjuicio relevante, y como tal capaz de dominar la renuencia evidenciada. Es el caso de salidas del país con fines de esparcimiento y recreación cuando incumple con la obligación de comunicación hacia su hijo²¹¹.

Por lo que son dos los acoplamientos en los cuales ostentan trascendente la estipulación de astreintes no pecuniarias, en principio en el supuesto de que fuese adecuado para la óptima labor de justicia, el despliegue en especie y por cuenta del mismo deudor de la obligación transgredida y no sea posible la subrogación por terceros.

En el segundo supuesto no es otro que el producido de la cierta o virtual falta de solvencia del obligado del deber judicial ignorado, hecho que lo convierte en no idóneo desde una perspectiva de eficacia, del uso de las astreintes clásicas.

Es oportuno en este punto el mencionar que ya se acreditan regulaciones de astreintes no económicas en el ámbito jurídico familiar, esto se da en el Código Procesal Modelo de

²¹⁰ Peyrano, J. *Importancia de la consolidación del concepto de la tutela judicial efectiva en el ámbito del juicio civil*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2014, AR/DOC/3691/2014

²¹¹ Borda, A. *Tratado de derecho civil. Obligaciones*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 1976, AR/DOC/783/1976

Familia²¹² promovido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires e imbuido en el contenido del CCyCN. De esta manera en su artículo 368²¹³ se encarga de la enunciada materia, en cuanto a las sanciones conminatorias no pecuniarias, el juez está facultado para implementar al sujeto autor del desconocimiento de la previsión judicial, las pautas más convenientes para inducirlo a acatar el mandato en un lapso prudente. Este parámetro no ha de vulnerar las potestades de los individuos inmiscuidos.

La mayor consternación resulta en encontrar métodos y respuestas para el sensible tema que se está estudiando, que a pesar de que se hallen, se observa que la tutela en cada supuesto factico no será total y extensamente satisfactoria. Puesto que el infante vulnerado, y al adulto favorecido con las visitas, ya que no se le pueden regresar los lapsos temporales perdidos en los que la interacción no se produjo, con la seguida consecuencia de afección personal y daños que tal circunstancia genera²¹⁴. Con acierto se afirmó que una vez que se ha instaurado el régimen de visitas, este ha de ser amparado y acatado de cualquier manera, porque en sentido adverso se ha de aceptar la decepción del derecho como herramienta de estructuración social y de la justicia.

Las pautas para su consecución han de poseer el significado y la trascendencia para que sus efectos destaquen para el rebelde obstinado, consecuencias menos queribles que los que implican para el dar observancia con lo previamente dictaminado. El amparo jurídico que se da a esa prerrogativa de interacción puede ser de dos clases, la primera las pautas mandada por la administración de justicia en materia civil y la otra por escarmiento de índole penal. Estas medidas ostentan la denominación de judiciales, en razón de que se evidencian como la potestad de la que se hallan investidos los jueces para utilizar una sanción a quien no acate una obligación jurídica asignada por un fallo judicial²¹⁵.

Su carácter de conminatorias deviene dado que se ejecutan esencialmente como un apremio o inducción psicológica a quien se ve constreñido a observar la sentencia bajo el amedrentamiento de emplearse una medida disciplinaria de tipo económico en su acervo

²¹² Código Procesal Modelo de Familia. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

²¹³ Artículo 368 del Código Procesal Modelo de Familia. Ciudad de Buenos Aires.

²¹⁴ Ales, M. *Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2016, AR/DOC/3479/2016

²¹⁵ Caseaux, N. y Trigo, A. *Derecho de las Obligaciones*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 1996, AR/DOC/836/1996

personal. Como ya se ha mencionado durante el desarrollo de este artículo las astreintes son discrecionales, el juez las estipula conforme a su razonamiento, estableciendo el importe que estime justo para hacer material la pauta adversa al individuo comprometido.

Sin embargo, ese aspecto se halla restringido por otro igualmente enunciado que es la proporcionalidad en su implementación, porque ha de tomarse en cuenta la condición económica de quien se halla compelido, no siendo preciso un elemento probático definitivo de su flujo o estado financiero, se pueden tener en consideración los elementos del expediente, juicios valorativos previos, que señalen el nivel de vida del sujeto moroso. Es conocido que se estipulan en prestaciones monetarios, pero como ya se ha visto cada día se abre el camino para las astreintes en especie porque no todas las afecciones se solventan por vía pecuniaria, se encuentran marcadas por la provisoriedad, no generan estado y por tanto no obtienen el efecto de la *res judicata*²¹⁶.

Es oportuno enunciar igualmente que las pautas conminatorias discurren por dos fases. En la primera en la cual se emplean bajo aviso de utilizar la pena, es obvio que la figura despliega una labor esencialmente de amenaza la constitución de las astreintes en esta fase, pues se vislumbra que se dirigen a un momento ulterior, por ser únicamente la amenaza de un castigo, se estipulan frente a la desobediencia de una orden judicial con el propósito de conseguir que se concrete, su importe no es categórico, y únicamente aborda a aquel que luego de determinada este mandato mantiene su compartimento rebelde²¹⁷. De allí que las medidas conminatorias son fundamentalmente provisorias dado que como ya se ha aludido a su aspecto instrumental, en virtud que su empleo se inclina a la consecución de una obligación.

En su segunda fase las astreintes son de naturaleza disciplinaria y que funciona cuando se continúa el desconocimiento aun cuando ya ha habido intimación, es en la cual se principian a desvanecer las distinciones entre estas y la sanción civil. Es que ya no se vislumbra una situación futura, no versa sobre un apremio psicológico, ni de un amedrentamiento, sino que se impondrá puntualmente la pena., en caso de que el juez escogiese utilizarla y de qué forma,

²¹⁶ Canasi, J. *Sanciones conminatorias contra el estado*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2003, AR/DOC/789/2003.

²¹⁷ Peyrano, J. *Importancia de la consolidación del concepto de la tutela judicial efectiva en el ámbito del juicio civil*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2014, AR/DOC/3691/2014

y por último se suprime su carácter provisorio, porque el magistrado ya estableció el pronunciamiento final acerca del tema²¹⁸.

Se estima provechoso destacar las divergencias de las astreintes con los daños y perjuicios, se observa que los últimos son un resarcimiento por los menoscabos ocurridos, la indemnización ha de poseer una concreta vinculación con el cierto quebranto padecido, por medio de una ponderación objetiva de lo asentado en los autos. La satisfacción monetaria que entraría en complemento de la obligación inobservada, a la cual reemplaza.

Continuando con lo anterior en la sanción civil el acervo del responsable no es importante para establecer el importe resarcitorio, y una vez pautado se incluye categóricamente al peculio del beneficiario obligacional como una prerrogativa adquirida. Empero las medidas conminatorias no se relacionan de entrada con el quebranto sufrido y se dirigen a que la obligación se observe, además para su instauración se considera por disposición legislativa el caudal del compelido, y resulta subordinado su fijación al razonamiento del operador de justicia con cognición en el asunto²¹⁹.

Ningún padre posee una supuesta prerrogativa a dañar a su prole, y de ahí la total capacitación para que se le implementen las oportunas medidas sancionatorias. Del mismo modo aquí operan las dos fases como instrumentos útiles para tutelar el régimen de comunicación, es decir el apremio de implementar una sanción conminatoria si no se observa, como el empleo concreto de las astreintes al fallar la intimación realizada²²⁰.

Las medidas a utilizar por el fracaso de los medios comunes son diversos, se destaca para quien escribe el empleo de las astreintes, que acá funcionaría con una fisionomía más subsidiaria, en razón que se concretarían con el comportamiento de inobservancia a lo estipulado, y no por el desacato a la comunicación materno o paterno-filial.

²¹⁸ Canasi, J. *Sanciones conminatorias contra el estado*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2003, AR/DOC/789/2003

²¹⁹ Medina, G. *El proceso de familia en el código unificado*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2015, AR/DOC/426/2015

²²⁰ Kielmanovich, J. *Derecho Procesal de Familia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2009, AR/DOC/3698/2009

En diversas ocasiones quien ostenta la custodia individual del niño, cuando participa en una controversia judicial de régimen de comunicación que impulsa el otro padre, no vela correctamente en provecho de los niños que representa. En unos supuestos, el progenitor cohabitante está implicado en una especie de tarea de desprestigio del otro, en la que el emisario es el propio hijo, quien emplea criterios, términos y gesticulaciones del adulto con el que convive.

Es obvio que, en estas circunstancias, el progenitor se encuentra incapacitado para seguir con la representación del niño en el litigio, se evidencia una diáfana falta de eficiencia de aquel para conducir las potestades de este y son resaltantes los intereses colindantes. El niño que precisa obligatoriamente de reconstruir su nexo paterno-filial, el padre conviviente que se dirige a quebrantarla por cualquier modo viable en orden de cumplir su egoísta objetivo²²¹.

Los precedentes jurisprudenciales desde tiempo atrás han considerado prudentemente los menoscabos realizados por el representante del menor, ha decidido en esos casos como los planteados es conducente el nombramiento de un tutor especial conforme lo señala el Código Civil y Comercial de la Nación para que se ocupe de tramitar los que es suyo por derecho. Es un criterio reiterado de la doctrina y la jurisprudencia que no es aceptable la suspensión plena del régimen de comunicación por carencia del acatar la prestación alimentaria, es realmente distinto cuando se emplea el importe alimentario como mecanismo para alcanzar el óptimo despliegue del régimen de visitas y de las vinculaciones personales.

La circunstancia fáctica en la que quien desobedece es el progenitor que ostenta la custodia del niño, se ha indicado que los jueces pueden estipular la interrupción de la prestación alimentaria que se viene percibiendo este padre como herramienta conminatoria que lo obligue a simplificar la interacción²²². Se observa así la protección integral que hace el ordenamiento jurídico no únicamente ante el padre moroso sino además frente al progenitor que ostenta la custodia, pero que como forma de venganza con su ex consorte entorpece la

²²¹Mizrahi, M. *Régimen de comunicación de los padres con los hijos*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2014, AR/DOC/789/2014

²²²Gil, F. *El incumplimiento del régimen de visitas y las astreintes*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 1998, AR/DOC/736/1998.

interacción paterno o materno filial, sin considerar que es el bienestar emocional del niño el que a la postre resulta perjudicado.

