

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LAS RELACIONES ENTRE PROGENITORES E HIJOS*

THE AUTONOMY OF THE WILL IN THE RELATIONS BETWEEN PROGENITORS AND CHILDREN

*Mónica Assandri et al.***

Resumen: En el marco del derecho de familia vigente se examina si el principio de la autonomía de voluntad en las relaciones entre progenitores e hijos se encuentra plasmado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, y si este armoniza con lo dispuesto en la Constitución Nacional y tratados internacionales de derechos humanos. Analizamos dos instituciones: filiación y responsabilidad parental. En primer lugar, describimos cómo evolucionaron estas instituciones hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, para delimitar los aportes que la nueva legislación otorga a la comunidad en respuesta a las mandas constitucionales, para concluir que el mismo torna operativo el principio constitucional de autonomía de la voluntad. Finalmente, se investiga la recepción de este principio en la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional.

Palabras-clave: Principios - Autonomía de la voluntad - Filiación - Responsabilidad parental.

* Trabajo presentado el 12 de marzo de 2019 y aprobado para su publicación el 3 de abril del mismo año.

** Abogada. Especialista en Derecho de Familia. Profesora de Derecho Privado VI, de Derecho Privado I y Profesora Asistente de Introducción a los Estudios de la Carrera de Abogacía en la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba (FD-UNC). Email: moassandri@hotmail.com

Co-autoras: Adriana María Warde (Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Especialista en Derecho de Familia. Profesora de Derecho Privado VI (FD-UNC)); Lucía Hipatia Parodi (Adscripta a la Cátedra de Derecho Privado VI. FD-UNC. Becaria CONICET)); Wendi Romina Orona (Profesora de Derecho Privado VI. Profesora Ayudante de Derecho Privado I (FD-UNC)); Nancy Ruth Canelo (Especialista en Derecho de Familia. Adscripta a la Cátedra de Derecho Privado VI (FD-UNC)); Florencia Paccussi (Adscripta a la Cátedra de Derecho Privado VI (FD-UNC)).

Abstract: Within the framework of current family law, it is examined whether the principle of autonomy of will in relations between parents and children is embodied in the new Civil and Commercial Code of the Nation, and if this harmonizes with the provisions of the National Constitution and international human rights treaties. We analyze two institutions: filiation and parental responsibility. First, we describe how these institutions evolved until the entry into force of the new Civil and Commercial Code of the Nation, to delimit the contributions that the new legislation grants to the community in response to the constitutional mandates, to conclude that it becomes operational the constitutional principle of autonomy of the will. Finally, the reception of this principle in national and international doctrine and jurisprudence is investigated.

Keywords: Principles - Autonomy of the will - Affiliation - Parental responsibility.

Sumario: I. El problema de la investigación. II. El principio de la autonomía de la voluntad en las relaciones entre progenitores e hijos. II.1. Filiación. II.1.1. Filiación por naturaleza. II.1.2. Filiación por TRHA. II.1.3. Filiación por adopción. II.1.4. La maternidad por subrogación, una deuda pendiente en materia filiatoria. II.1.5. Acciones de filiación. II.2. Responsabilidad parental. II.2.1. La autonomía progresiva. II.2.2. La titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental. II.2.3. Cuidado personal. II.2.4. Plan de parentalidad. II.2.5. Administración de los bienes de los hijos. III. Conclusiones.

I. El problema de la investigación

El objetivo de la investigación ha sido analizar si el principio de la autonomía de la voluntad, entendido desde una mirada constitucional como "el derecho a la libertad de intimidad", se encuentra plasmado en el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyC) en las siguientes instituciones: filiación y responsabilidad parental.

Nos propusimos examinar y evaluar si la legislación vigente observa el mandato constitucional del "derecho a la libertad de intimidad", que en el derecho de familia implica "poder de decisión", "ejercicio de la libertad personal", y en consecuencia poder concluir que el Código Civil y Comercial de la Nación armoniza con esta manda constitucional, asegurando en las relaciones entre progenitores e hijos el ejercicio del derecho a la libertad, de intimidad en función de la edad y grado de madurez de los miembros de la familia.

Asimismo, abordamos la postura asumida por la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera.

II. El principio de la autonomía de la voluntad en las relaciones entre progenitores e hijos

El derecho a la intimidad familiar queda expresamente legislado con la reforma constitucional de 1994 y la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que expresamente prevén "que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada o *en la de su familia*, y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales intromisiones" y, muy especialmente, la Convención sobre los Derechos del Niño que establece "los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten".

La autonomía de voluntad implica en el ámbito del derecho de familia "poder de decisión", "ejercicio de la libertad personal", la posibilidad de resolver sobre ciertos aspectos de la vida personal sin condicionamientos externos, de poder optar por una autorregulación propia; está íntimamente ligada al principio de reserva que consagra el artículo 19 de la Constitución Nacional, y consecuentemente, a la noción de orden público vigente en una época y una sociedad determinada"¹.

Destacamos que esta expansión de los derechos humanos -que en nuestro país ha adquirido carácter constitucional- en algunos casos protege al interés individual y en otros actúa como límite a la autonomía de la voluntad y justifica la intervención del Estado en el ámbito de las relaciones de familia.

Si bien las instituciones de filiación y responsabilidad parental están reguladas en el CCyC, centrando su atención en la vida íntima familiar y en el desarrollo autónomo de los integrantes de relaciones jurídicas familiares en un contexto de libertad e igualdad, deben analizarse conjuntamente con los otros principios constitucionales de solidaridad, igualdad efectiva, responsabilidad y protección del más débil que integran nuestro bloque de constitucionalidad, debiendo buscarse el equilibrio que permita una armonización *entre la protección de la familia y las autonomías propias de cada uno de los integrantes*.

En este orden de ideas nos proponemos examinar, en las instituciones de la filiación y responsabilidad parental, qué aspectos de ellas quedan reservados al ámbito de la intimidad y de la autonomía de la voluntad, y cuáles deben someterse al poder de contralor del estado por cuestiones de orden público², si hubo un avance en el derecho vigente respecto del derogado, como así también la opinión de la doctrina y las resoluciones judiciales.

(1) WARDE Adriana María - ASSANDRI, Mónica. "La autonomía de la voluntad en las relaciones de familia conyugales y convivenciales", *Anuario XVI (2015)*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, La Ley S.A.E. e.I. Buenos Aires, 2016, p.374.

(2) Art. 21 del Cód. Civil velezano: "Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto aquellas leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres".

II.1. Filiación

El CCyC, en su título V, regula la institución de la *filiación*, es decir, el vínculo jurídico recíproco existente entre progenitores e hijos, derivado de las siguientes fuentes: biológica, adoptiva o bien de las técnicas de reproducción humana asistida³, aspecto en el que innova en relación al código decimonónico anterior.

Así el art. 558 inaugura el título V, estableciendo dos principios básicos y fundamentales. Por un lado, salvo en el caso de la adopción simple, el de la *igualdad en los efectos de la filiación* cualquiera sea la fuente de