Puede ocurrir que el régimen de comunicación no se consume por los desacatos del mismo beneficiario de las reuniones, supuesto factico que ha sido el objeto de reflexión en este escrito, como un medio procedente aunado a otros en los cuales está un incremento del importe alimentario. De modo tal que el cuidador del niño no resulte menoscabado en el ámbito económico por el lapso que en la experiencia se mantiene con el infante durante el tiempo que debería que estar con el otro progenitor²²³. La noción es que la prestación alimentaria se acreciente de forma gradual, considerando los días y horas que caprichosamente el niño no se halla con quien debe.

En una primera decisión se aceptó el aumento del importe alimentario motivado en que en virtud de los desacatos del progenitor que no se presentaba a visitar al niño del modo acordado, así la madre se vio obligada judicialmente a sobrellevar de su acervo ochos almuerzo, cuatro meriendas y ocho cenas al mes. Sumado a los gastos de esparcimiento, recreación, traslado de los niños, niñera para que los ayude a cuidarlos en lugares públicos, como cine, peloteros, parques y plazas.

No obstante, en otros fallos judiciales se observa como adverso al criterio previamente planteado, dado que afirmó que los desacatos continuos del régimen de comunicación, no es un soporte legítimo para intentar el incremento de los alimentos. En cualquier caso, permite un apremio con la finalidad de que se acate ese régimen de visitas que fue ordenado, se pronuncia la jurisprudencia en este precedente de acuerdo con el empleo de las astreintes como medias conminatorias resaltantes en materia de familia. Sobre todo frente a la desobediencia de interacción paterna filial, por la que las califica como uno de los mecanismos viables para que ese deber se ejecute del mejor modo posible²²⁴.

Ante la desobediencia del régimen de comunicación que se ha instaurado, se pueden acoger pautas conminatorias, los órganos de administración de justicia en su labor han resaltado la

²²³ Herrera, M. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2015, AR/DOC/416/2015.

²²⁴ Hollweck, M. *Un interesante precedente en procura de garantizar el derecho de comunicación con el progenitor no conviviente*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2013, AR/DOC/987/2013.

viabilidad de emplear las sanciones conminatorias cuando falla la interacción entre padres e hijos, a través del apremio judicial de imposición de astreintes²²⁵.

No versa esto exclusivamente de la auténtica aplicación de esas medidas sancionatoria (comúnmente económicas) llamadas astreintes, sino más bien de su amenaza de uso para el padre no conviviente que no cumple el régimen de comunicación previsto en instancia jurisdiccional. En este orden de ideas se han practicado apremios frente a esta clase de inobservancia de reconexión filial mandada por el órgano jurisdiccional. En este supuesto factico se estipuló que era viable para el progenitor que se inhibiera de realizar cualquier acto positivo o negativo que transgreda el nexo de los hijos con su padre no conviviente, bajo amenaza de hacer positiva la multa de \$500 por cada conducta de inobservancia de su deber.

La Cámara Civil y Comercial 1° de Mar del Plata, Sala II²²⁶, estableció que las astreintes son una herramienta empleada por la administración de justicia para compeler al sujeto en mora, que se halla renuente al acatamiento de sus deberes, aun cuando existe previamente órdenes judiciales que de ese modo se lo indican. Por lo que se puede visualizar que esta figura es utilizable frente a la obediencia del régimen de visitas, no únicamente a aquellos sujetos que ostentan el deber de acatar con el régimen previsto por vía judicial sino además a los terceros que sean óbice para la concreción del mismo.

En referencia a la imposición de las astreintes cuando se desconoce el régimen de visitar por parte del progenitor responsable de ejecutarlo, algunos criterios indican que esta figura es exigua o carece de eficacia en el asunto desarrollado, sin denigrar esas ideas, ha de señalarse que las mismas no son compartidas, dado que las astreintes en el caso concreto que se está estudiando, son uno de los instrumentos más eficiente para garantizar el adecuado acatamiento del régimen de comunicación pautado²²⁷.

El progenitor que posteriori a la disolución del vínculo matrimonial ha de cumplir con el régimen de visitas no es posible que sea reemplazado por un tercero en el ejercicio de esa

²²⁵ Mizrahi, M. Familia, Matrimonio y Divorcio. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2006, AR/DOC/7346/2006.

²²⁶ Cámara Civil y Comercial 1° de Mar del Plata, Sala II. 29 de septiembre de 2003.

²²⁷ Mizrahi, M. *Régimen de comunicación de los padres con los hijos*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2014, AR/DOC/789/2014

responsabilidad y el acatamiento forzoso con la injerencia de la fuerza pública puede tornarse traumático para los niños y no prudente.

Para impedir que se llegue a perjuicios emocionales tan marcados para la integridad del niño, niña o adolescente, y como parte de la tutela especial que se halla asentada en el cumulo jurídico nacional y en los instrumentos de la comunidad jurídica internacional, se postulan a las astreintes como una herramienta útil que induce al progenitor a comunicarse con ellos²²⁸.

Es evidente que esa conducta de abandono o desidia que desarrolla uno de los padres en el futuro ha de tener graves consecuencias en el bienestar del niño, en su actitud, sobre todo en lo que corresponde a su confianza en los individuos, a su permanencia en el discurrir vital, en su formación como ciudadanos, que no ostentan un sentido de pertenencia y apego con lo que los rodean.

En tal sentido resulta aberrante el pensar que un individuo que es llamado a formar parte de la vida de un niño, de inculcarle el basamento axiológico que ha de conducirlo en su adultez, y más aun de hacerlo sentir querido, lo rechace como si se tratase de un simple objeto que ha de ser descartado a voluntad y que únicamente obtenga aportes económicos para su progreso personal²²⁹. La administración de justicia en ejecución de todas esas prerrogativas que les consagra, ha de servirse de cada uno de los mecanismos jurídicos procesales para que sus órdenes se materialicen, y no sea irrisoria el amparo que se propugna a estos entes especiales de derecho.

²²⁸ Rivero, F. *El derecho de visita*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 1997, AR/DOC/355/1997.

²²⁹ Grossman, P. *Significado de la Convención de los Derechos del niño en las relaciones de Familia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 1993, AR/DOC/789/1993.

Capítulo 5: Análisis de los daños derivados del incumplimiento de las obligaciones de la responsabilidad parental

Introducción

La familia como grupo primigenio al que se ingresa al nacer, es el epicentro de diversas vinculaciones entre sus integrantes, allí se comparte afecto, ideales y un cúmulo de sentimientos comunes a todos, ocupa así un lugar preeminente en la formación integral de los ciudadanos. Por lo que es receptora directa de amparo y resguardo por los diversos instrumentos jurídicos de la comunidad internacional, que poseen rango constitucional por mandato expreso de la Carta Magna.

Como elemento básico de la sociedad ha de ser atendida por la estructura organizativa del Estado, ante circunstancias que la vulneren o perjudiquen, en virtud de la obligación de amparo que en relación con ella ostenta, pero sin una injerencia excesiva, dada la autonomía que se le consagra en el ordenamiento jurídico. Pero aun cuando la regla natural es que en el seno familiar encuentren cuidado, solidaridad y respeto cada uno de sus miembros, existen situaciones anómalas en donde precisamente en el marco de los nexos familiares un miembro lesione la integridad de otro.

La referencia a los perjuicios en las vinculaciones de familia, atiende a daños generados por individuos que no dan acatamiento a las obligaciones que dentro de esta se le atribuyen, tales como el no reconocimiento de un hijo, el incumplimiento de los deberes parentales, la falta de comunicación con los niños, hechos que se presentan como forma de violencia familiar. O en el caso de los cónyuges cuando existen malos tratos, o situaciones vejatorias que hagan imposible la vida común.

En este punto comienza a cuestionarse entonces esa proscripción de injerencia que posee el Estado en relación con el grupo elemental, no es posible justificar el perjuicio a los individuos, únicamente por su vínculo con el agente dañador, la administración de justicia, se encuentra teleológicamente orientada a restablecer el orden jurídico que sea infringido. Esto explica por qué con el correr de los años, los diferentes factores del quehacer judicial,

han admitido la responsabilidad derivada de este tipo de perjuicios, y en consecuencia el deber de resarcir al sujeto víctima del quebranto.

En el presente escrito de forma concisa se explica el modo en que el basamento normativo atiende esta circunstancia, en la que el seno familiar no cuenta con relaciones armónicas, por lo que se precisa que el Estado intervenga para que los individuos resulten lo menos afectados posibles. Se hará énfasis en el nexo de padres e hijos, específicamente en el grave perjuicio que genera la falta de cumplimiento de los deberes que los primeros ostentan, y la atención singular que le confieren los órganos jurisdiccionales a la luz del interés superior del niño, como pauta de acción para garantizar su formación en un entorno adecuado, en el que se satisfagan sus requerimientos básicos.

5.1. Los daños que se generaran en el entorno familiar

Para iniciar con este análisis es prudente indicar que la acepción de la familia en la contemporaneidad, no es la misma que se tenía en el derecho romano, en el cual se desecha la jerarquía, dando paso a los nexos de correspondencia, y en donde el poder del marido o padre, se ha ido desvaneciendo frente a la libertad que se le reconoce tanto a la mujer como a los niños.

El hecho de democratizar al grupo familiar, ha orientado a pronunciarse sobre los perjuicios que padecen sus miembros en su particular, lo que ha significado un progreso ante los diferentes criterios para impedir el resarcimiento de esta clase de quebrantos. Anteriormente cuando el sujeto dañador y la víctima miembros de una misma agrupación, en la concepción de que se mantendría inquebrantable la unidad y paz familiar, o creyendo que en virtud de que cada integrante se conoce, lo mejor era dirimir la problemática en su interior y no hacerlo cognoscible a la sede judicial²³⁰.

Hoy en día y de acuerdo con lo ordenado por la nueva Ley sustantiva en materia civil y comercial, se afirma que hay circunstancias en las que uno de los integrantes de la familia, padece daño, que son susceptibles de indemnización. Entendiendo que la pesquisa de ese resarcimiento se opone a un integrante del seno familiar, que dirigió una acción adversa con

²³⁰ Zavala, M. *Daños entre familiares*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2014, AR/DOC/4660/2014

el basamento normativo, causando un menoscabo, y que ha de restablecer la situación. La realidad es que el orden constitucional divide de forma transversal todo el cumulo jurídico, empapando con sus preceptos y directrices a todas las pautas de rango inferior. No es una práctica novedosa, sino que es propia de un Estado de derecho²³¹.

La familia es el centro de cuidado de la persona, tutelado por el máximo texto normativo de la Nación, que puntualmente señala, el resguardo pleno de la familia en su artículo 14²³². La labor del ámbito jurídico es la mantener esta agrupación social, y procurarle los medios requeridos para que pueda progresar, tal como lo indica el artículo 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²³³. Asimismo de forma loable se afirmó en el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos²³⁴, que la familia es el elemento originario y esencial del conjunto social y posee la prerrogativa de amparo por parte de la colectividad y el Estado.

El aparataje estatal posee la obligación general de no intervenir en la privacidad de la familia y así lo enuncia, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos²³⁵, el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²³⁶, y la Convención sobre los Derechos del Niño desde su introito²³⁷.

Existen supuestos facticos que sobrepasan la estructura familiar ordenada por el ámbito jurídico familiar, esta situación no precisamente pacífica, permite activar a los órganos jurisdiccionales y aplicar el régimen de daños. Los perjuicios irrogados son pasibles de indemnización cuando por su magnitud trascienden el perímetro de la intimidad familiar para alcanzar a la sociedad, como un bien merecedor de tutela²³⁸.

Se genera un perjuicio cuando se quebranta una potestad o un interés que no es adverso con el orden normativo, y de acuerdo con esto, el órgano legislativo ha conservado la costumbre

²³¹ Sosa, G. *Derecho de familia y responsabilidad civil. Novedades nacionales y extranjeras y una difícil compatibilización de principios*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2011, AR/DOC/6121/2011.

²³² Artículo 14 de la Constitución Nacional, 1994.

²³³ Artículo 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

²³⁴ Artículo 13 de Declaración Universal de Derechos Humanos.

²³⁵ artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

²³⁶ Artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos

²³⁷ Convención sobre los Derechos del Niño. Organización de las Naciones Unidas.

²³⁸ Radcliffe, M. *Protección integral de la familia. El deber de reparar el daño cuando se afecta la estructura familiar*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2017, AR/DOC/1217/2017.

de contemplar el lineamiento rector de la restitución integral. Prevé el artículo 1716 del Código Civil y Comercial²³⁹, la infracción a la obligación de no perjudicar a otro. De acuerdo con las previsiones de este cuerpo normativo y en conformidad el artículo 1717²⁴⁰, expresa que todo acto positivo o negativo que genere una lesión es antijurídica si no está motivada.

Es verdad que en el escenario de familia, la singularidad se desvanece en beneficio de la afectividad y de la solidaridad, pero cuando estos valores deseados se agrietan, o aun peor, son reemplazados por el exceso, los agravios físicos y mentales, o el soslayo de prerrogativas esenciales propias a la persona, tales como la potestad a la identidad, nombre o a la privacidad; resulta paradójico el intentar preservar indemne a los miembros perjudiciales de ese grupo, cuyo sustrato ya no es lo amparado por el orden normativo²⁴¹.

En el marco familiar los progenitores poseen un papel y labor sobre los niños y adolescentes, que no únicamente ha de estructurar, sino secundar el otro consorte en su despliegue particular, con cariño y estima recíproca. En sentido adverso cuando se genera algún ultraje sobre la pareja comporta una doble afección, en primer término, por la integridad de la dama en sí misma, en segundo término, por la muestra de desafecto que los hijos observan y que posiblemente reflejen en sus vinculaciones posteriores, como se ha dicho de padres violentos a hijos violentos.

Resulta gravemente perjudicado quien se encuentra en su máximo nivel de fragilidad, en su núcleo familiar, aguardando por auxilio y comprensión. Por lo que el quehacer penal considera una circunstancia agravante, el nexo matrimonial o de filiación cuando se perpetre algún hecho punible, también tiene presente la unión de la familia y su sana convivencia, que ha de imperar en su interior cuando se recurre a estas relaciones para lograr atenuar o eximirse de la sanción²⁴².

²³⁹ Artículo 1716 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

²⁴⁰ Artículo 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

²⁴¹ Yuba, G. *Reparación por daño moral frente a la omisión de deberes derivados de la responsabilidad parental*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2017, AR/DOC/1575/2017

²⁴² Wathelet, M. *La indemnización de las consecuencias no patrimoniales por el hecho del incumplimiento de los deberes de la responsabilidad parental con independencia de la cuestión de género*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2017, AR/DOC/2340/2017.

Esto evidencia, que usualmente el orden jurídico familiar ofrece soluciones hacia el futuro, dado que restituye el daño causado, y que pretende dar cuidado a quien lo ha sufrido aislándolo del seno violento, y logrando una interrupción idónea del acto lesivo. Existe una labor de prevención en referencia con los niños, niñas y adolescentes, como se enuncia en el supuesto que se hallen en abandono, pero este hecho en sí mismo ya es susceptible de constituir un perjuicio, que no es abordado en una etapa anterior por el régimen jurídico familiar²⁴³.

Aun cuando este ámbito legislativo sobre los perjuicios, examina el elemento factico lesivo, a pesar de valorar la circunstancia, desempeña frente a su aplicación un impacto hacia el futuro, que se constituye en fijar parámetros de conducta no queridas. Cualquier alteración de la armonía social por comportamientos no deseados, hace necesario la participación del Estado, dicho de otro modo cuando se perturba la existencia humana, y de esto resulten daños, se pone en marcha a la administración de justicia²⁴⁴.

Sin embargo, se han empleado diferentes argumentos para evitar los resarcimientos de los quebrantos devenidos de los nexos familiares, algunos señalan que esta indemnización conllevaría implícita la discrepancia para las posteriores vinculaciones; este fundamento alusivo a la falta de procedencia de la reparación de los perjuicios, sostenido en la futura dificultad de restructuración del seno familiar, esta manifiesto en las nociones que hasta la fecha repudian la aplicación del régimen de responsabilidad civil.

Con base a lo mencionado en el acápite anterior es oportuno indicar que en ciertos supuestos de hecho referidos con los perjuicios de familia, es necesario aminorar e inclusive no activar el régimen de responsabilidad civil; empero esto no se puede dirigir a descartar “in limine” su empleo a todo caso por la mera circunstancia que su origen es de índole familiar.

Ha de recordarse que, en la existencia común, es en la cual posee pleno vigor el apotegma de no dañar, y como contrapeso, el compromiso por los daños producidos demostrado por el nexo conveniente de causalidad con el acto antijurídico. No puede dividirse, no cabe la

²⁴³ Medina, G. *Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2015, AR/DOC/774/2015.

²⁴⁴ Lascano, C. (2014). *Incumplimiento del deber alimentario e impedimento de contacto con los hijos menores como formas de violencia familiar*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2014, AR/DOC/2807/2014.

posibilidad de aseverar que el matrimonio es una unión con su particular cumulo normativo, independiente y cerrado, es una agrupación menor, miembro de un grupo social mayor, con sus preceptos propios, sin embargo al mismo tiempo subordinada a los parámetros de orden generales²⁴⁵.

Perjudicar al interior o fuera de una vinculación matrimonial, a los hijos, o a terceros, fuera de merecer una respuesta privilegiada o paliativa, ha de entenderse como una circunstancia agravante, en virtud que se ha quebrantado los altos valores que en esta esfera se tienen, se ha abusado de la confianza y el afecto, soslayando el respeto y los deberes que se tienen con los demás compañeros de vida.

5.2. Daños y perjuicios irrogados por el incumplimiento de la responsabilidad parental

En el abordaje de los daños familiares, que generan concretamente los progenitores a sus hijos, ha de comenzarse con los instrumentos jurídicos que fundamentan la intervención estatal en la esfera familiar, cuando no se acatan los deberes parentales, conformando esto una modalidad de violencia familiar. La introducción de la Convención de los Derechos del Niño, señala que con la certeza de que el grupo familiar es una unidad esencial de la estructura social, y es el entorno idóneo para la formación integral de cada uno de sus integrantes y en concreto de los niños, ha de obtener la tutela y asistencia precisa, para que les sea posible ejecutar totalmente sus deberes. Afirma así que el niño para el completo y sano despliegue de su carácter ha de criarse en el interior de una familia, que le genere un entorno de alegría, afecto y consideración.

La forma en la que el máximo texto legislativo de la Nación prevé el amparo de la familia no es posible que sea tildada de insignificante, tomando en consideración el relevante y significativo papel de esta figura. Al utilizar el vocablo de protección integral de la familia de gran extensión, hace posible que el precepto ofrezca una tutela amplia, encumbrando a esta institución en el rango de sociedad primigenio, y elemento imprescindible²⁴⁶.

²⁴⁵ Ortiz, D. *Las medidas cautelares en casos de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia familiar*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2016, AR/DOC/333/2016.

²⁴⁶ Mizrahi, M. (2014). *Suspensiones del régimen de comunicación filial*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2014, AR/DOC/2166/2014

Es prudente indicar, que cuando se alude a la posibilidad de indemnizar los daños que los progenitores le causen a sus hijos, ello no implica que se deba responder por cualquier circunstancia, cuando estos ejecuten sus lícitas atribuciones. En este tema poseen gran trascendencia los niveles de razón y proporción del comportamiento de los padres, así no es viable para el estado intervenir en todos los aspectos de la crianza del niño, esto se halla circunscripto a la privacidad de la familia²⁴⁷; pero tampoco ha de indicarse previamente que ningún perjuicio devenido en este entorno es susceptible de indemnización civil, sólo para conservar la paz del grupo familiar.

Las obligaciones de los progenitores en referencia a sus niños y adolescentes, tienen génesis, el día de su nacimiento, acá se observa uno de los principales perjuicios de los que pueden ser víctima los hijos, cuando no hay un reconocimiento filial o se les oculta la identidad de sus padres²⁴⁸. En la Nación en diversas oportunidades el sector jurisprudencial ha dado estimación al resarcimiento del perjuicio moral devenido de esta clase de actuaciones antijurídicas.

En estos supuestos hay que tener presente principalmente la potestad y obligación constitucional de todo progenitor, al resguardo e instrucción de su familia, para luego resaltar el reconocimiento como una obligación de los padres, y no un simple acto de autoridad. Para declarar con lugar la indemnización ha de tenerse un comportamiento fuera del marco legal, configurado por la falta de reconocimiento que irroque un perjuicio ya sea pecuniario o no, cuyo elemento de asignación es la culpa. Al mismo tiempo se requiere que haya un vínculo causal entre el acto y el perjuicio²⁴⁹.

La prerrogativa de filiación, es una de las potestades del niño más significativa y que le hace posible el ostentar un lazo de pertenencia con un grupo, además de los subsiguientes derechos, personalísimos, individuales, sociales y patrimoniales. Así la colocación de este estado, comporta el reconocimiento y consideración del carácter de ente jurídico como potestad, el resguardo del niño es evidentemente una obligación jurídica a la cual se halla

²⁴⁷ Medina, G. *Cambio de tenencia y síndrome de alienación parental*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2013, AR/DOC/579/2013.

²⁴⁸ Yuba, G. *El derecho del niño a estar libre de toda forma de violencia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2011, AR/DOC/958/2011.

²⁴⁹ Gherzi, C. *Daños derivados de las relaciones internas del derecho de familia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2011, AR/DOC/2965/2011.

compelida la familia, el Estado y la sociedad. La identidad es un derecho personalísimo que hace posible que el niño conozca sus orígenes, y los sujetos que lo guiaran en su plan vital, modificar o quebrantar ese sentido de pertenencia, es un acto lesivo a su integridad.

En referencia al perjuicio, conviene indicar que surge por la omisión de la potestad a la identidad, y no únicamente se está moroso desde el momento en que hay certidumbre sobre el nexo filial; el perjuicio por la falta de reconocimiento autónomo de los niños fue el primer dictamen en la Nación de responsabilidad surgidos del ámbito jurídico familiar. Desde su emisión hasta hoy, en el país siempre se ha estimado de forma favorable las demandas de resarcir esta clase de menoscabos, a pesar de que no existiese un precepto concreto en la legislación civil²⁵⁰.

El sector doctrinal vacilaba sobre la viabilidad de esta clase de pretensiones resarcitorias, afirmando que el hijo puede incoar acciones cuando alcanzara la adultez legal, que un comienzo previo es óbice para que el progenitor efectúe un reconocimiento voluntario; se entorpece según ellos el nacimiento de lazos de afecto entre estos y menoscaba el real interés del niño que es conseguir que su padre lo estime como hijo, opinan que estas demandas en vez de beneficiarlo profundizan el problema.

El Código Civil y Comercial ha previsto puntualmente que la ausencia de reconocimiento de los hijos produce la obligación de restituir, de acuerdo con el artículo 587²⁵¹ se enuncia que el perjuicio originado al hijo por esta carencia de emplazamiento es pasible de reparación, cuando se llenan los extremos indicados en este texto normativo. Uno de los puntos más controversiales en relación con los perjuicios que son reclamables por el hijo cuyo reconocimiento no ha sido espontáneo, es la viabilidad y computo del daño material. Una acotación en referencia a esta problemática, consiste en rememorar el lineamiento rector del resarcimiento integral del perjuicio en vigor de materia de responsabilidad extracontractual. Como es sabido, el sujeto activo de daño ha de indemnizar todo perjuicio, esto hace posible

²⁵⁰ Yuba G. *El interés superior del niño versus el interés de los padres. Sobre "tensiones" y "decisiones"*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2013, AR/DOC/1541/2013

²⁵¹ Artículo 587 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014

afirmar que no hay un alegato *a priori* para desestimar la reparación del perjuicio material por omisión del reconocimiento del hijo por parte de uno de los progenitores²⁵².

Partiendo de lo anterior, el perjuicio material se configura por las privaciones materiales que genera la carencia de un padre, las mismas pueden generarse o no. Por ejemplo, si el progenitor que reconoce al niño no posee un acervo suficiente y el sujeto en minoridad se ve forzado a tener una existencia marcada por la pobreza; pero, si tiene un progenitor que lo ha ignorado y cuenta con un caudal económico amplio, si lo hubiese reconocido le permitiría la entrada a una educación de calidad, y le evitaría penurias materiales.

En el comprendido de ese perjuicio material igualmente se encuentra la pérdida de oportunidades, cuando el niño por los esfuerzos de su progenitora satisface sus requerimientos básicos; empero la carencia de reconocimiento lo despoja de la prestación paterna que le habría proporcionado la oportunidad real de obtener un óptimo auxilio, una existencia con menores privaciones y con un mejor despliegue de sus facultades. Sin embargo, la circunstancia en la que el otro padre, que lo reconoció autónomamente cumple con sus obligaciones devenidas de la patria potestad, y llene los requerimientos fundamentales o de un modo limitado del niño, y que en consecuencia este no padezca vicisitudes, no suprime los deberes del otro progenitor²⁵³.

En cuanto al resarcimiento por el perjuicio moral, es la solución al quebranto en el ámbito emotivo de los sujetos, que mientras más vinculados se encuentren con las potestades personalísimas, como la filiación y el emplazamiento familiar, tiene mayor agudeza el sufrimiento, de allí que se estimen estas circunstancias como una forma de violencia a la persona en el marco de la familia²⁵⁴. Distinto es lo que ocurre en los casos de perjuicios materiales, la valoración de la magnitud de los sufrimientos que origina el daño moral, en la víctima, esta circunscripta por el monto exigido ya que es el damnificado quien se halla en mejores condiciones para medir el dolor o malestar que ha sufrido.

²⁵² Molina Quiroga, E. *Responsabilidad derivada del no reconocimiento del hijo propio. Lesión del derecho a la identidad. Resarcimiento del daño*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2016, 0003/1119/2016.

²⁵³ Barbero, O. *La responsabilidad civil en el Derecho de Familia (treinta años después)* Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2015, 0003/01228/2015

²⁵⁴ Zavala, M. *Daños entre familiares*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2014, AR/DOC/4660/2014

El emplazamiento filial indubitadamente configura un factor importante para pertenecer a un núcleo familiar y el comienzo de un plan de vida, que limita una posición en la sociedad de inserción o exclusión. De tal manera que se decreta con lugar, el resarcimiento de perjuicio moral que se exija por el comportamiento negativo del progenitor en el reconocimiento de su vínculo filial con el sujeto en minoridad²⁵⁵.

La ausencia de reconocimiento del hijo produce la obligación de reparar el perjuicio , en razón que hay una directriz jurídica que señala que no se debe perjudicar a otro, en el artículo 19 de la Carta Magna²⁵⁶. La legislación no tutela el despliegue abusivo de las potestades y la ilegalidad de esa acción, se deviene en la legitimación para petitionar la vinculación filial extramatrimonial, y que se considere como motivo de indignidad sucesoria la falta de reconocimiento espontáneo.

La negativa del progenitor a reconocer a su hijo, origina un perjuicio moral para este, dado que vulnera sus potestades de tener un nombre, de saber su identidad, y aún más a su personalidad, de esta manera quien esquivo de modo voluntario una obligación de derecho, está comprometido por los perjuicios causados. El desconocer un lazo biológico es una acción ilícita que da cabida al actuar del régimen de responsabilidad civil.

El campo jurídico familiar se halla en el interior del régimen general del derecho civil, no configura un marco impenetrable en la que el régimen de la responsabilidad se encuentre proscrito de actuar, sino que ciertos comportamientos por su significado y alcance, ponen en marcha a los organismos jurisdiccionales en esta materia. Siguiendo con los requerimientos fundamentales de cada niño, se vislumbra la potestad alimentaria, a pesar de que los precedentes jurisprudenciales son abundantes, como penosa derivación de la falta de cumplimiento de los progenitores a este factor de supervivencia. Para la viabilidad del resarcimiento del perjuicio devenido de esa inobservancia es menesteroso comprobar que el sujeto en minoridad padeció vicisitudes por la carencia de la prestación alimentaria²⁵⁷.

²⁵⁵ Sosa, G. *Derecho de familia y responsabilidad* Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2011, AR/DOC/6121/2011.

²⁵⁶ Artículo 19 de la Constitución Nacional, 1994

²⁵⁷ Radcliffe, M. *Protección integral de la familia. El deber de reparar el daño cuando se afecta la estructura familiar*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2017, AR/DOC/1217/2017.

De esta forma el perjuicio material, está constituido por la ausencia de auxilio pleno desde el alumbramiento, de acuerdo con la mayor parte del ámbito jurisprudencial, se halla más próxima del sistema de alimentos que del régimen de responsabilidad civil. En ese orden de ideas, los dispendios de subsistencia hacen posible accionar por alimentos, sin embargo, no comportan un perjuicio en sí mismos, si no están adecuadamente demostrados como daño. Así para la viabilidad del resarcimiento por falta de acatamiento del aporte de alimentos, ha de probarse que esas penurias a las que se sometió al menor fueron evitables.

En alusión a los perjuicios irrogados en los vínculos familiares no hay como ya se dicho, en la Nación, precepto alguno que delimite o circunscriba el resarcimiento del acto antijurídico motivado en el nexos íntimo entre el agente dañino y la víctima²⁵⁸. De este modo resultará una labor del juez emitir una respuesta más equitativa en el supuesto fáctico, y descartar las controversias motivadas en nimiedades. Pero sin dejar de recordar que luego de la perturbación familiar generada por el perjuicio, existe un sujeto damnificado que no es posible que sea desatendido, en virtud del mantenimiento de una armonía que ya no existe.

En el caso de “J. J. c. G., M. M.”²⁵⁹, importante en razón de que trata de un modo integral y con un enfoque de género, la petición de perjuicio moral incoada por la accionante, en un extremo en la responsabilidad parental desde una perspectiva legal y ética, conteste con las prerrogativas humanas fundamentales. En otro extremo en la violencia de género que la acción del demandado generó, menoscabando a la demandante, con base en un nexos de poder desequilibrado para ella.

En el expediente se destaca, que la accionante sostuvo un vínculo afectivo con el accionado, concibiendo un niño de esa unión con graves problemas de salud y un nivel de discapacidad total; con motivo de la ausencia de reconocimiento autónomo del menor, en el procedimiento judicial se emite un dictamen con los medios de prueba presentes, dada la negativa del demandante a la experticia biológica, se decreta con lugar el lazo filial del padre.

²⁵⁸ Yuba, G. *Reparación por daño moral frente a la omisión de deberes derivados de la responsabilidad parental*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2017, AR/DOC/1575/2017.

²⁵⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, “J. J. c. G., M. M. s/ daños y perjuicios”, sentencia del 21 de abril de 2016.

Luego, la progenitora del niño inicia un proceso en el que busca el cumplimiento de la obligación alimentaria, estableciéndose una prestación de alimentos temporal que el accionado no desembolse en su totalidad; en relación con la cuantía del aporte ha de señalarse, que el progenitor aseveró que no era procedente la estipulación de esta prestación, en virtud de la condición física y psíquica del niño, casi vegetativo. Sin embargo, este hecho hizo que se establecieran erogaciones por concepto de medicinas, abrigo y alimentos.

La pretensión de la demandante se justificó en un conjunto de situaciones, pormenorizadas en las audiencias, como las aflicciones y los sufrimientos padecidos debido al comportamiento negativo del accionado en la observancia de las obligaciones de auxilio que surge de la responsabilidad parental. El demandado desató de modo continuo y consiente las obligaciones características de su papel de padre, siendo estos en el supuesto concreto, fundamental y necesario para la existencia del niño discapacitado. Se aclara que no toda crianza por un solo progenitor produce el resarcimiento del perjuicio moral, en este supuesto factico, genera un perjuicio a la madre que efectuó la crianza de forma única, porque el requerimiento en el cuidado era elevado, con base en los aspectos y la condición de salud del niño.

El comportamiento del accionado, por su negativa de apoyo, lo ubica como productor de violencia de género, valiéndose de esto y continuando con la renuencia de auxilio; estas actitudes del sujeto profundizaron el carácter desbalanceado del nexo entre los padres, y quebrantando al individuo más frágil. Por lo que estima con lugar la reparación por perjuicio moral ante la ausencia de reconocimiento filial, siempre que se halla soslayando el derecho personalísimo a la identidad²⁶⁰.

El criterio de responsabilidad parental es conceptualizado de acuerdo con los novedosos arquetipos en el tema de la infancia, y en cuanto a los sujetos con discapacidad, se fija un modelo de amparo, igualdad y no segregación²⁶¹. La modificación del arquetipo principiado por la Convención de los Derechos, en la cual se entiende a los niños y adolescentes como

²⁶⁰ Wathélet, M. *La indemnización de las consecuencias no patrimoniales por el hecho del incumplimiento de los deberes de la responsabilidad parental con independencia de la cuestión de género*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2017, AR/DOC/2340/2017

²⁶¹ Medina, G. *Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2015, AR/DOC/774/2015.

entes jurídicos, conlleva a una nueva concepción de las obligaciones parentales, que hace énfasis en el fomento del individuo en su progreso y libertad. Se fija al interés superior del niño como el lineamiento de orden a utilizarse en todo lo que a esta materia refiera.

La máxima *pro homine*, se vislumbra como el epicentro de toda acción, elaboración y despliegue de estrategias públicas para dirimir las controversias, desde los diversos ámbitos que maneja el Estado. Esta directriz plantea que se ha de buscar la respuesta más provechosa para el progreso del menor en la circunstancia que se presente, y que ayude a la solidificación orgánica del régimen de potestades esenciales.

Teniendo presente el conjunto de prerrogativas y obligaciones devenidas de la responsabilidad de los padres, tienen los dos progenitores en un plano de paridad la obligación de resguardar y auxiliar al sujeto en minoridad, pero de una forma que va más allá de la simple ayuda²⁶²; es allí donde tienen pleno vigor ese planteamiento ético, que se halla presente en todo el tema referido con los derechos humanos.

Se ha de incluir un extra a la condición de fragilidad que comporta la niñez en el supuesto analizado, ya que versa sobre un niño que adolece de un alto nivel de discapacidad, esto implica el duplicar los esfuerzos para que ese avance o desarrollo pleno se consume sin limitaciones. El artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional²⁶³, estipula puntualmente a los niños o individuos con discapacidad como entes de derechos, a los cuales ha de dársele especial atención, por medio de pautas que aseguren la igualdad de cierta de oportunidades que garanticen el completo disfrute y despliegue de las prerrogativas acreditadas en los diversos instrumentos jurídicos que atiende la materia . Esa prolongada actitud omisiva e intencional del accionado comporta una acción antijurídica que motiva la pretensión de reparación por el perjuicio moral incoado por la demandante, ese cuidado que le es propio al niño. Igual que la potestad de alimentos configura uno de los deberes de los padres, en la búsqueda por garantizarle un estándar de vida que permita su formación integral²⁶⁴.

²⁶² Lascano, C. *Incumplimiento del deber alimentario e impedimento de contacto con los hijos menores como formas de violencia familiar*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2014, AR/DOC/2807/2014.

²⁶³ Artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional, 1994

²⁶⁴ Ortiz, D. *Las medidas cautelares en casos de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia familiar*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2016, AR/DOC/333/2016.

5.3. Daños derivados de la falta de comunicación con alguno de los progenitores

Los nexos entre padres e hijos son de doble conducción, en un extremo se ubica el deber de alimentarlos, resguardarlos e instruirlos, y la potestad de decisión sobre su vida en la etapa primaria de formación. Así el abandono constituye una situación que se configura desde la omisión de una presencia física y moral, evidente en las vinculaciones diarias que son efecto de un despliegue desinteresado de la patria potestad²⁶⁵.

En un breve paréntesis ha de indicarse que es necesario moderar el régimen de perjuicios en su empleo en los supuestos originados en los asuntos que son fundamentalmente de familia, esto con el propósito de no obligar a vinculaciones por el simple miedo a la medida sancionatoria de indemnización. En estos casos se muestra las limitaciones de este sistema ante la existencia de penurias familiares, y el requerimiento de valorar no únicamente la demostración de los extremos exigidos para que el perjuicio sea reparable desde el criterio del derecho, sino además de su posibilidad de empleo en la controversia a dirimir²⁶⁶.

Continuando con el asunto referente al daño generado por la falta de cumplimiento del régimen de comunicación con los niños, este perjuicio puede surgir en razón de que el progenitor beneficiado no de acatamiento al mismo, o que este sea obstaculizado para ello por el progenitor conviviente, lo que le entorpece disfrutar de la cercanía de sus hijos. El acatamiento del régimen de visitas es esencial para obtener un verdadero nexo entre el niño y su progenitor no conviviente, esta potestad de comunicación es elemental para el progreso del niño y para su idónea formación.

En la contemporaneidad no existe debate sobre la existencia del derecho a visitar y ser visitado, lo que significa que versa sobre una prerrogativa de doble título, mutuo o recíproco. Dentro de sus aspectos se indican también que no es renunciable, ni prescriptible y es personalísimo, resulta descartado de su ejecución cualquier sujeto que no sea su titular, este

²⁶⁵ Mizrahi, M. *Suspensiones del régimen de comunicación filial*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2014, AR/DOC/2166/2014.

²⁶⁶ Medina, G. *Cambio de tenencia y síndrome de alienación parental*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2013, AR/DOC/579/2013

perjuicio puede ser accionado contra los sujetos que deban de posibilitar este régimen comunicacional²⁶⁷.

Esta potestad puede ser impedida de forma indebida por el progenitor que ejerciendo la custodia expresa o tácitamente por medio de la desacreditación del otro padre, que ha obstruido el sistema de visitas quebrantando el ámbito psíquico del menor. El progenitor conviviente, considera que el otro progenitor no es capaz, por lo cual no únicamente no fomenta ni incita a la cercanía con este, sino que también la impide. Hay supuestos en que las quejas de abuso se emplean como instrumentos para conseguir el cese de proximidad de los menores con su padre alienado²⁶⁸. Esto puede comprobarse con la ulterior decisión absolutoria, sin pruebas de que ciertamente se hayan presentado los sucesos denunciados por el progenitor alienante.

Una forma simple de detectar que el perjuicio se debe a un obrar incorrecto del padre, cuando escuchando al niño se observa un lenguaje propio de un adulto, que lo ha influenciado de modo negativo. Esta clase de privación para los niños es más nociva que la de la misma libertad, la temprana edad desde la cual los niños dejan de cohabitar con uno de sus padres hace más problemático el restablecimiento del lazo, frente a la carestía de anécdotas propias del niño en compañía de su padre no conviviente.

La consecuencia máxima de este tipo de perjuicio es cuando se obtiene en el niño, la convicción de que la cercanía con su otro progenitor no es buena, se halla tan dentro de su personalidad las palabras y criterios del progenitor conviviente que no desea compartir su existencia junto a un sujeto que ha sido descalificado por su progenitor. Sin embargo puede ocurrir y es uno de los caso de más habituales, que sea el progenitor beneficiado con el régimen de visitas quien desobedece lo ordenado por un acuerdo o decisión judicial que lo establezca²⁶⁹.

²⁶⁷ Yuba, G. *El derecho del niño a estar libre de toda forma de violencia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2011, AR/DOC/958/2011.

²⁶⁸ Gherzi, C. *Daños derivados de las relaciones internas del derecho de familia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2011, AR/DOC/2965/2011.

²⁶⁹ Yuba G. *El interés superior del niño versus el interés de los padres. Sobre "tensiones" y "decisiones"*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2013, AR/DOC/1541/2013.

De esta manera se observa un actuar negligente, en el que se produce una forma de quebranto familiar, al no cumplir con el deber de comunicación con el niño, no se permite una formación integral, sobre todo cuando el menor percibe el rechazo de su padre a ser parte de su vida. Se genera una vulneración psicológica por cuanto la menor evidencia como los individuos llamados a brindarle apoyo y resguardo lo dejan de lado, lo descartan de su existencia; de tal forma que se cercena ese vínculo afectivo entre padres e hijos, por la falta de afecto o interés que le demuestra el no conviviente²⁷⁰. El actual texto normativo en materia civil y comercial contempla en su artículo 555²⁷¹ que los individuos encomendados del resguardo de los sujetos en minoridad, o cualquier sujeto con capacidad limitada, han de posibilitar la comunicación de estos con sus ascendientes, descendientes u otros miembros de su grupo familiar.

Esta pauta normativa concuerda con lo previsto en el artículo 557 del Código Civil y Comercial²⁷², que señala que el juez está habilitado para decretar contra el responsable de la inobservancia del régimen de interacción paterno o materno filial creado por dictamen judicial o por un convenio homologado, las medidas sancionatorias que estime pertinentes. Este cuerpo legislativo simplifica, fomenta y ampara los nexos de los niños con sus familiares y condena, disuade y escarmienta a aquellos sujetos que la entorpecen y utilizan sus potestades de modo excesivo²⁷³.

La legislación pretende facilitar las vinculaciones entre los miembros del grupo familiar, y conjuntamente evitar que los niños se conviertan en una especie de objetos en la controversia entre sus padres. En diversas ocasiones como en el supuesto planteado, el padre encargado de la custodia del menor desea extinguir los lazos de su hijo con los integrantes de la familia de su padre no conviviente. El sistema instaurado por el Código Civil y Comercial comprende que para el bienestar del niño es necesaria la interacción con todos los integrantes de su grupo familiar, por lo que compele al progenitor que ostenta la custodia a no obstaculizar esa comunicación.

²⁷⁰ Molina Quiroga, E. *Responsabilidad derivada del no reconocimiento del hijo propio. Lesión del derecho a la identidad. Resarcimiento del daño*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2016, 0003/1119/2016.

²⁷¹ Artículo 555 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014

²⁷² Artículo 557 del Código Civil y Comercial de la Nación, 2014

²⁷³ Barbero, O. *La responsabilidad civil en el Derecho de Familia (treinta años después)*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2015, 0003/01228/2015

El Juez de la causa ha de emplear todas las pautas para eliminar esa actitud y conseguir el acatamiento efectivo de la norma. Y , a pesar de las medidas que existen en el ámbito jurídico familiar para obtener que se despliegue correctamente el deber de comunicación entre padre e hijos, nace también en materia civil la obligación de responder por los daños y perjuicios que se deriven de las conductas que impidan la materialización de esa comunicación²⁷⁴.

En estas circunstancias ha de valorar la extensión del lapso en el que no se produjo la comunicación con el niño, ya sea de forma voluntaria por omisión de su deber de participar en la vida de su hijo, o por la actitud renuente del otro progenitor a que se comunique con el niño. En este escenario de los deberes parentales la inclusión del sistema de responsabilidad por daños y perjuicios, opera también de modo disuasorio, que coadyuva a evitar las actuaciones no queridas y a tutelar la potestad de los niños a comunicarse con sus padres y el deber de estos a intervenir activamente en su formación integral. Se hace evidente la obligación de reparar el perjuicio causado en el aspecto emotivo del niño, quien es realmente quien padece las disputas de sus padres, quienes obcecados en sus posiciones olvidan que hay un individuo vulnerable a su cuidado que requiere de ambos para tener una existencia armónica²⁷⁵.

5.4. El interés superior del niño y su operatividad en las controversias familiares

En el ámbito jurídico familiar cuando se abordan las vinculaciones en los miembros de una familia y especialmente en la que hay sujetos en minoridad involucrados, el parámetro que ha de guiar la actuación de todos los agentes que participen en la resolución del conflicto, es el interés superior del niño. De esta manera el Estado ha de tomar todos los mecanismos normativos, administrativos y sociales adecuados para cuidar al niño frente a cualquier clase de daño o perturbación a su integridad física y emocional, que se genere por la actuación negligente de sus progenitores, así ha sido contemplado en la Convención sobre los derechos del niño en su artículo 19²⁷⁶.

²⁷⁴ Zavala, M. *Daños entre familiares*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2014, AR/DOC/4660/2014

²⁷⁵ Radcliffe, M. *Protección integral de la familia. El deber de reparar el daño cuando se afecta la estructura familiar*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2017, AR/DOC/1217/2017.

²⁷⁶ Artículo 19 Convención sobre los derechos del niño. Organización de las Naciones Unidas.

Al ser entendida esa omisión de las obligaciones que derivan de la responsabilidad parental como una forma de violencia familiar, genera en contrapartida el deber de reparar el quebranto originado a estos entes jurídicos tan vulnerables. Con el cambio de paradigma en materia de niñez que se encuentra orientado hacia el respeto y fomento de su dignidad y sobre todo a su amparo²⁷⁷. El ordenamiento jurídico entiende que por su estado de formación los niños y adolescentes son susceptibles de ser perjudicados, por lo que frente al cualquier soslayo de sus prerrogativas el Estado se encuentra compelido a actuar.

Si bien la familia en los diversos instrumentos jurídicos se plantea como un centro para el cuidado y resguardo de los niños de cualquier perjuicio, no es menos cierto que la mayor parte de las formas de violencia se suscitan al interior de núcleo familiar, por los que los órganos jurisdiccionales han de servirse de los mecanismos más idóneos para evitar y resarcir el perjuicio irrogado. El motivo por el que se incluye al incumplimiento de los deberes parentales dentro de las formas de violencia radica, en que esta afecta física y emocionalmente al niño, el padre que no cumple con la prestación alimentaria y lo somete al hambre, o lo priva de abrigo y una buena educación, perjudicando su salud y su formación ciudadana.

Ahora bien, ese deber de reparar encuentra su origen en el repudio que se hace a estas manifestaciones de violencia, máxime cuando estas versan sobre la inobservancia de la responsabilidad que ostentan los progenitores de velar por el bienestar integral de un niño, hecho que constituye además un irrespeto por su personalidad. Es un desconocimiento claro a lo impuesto por el basamento normativo que compele al sujeto dañador a resarcir civilmente para lograr que supere las consecuencias del mal padecido²⁷⁸.

En materia de responsabilidad civil derivada de los daños familiares, la administración de justicia da estimación a las solicitudes de reparación por los perjuicios causados a un niño con base, en el interés superior del niño, dada la importancia que se le da a estos sujetos en la legislación nacional y supranacional. Se concreta esta pauta de acción estatal al brindarles

²⁷⁷ Wathelet, M. *La indemnización de las consecuencias no patrimoniales por el hecho del incumplimiento de los deberes de la responsabilidad parental con independencia de la cuestión de género*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2017, AR/DOC/2340/2017

²⁷⁸ Lascano, C. *Incumplimiento del deber alimentario e impedimento de contacto con los hijos menores como formas de violencia familiar*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2014, AR/DOC/2807/2014.

la oportunidad de ser escuchados, y que sus consideraciones sean valoradas dentro de las controversias.

Partiendo del principio de capacidad paulatina que poseen los niños en razón de su edad y grado de discernimiento, el órgano judicial ha de examinar las pretensiones que en esta materia se le presenten, por lo delicado de los entes involucrados. No es posible descartar sin más un reclamo de daños y perjuicios, únicamente porque este versa sobre nexos familiares, si así se logra dar una respuesta que satisfaga de modo más eficiente las necesidades del niño²⁷⁹.

El criterio del niño, aun cuando no es el único factor a tener presente, posee gran relevancia, para el examen e idónea ponderación de la controversia, han de valorarse los diferentes factores que rodean al niño, para que así la norma jurídica individualizada creada por el juez, resulte la más provechosa para su persona. En estos casos donde se dirimen prejuicios familiares se da preeminencia al bienestar del niño, es decir que la respuesta del Estado ha de buscar su provecho, equilibrando esta máxima con el resto de parámetros de orden²⁸⁰.

Se vislumbra que el lograr la operatividad del interés superior del niño sobre todo en el tema de la responsabilidad civil, el eje central está en encontrar un balance que haga posible que el niño , luego del perjuicio pueda retomar o construir de forma idónea un vínculo con sus progenitores., tomando en cuenta lo alegado por el niño y su familia, y lo que sea más conveniente, de tal manera que cuando se incoa este tipo de pretensiones, la administración de justicia ha de hallar el punto medio en su dictamen, para que cese el daño y se alcance un bienestar integral²⁸¹.

Ha de resaltarse el papel de los Jueces, que decreten el resarcimiento de una actuación lesiva ejercida en contra de los niños. El Juez ha de ser el ente que participe de forma activa para asegurar el acatamiento de los derechos, deberes y principios que son postulados a favor de

²⁷⁹ Mizrahi, M. *Suspensiones del régimen de comunicación filial*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2014, AR/DOC/2166/2014.

²⁸⁰ Yuba, G. *El derecho del niño a estar libre de toda forma de violencia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2011, AR/DOC/958/2011.

²⁸¹ Barbero, O. *La responsabilidad civil en el Derecho de Familia (treinta años después)*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2015, 0003/01228/2015

las personas, en los diversos instrumentos jurídicos, aún más los que atienden el tema de la infancia.

Esta extensión y reafirmación en el derecho de familia, se ha producido en el perímetro de un importante proceso de democratización del ámbito jurídico familiar, que más allá de instaurar como pautas preeminentes algunas directrices del derecho de familia ha conllevado a novedosas prácticas y obligaciones, para los diversos actores involucrados, es decir la familia, el Estado y la sociedad como trinomio para abordar esta materia fundamental²⁸².

Las potestades de los niños han de ser tuteladas desde un estrato legal y moral, por lo que haciendo mención del principio de la conciencia informada y utilizándola en el contexto jurídico de la niñez, posee un significado de derecho, pero también es un deber ético de los padres el cumplir con su responsabilidad, para lograr el avance de su familia.

Es en ese nivel de conciencia que se sancionan y reparan los perjuicios a niños y adolescentes en el seno familiar, por la actitud negligente de sus progenitores, el resarcimiento que surge de esta responsabilidad civil, viene dada en función de dar efectividad a las prerrogativas esenciales de los niños en cada controversia que le incumba, y que caracteriza al Estado de derecho. Por lo que es notorio que estos litigios poseen aspectos que los singularizan de los demás procesos de responsabilidad civil²⁸³. El régimen jurídico compromete al Juez a dar una solución efectiva que asegure las prerrogativas de cada uno de los individuos que intervienen en la controversia familiar, y puntualmente el de los más susceptibles de ser menoscabados como son los niños²⁸⁴.

Se busca impedir un ulterior daño de mayor entidad que pueda constituirse con el requerimiento de probar minuciosamente los extremos contemplados en el artículo 195 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial²⁸⁵, aún más al hallarse niños dentro de la problemática familiar, aun cuando no sean víctimas directa de un supuesto de violencia

²⁸² Sosa, G. *Derecho de familia y responsabilidad civil. Novedades nacionales y extranjeras y una difícil compatibilización de principios*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2011, AR/DOC/6121/2011.

²⁸³ Yuba, G. *Reparación por daño moral frente a la omisión de deberes derivados de la responsabilidad parental*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2017, AR/DOC/1575/2017

²⁸⁴ Medina, G. *Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2015, AR/DOC/774/2015.

²⁸⁵ Artículo 195 del Código de Procedimiento Civil y Comercial, 2001

familiar. De la misma manera sufren y sus potestades han de cuidarse en modo preeminente de acuerdo con lo estipulado en los artículos 1, 2 y 3 de la Convención sobre los derechos del Niño²⁸⁶.

El ámbito jurídico familiar da apertura al régimen de responsabilidad civil, derivado de los perjuicios que el incumplimiento de los deberes parentales genera en el niño; entiende que en ese hecho de abandono y descuido tanto oral como material, poseen un valor importante diferentes factores, que inclinan su actuar hacia el resguardo integral, de sus potestades e intereses, al darle un enfoque más sensible con la realidad de los menores²⁸⁷.

En estos litigios como parte del principio de inmediación el Juez está en cada acto procesal junto a las partes, para receptar de ellos, la verdad de los hechos, y tener la convicción de certeza que le permita inclinar la balanza a favor de una u otra parte de forma más completa. Así el juez da valor jurídico a todos los elementos que percibe directamente de los sujetos, para establecer la existencia del quebranto y el medio adecuado para resarcirlo.

Más allá de la rigurosidad de las formas en los procedimientos, que aborden una problemática de violencia familiar, se instituye en estos al interés superior del niño como una noción rectora, un parámetro constitucional, que está por encima del tema procesal y de los intereses de los progenitores. Se considera que es al interior de núcleo familiar donde el niño ha de criarse y transcurrir su niñez y adolescencia, para crear su carácter en un entorno que vele por él, cuando ello no ocurre se activa el aparato estatal en su resguardo para forzar al cumplimiento de sus derechos²⁸⁸.

Cuando los progenitores quienes en principio son los llamados a cuidar por los intereses de sus hijos y garantizarles un ambiente en que se les de respeto y afecto, se encuentran obligados por el ordenamiento jurídico a reparar dicha situación, no pueden aprovecharse de su condición de padres para violentar a otro sujeto. Este es el resultado del paradigma que

²⁸⁶ Artículos 1, 2 y 3 de la Convención sobre los derechos del Niño. Organización de las Naciones Unidas.

²⁸⁷ Ortíz, D. *Las medidas cautelares en casos de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia familiar*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2016, AR/DOC/333/2016.

²⁸⁸ Yuba G. *El interés superior del niño versus el interés de los padres. Sobre "tensiones" y "decisiones"*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2013, AR/DOC/1541/2013.

imperla en el derecho de familiar que ofrece una esfera de estabilidad y disfrute pleno de sus derechos.

Conclusiones finales

Es reconocida mundialmente a la familia como la célula fundamental de la sociedad, por lo que permanece bajo la protección del estado a través de sus normas legales, al ser el lugar donde se desarrollan los lazos de convivencia de la humanidad, y la interrelación y comunicación con otros seres humanos.

En ello radica, la importancia de regular la relación que debe imperar entre los progenitores y sus hijos, para garantizar convivencias sanas, y enmarcadas bajo el respeto a la configuración de la humanidad del ser.

Como se esgrimió en el presente trabajo, la obligación parental se enfoca en la forma de dirigir y orientar a los hijos, para que puedan desenvolverse y desarrollarse física y socialmente. Esta institución está amparada en principios fundamentales para la protección del menor, como lo son su interés superior, el derecho a ser oído y a dotarlo de oportunidad de obrar conforme sus capacidades progresivamente alcanzadas.

Y su enfoque está orientado en darle herramientas, a progenitores y en especial a los menores, para que, en la medida de su capacidad, actúen y asuman sus derechos y obligaciones.

El Código Civil y Comercial de la Nación experimentó avances concretos y muy significativos, al permitir el uso de vocablos apropiados para regular la relación estrecha entre progenitores e hijos, comprendiendo que estos son verdaderos sujetos de derechos y deberes que buscan de forma paulatina su independencia y total autonomía, bajo la protección y el cuidado de los adultos responsables.

Destaca que, aun cuando la mayor parte de los preceptos son obligatorios actualmente se vislumbra una ascendiente inclinación a la primacía de la autonomía volitiva y un ámbito de libertad más amplio, a lo que el cúmulo jurídico le confiere una significancia cada día mayor, que se acredita con el vínculo matrimonial entre individuos del mismo sexo.

En el derecho de familia se continúa con la tenencia dominante de parámetros imperativos y de orden público, esto se evidencia en las vinculaciones afectivas como el matrimonio al cual

se incorpora por medio de su libre consentimiento y determinación. Aun así, la legislación sistematiza la gran parte de sus factores.

A su vez, el instituto de la obligación alimentaria mucho ha evolucionado desde su origen en el Derecho Romano, el cual a pesar del tiempo en el que rigió, es claramente muy avanzado y sobre todo acertado en sus generalidades. No obstante, el Código Civil y Comercial de la Nación presenta una amplitud mucho mayor que la que tenía el Código Civil de Vélez, en tanto concibe un significativo número de supuestos que fueron obviados por el legislador anterior. Este sería el caso del hijo no nacido y la madre que lleva a cabo su gestación, que, si bien sí fue previsto en el Derecho Romano, no fue incluido en el articulado de la ley ya derogada. El Código anterior era de corte paternalista, sumamente dominante y concebía la obligación como algo meramente dinerario; mientras que el nuevo le da a los involucrados aun si son niños o adolescentes, el rol de sujetos de derecho que son y admite la trascendencia de la obligación sobre el aspecto monetario.

Los principios que la conducen son el orden público, la proporcionalidad en la prestación respecto de las posibilidades económicas del alimentante y las necesidades del alimentado, y los principios de inalienabilidad, irrenunciabilidad, imprescriptibilidad e inherencia personal de la obligación. Ella cesa por la incursión del alimentado en alguna causal de indignidad, muerte del alimentado o del alimentante, y la desaparición de los presupuestos que dieron origen a la obligación; además de las causales especiales que se establezcan para determinados supuestos.

Los alimentos abarcan la satisfacción de las necesidades del alimentado en cuanto a manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio; pudiendo cumplir el obligado a través de prestaciones monetarias o en especie, lo que le corresponderá al juez fijar para cada caso concreto. Dentro del aporte en especie, este Código innova al darle valor pecuniario al cuidado personal que uno de los padres tiene para con los hijos, representando un aporte en especie. Esto consideramos que es una de las novedades más significativas de la nueva ley, por considerar que responde a los valores de justicia y equidad.

Otro de los avances importantes está en los nuevos supuestos que prevé el Código, entre los cuales resaltamos la extensión de la obligación alimentaria a los hijos mayores de 21 años y menores de 25 que se capacitan, puesto que ello permite la consecución del fin esencial del instituto que es el desarrollo integral de la persona.

Ahora bien, no puede objetarse que el despliegue de los dictámenes jurisdiccionales se encuentra vinculado con la potestad a la tutela judicial efectiva. Por lo que se ha de tener medios de aseguramiento por parte del Estado de que los mandatos de los magistrados no resulten en simples pronunciamientos quiméricos sin alguna relevancia material. Desde otra perspectiva igualmente los afectados por los desacatos poseen la potestad que deviene de la estimación al debido proceso, a que los fallos se obedezcan plenamente de manera rápida y efectiva y no posiblemente de una forma incompleta o dilatada.

Se busca una respuesta más permanente y llevadera en el tiempo, por lo que se esclarece que toda la artillería de pautas y prácticas que emplee la función judicial ha de inclinarse a que se obtenga el proyecto de parentalidad conforme lo preceptúan los diversos cuerpos normativos de la Nación.

En el caso de las obligaciones de hacer, no es posible que sean ejercidas por otro, se hallan en un entorno provechoso para el uso de la figura detallada. Además, en el derecho de familia se hallan diversidad de supuestos que las avalan, dado que imponer las astreintes cuando no se puede reemplazar al obligado en la observación de su deber, se constituyen como la ideal herramienta para la consecución de su propósito. Ha de resaltarse que el origen de las astreintes no yace en ser una indemnización del daño producido por el desacato al beneficiario de la obligación o sujeto vulnerado, sino como un escarmiento que condena el desconocimiento a la administración de justicia en sentido subjetivo. No hay parámetros puntuales que posibiliten perfeccionar el nexo entre los niños y sus progenitores, es el Juez en su exegesis quien ha de adoptar las pautas que se ajusten a las condiciones y singularidades de cada controversia y núcleo de familia.

La nueva legislación en materia civil y comercial, aun cuando destaca la importancia del sujeto en singular, no significa que desampare la estructura familiar, que opera como un elemento esencial de la sociedad, y es el sitio idóneo para que se formen los ciudadanos, en

el que se les resguarda, respeta y estima. Pero cuando esto no ocurre y por el contrario estos nexos son el escenario para que un integrante cercene la integridad de otro, incumpla con los deberes que le son atribuidos, y perjudique material o moralmente a quien lesiona ha de cuidarse a la persona en su individualidad.

Al concluir es preciso resaltar que la carencia en el basamento normativo de un precepto que de forma concreta condene el perjuicio familiar, o los quebrantos que en su seno se presenten, no comporta que estas situaciones no deban ser atendidas, ni muchos menos que se ignoren las peticiones de amparo que hacen los sujetos lesionados. Los instrumentos jurídicos en el tema de familia aseveran a las personas su potestad de conformar una familia, e indican que el ente estatal no se inmiscuya despóticamente en la privacidad de esta.

De conformidad con lo enunciado en el acápite previo, la intervención del Estado en los supuestos planteados en el contexto familiar, y la concreta activación del régimen de resarcimiento civil, no se genera para los temas usuales de este quehacer jurídico. No es un medio para conducir excesivas susceptibilidades, porque esto haría posible que el ente estatal controle el marco más privado de la persona, sino que es un instrumento para amparar a quien es objeto de alguna clase de violencia en ese grupo primigenio.

La apertura al sistema de responsabilidad civil en la materia familiar está subordinada al hecho en que exista el menoscabo de la integridad física y psíquica o de las prerrogativas esenciales de uno de los integrantes. Se hace un énfasis especial cuando quienes resultan objeto de la violencia son niños, como entes de derecho que se encuentran en una condición de vulnerabilidad al estar incompleta su formación, precisan de una actuación más activa de los órganos jurisdiccionales.

Propuesta

Como consecuencia de lo expuesto precedentemente, ha de resaltarse la importancia de la armonía que ha de imperar en el ámbito jurídico familiar. Es decir, un balance entre el provecho colectivo familiar y el beneficio particular de la familia, si el primero contraviene con el segundo este cederá. Sin embargo, si esto no sucede, el interés familiar individual es el que es digno de observación, dado que no únicamente amparara, ese provecho particular, sino además el de la familia en pro de la solidaridad que ha de tenerse entre sus integrantes.

En atención a que no es inusual que el régimen de comunicación estipulado por el Juez o convenido por los partes y correctamente homologado, presente en la experiencia cotidiana renuencias para su acatamiento. Estas pueden devenir tanto del padre que ostenta la custodia del niño, como del progenitor que no hace vida común, de interactuar con el infante, que fue el supuesto factico desglosado.

La cuestión del régimen de comunicación como se ha indicado versa en evidenciar el marcado problema de la eficacia de estos procedimientos, que ciertamente componen a la misma función de administración de justicia y a su autoridad; puesto que no puede considerarse como eficaz un cúmulo jurídico si las decisiones que emite no son cumplidas, o no hay medios adecuados para dominar la actitud de sus destinatarios.

Es por ello que corresponde que se sancione una norma que imponga una sanción pecuniaria cuando los titulares de la responsabilidad parental no mantengan contacto con el niño, niña o adolescente del cual es responsable. Una norma semejante implicaría una máxima protección y respeto al interés superior del niño, por cuanto no solamente es importante que el menor tenga acceso a cuestiones materiales que satisfagan sus necesidades básicas, sino que también es importante atender sus necesidades de cariño y afecto.

En el ámbito jurídico, la incorporación del interés superior del niño como un lineamiento interpretativo de rango constitucional, se erige como uno de los pilares del sistema de protección integral de los niños y los adolescentes en la actualidad judicial del Fuero Familia; puesto que este implica que en cada controversia han de atenderse a las singularidades del supuesto factico para la creación de la norma jurídica individualizada, en la cual se le concederá primacía al bienestar del niño involucrado.

A su vez, la sanción sería pecuniaria toda vez que importaría una clara preocupación que el adulto intentaría evitar, máxime considerando que las atribuciones que el Juez tiene hoy en el proceso son plenamente activistas, proteccionistas y de oficio, por ende, no parece descabellada la imposición de sanciones de este estilo en caso de incomunicación del responsable del niño, niña o adolescente.

Esta pauta objetiva constituye para el Estado, la Familia y la sociedad una guía de actuación en la cual se estime siempre el cuidado y beneficio de los niños, que al no estar concluida su formación y desarrollo precisan de una mayor consideración y contención estatal, esta protección que se brinda es un reflejo del cúmulo axiológico que como sociedad se propugna.

El interés superior del niño marca la pauta de acción de los magistrados del Fuero Familia, para ponderar los hechos y brindar una solución que dé una satisfacción integral a las necesidades de los sujetos en minoridad, en virtud del incumplimiento de las obligaciones parentales que dejan en evidencia que quien resulta afectado es solamente el niño/niña o adolescente; por lo que el Estado, en ejercicio de su soberanía, debe constreñir a los padres incumplidores a darles acatamiento, y reparar ese mal que cada día se hace más notorio en la formación de los infantes y jóvenes que se ven segregados por el incumplimiento y abandono afectivo del progenitor no-conviviente.-

Bibliografía

- Ales, M. *Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2016, AR/DOC/3479/2016
- Ales Uría, M. *Regulación del derecho-deber de alimentos entre parientes*. Revista Electrónica RCCyC 2015, Documento N° 2438 (2015).
- Ballarin, S. *La obligación alimentaria de los abuelos*. Revista Electrónica DFyP2016, Documento N° 1117, 2016.
- Barbero, O. *La responsabilidad civil en el Derecho de Familia (treinta años después)* Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2015, 0003/01228/2015
- Belitzky, L. *Padre afín*. Revista Electrónica DJ10, Documento N° 4099, 2015.
- Belluscio, C. *Obligación alimentaria de cada progenitor y su extensión*. Revista Electrónica La ley 2016, Documento N° 2589, 2016.
- Blanco, G. *Divorcio y derecho de visita: necesidad psicológica de los menores de mantener comunicación con su progenitor no custodio*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 1990, AR/DOC/625/1990.
- Borda, A. *Tratado de derecho civil. Obligaciones*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 1976, AR/DOC/783/1976
- Canasi, J. *Sanciones conminatorias contra el estado*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2003, AR/DOC/789/2003.
- Cardinaux, N. *La familia en Argentina*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2010, AR/DOC/439/2000
- Carranza, C. *La participación de los niños en los procesos de familia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2010, AR/DOC/823/2010

- Caseaux, N. y Trigo, A. *Derecho de las Obligaciones*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 1996, AR/DOC/836/1996
- Castel, R. *La metamorfosis de la cuestión social*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 1999, AR/DOC/974/1999
- Colombo, C. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado y comentado*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2006, AR/DOC/426/2006
- Doltó, F. *La causa de los niños*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2008, AR/DOC/904/2008
- Gherzi, C. *Daños derivados de las relaciones internas del derecho de familia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2011, AR/DOC/2965/2011.
- Gil, F. *El incumplimiento del régimen de visitas y las astreintes*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 1998, AR/DOC/736/1998.
- González, M. *Desafíos del derecho frente al proceso de reinención de la familia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2005, AR/DOC/2984/2005
- Gozaini, O. *El niño y el adolescente en el proceso*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2012, AR/DOC/610/2012
- Grosman, M. y Martínez, I. *Familias Ensambladas: nuevas uniones después del matrimonio*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Universidad, 2000.
- Grossman, P. *Significado de la Convención de los Derechos del niño en las relaciones de Familia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 1993, AR/DOC/789/1993
- Guzmán, N. *La motivación de la sentencia y el interés superior del niño. Aspectos prácticos de la ponderación en el derecho de familia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2016, AR/DOC/1130/2016
- Herrera, M. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2015, AR/DOC/416/2015

- Hollweck, M. *Un interesante precedente en procura de garantizar el derecho de comunicación con el progenitor no conviviente*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2013, AR/DOC/987/2013
- Jofré, G. *Los Niños y la Justicia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2012, AR/DOC/114/2012
- Junyent, P. *La palabra como derecho de niños y adolescentes*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2013, AR/DOC/3002/2013
- Kielmanovich, J. *Derecho Procesal de Familia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2009, AR/DOC/3698/2009
- Lascano, C. (2014). *Incumplimiento del deber alimentario e impedimento de contacto con los hijos menores como formas de violencia familiar*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2014, AR/DOC/2807/2014.
- Llambías, J. *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 1967, AR/DOC/1936/1967.
- Lloveras, N., Orlandi, O. y Tavip, G. *Principios generales de la responsabilidad parental*. Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2014.
- Lopes, C. *Derecho Familia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley, 2015, p. 496.
- Lorenzetti, R. *Obligaciones y Contratos*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2009, AR/DOC/769/2009
- Martínez A. *Cuando el modelo social es parte del interés superior del niño*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2016, AR/DOC/2911/2016
- Mazzinghi, J. *El Código Civil y Comercial y las relaciones de familia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2015, AR/DOC/1266/2015
- Medina, G. *El proceso de familia en el código unificado*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2015, AR/DOC/426/2015.

- Medina, G. (2015). *Orden público en el derecho de familia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2015, AR/DOC/3974/2015
- Medina, G. *Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2015, AR/DOC/774/2015.
- Medina, G. *Cambio de tenencia y síndrome de alienación parental*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2013, AR/DOC/579/2013.
- Mizrahi, M. *El Cuidado Personal del Hijo en el Proyecto de Código*. Buenos Aires, Argentina, La Ley, p. 6
- Mizrahi, M. *Régimen de comunicación de los padres con los hijos*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2014, AR/DOC/789/2014.
- Mizrahi, M. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2006, AR/DOC/7346/2006
- Mizrahi, M. *Régimen de comunicación de los padres con los hijos*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2014, AR/DOC/789/2014
- Mizrahi, M. *Suspensiones del régimen de comunicación filial*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2014, AR/DOC/2166/2014.
- Mizrahi, M. L. *Responsabilidad parental*. Buenos Aires, Argentina, Astrea, 2015
- Moisset de Espanés, L. *Sanciones conminatorias o astreintes*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 1983, AR/DOC/432/1983
- Molina Quiroga, E. *Responsabilidad derivada del no reconocimiento del hijo propio. Lesión del derecho a la identidad. Resarcimiento del daño*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2016, 0003/1119/2016.
- Ortiz, D. *Las medidas cautelares en casos de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia familiar*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2016, AR/DOC/333/2016.

- Panatti, M. *Determinación del interés superior del niño, tras su incorporación en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2015, AR/DOC/4023/2015
- Pellegrini, M. *Comentarios art. 638 al 704*. Buenos Aires, Argentina, Infojus, 2015.
- Petrillo, P. *El derecho a reclamar alimentos después del cese de la unión convivencial*. Revista Electrónica ADLA2016, Documento N° 882 (2016).
- Peyrano, J. *Importancia de la consolidación del concepto de la tutela judicial efectiva en el ámbito del juicio civil*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2014, AR/DOC/3691/2014
- Pinto, G. *Los derechos de niños, niñas y adolescentes y la defensa jurídica*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2011, AR/DOC/198/2011
- Radcliffe, M. *Protección integral de la familia. El deber de reparar el daño cuando se afecta la estructura familiar*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2017, AR/DOC/1217/2017.
- Rivero, F. *El derecho de visita*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 1997, AR/DOC/355/1997
- Satir, V. *Nuevas relaciones humanas en el núcleo familiar*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 1991, MX/DOC/963/1991
- Solari, N. *El derecho a la participación del niño en la Ley 26.061. Su incidencia en el proceso*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2005, AR/DOC/291/2005
- Sosa, G. *Derecho de familia y responsabilidad civil. Novedades nacionales y extranjeras y una difícil compatibilización de principios*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2011, AR/DOC/6121/2011.
- Sosa, G. *Derecho de familia y responsabilidad civil. Novedades nacionales y extranjeras y una difícil compatibilización de principios*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2011, AR/DOC/6121/2011.

- Viola, S. Autonomía Progresiva de Niños, Niñas y Adolescentes en el Código Civil: Una deuda pendiente. Buenos Aires, Argentina, La Ley, 2015
- Wathelet, M. *La indemnización de las consecuencias no patrimoniales por el hecho del incumplimiento de los deberes de la responsabilidad parental con independencia de la cuestión de género*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2017, AR/DOC/2340/2017.
- Wathelet, M. *La indemnización de las consecuencias no patrimoniales por el hecho del incumplimiento de los deberes de la responsabilidad parental con independencia de la cuestión de género*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2017, AR/DOC/2340/2017
- Yuba, G. *Reparación por daño moral frente a la omisión de deberes derivados de la responsabilidad parental*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2017, AR/DOC/1575/2017
- Yuba, G. *El derecho del niño a estar libre de toda forma de violencia*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2011, AR/DOC/958/2011.
- Yuba G. *El interés superior del niño versus el interés de los padres. Sobre "tensiones" y "decisiones"*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2013, AR/DOC/1541/2013
- Zavala, M. *Daños entre familiares*. Buenos Aires, Argentina, La Ley Online, 2014, AR/DOC/4660/2014
- Zini Haramboure, P. *De la patria potestas romana a la responsabilidad parental en Argentina: evolución de la obligación alimentaria*. Revista Electrónica: UNLP 2015, Documento N° 3696, 2015.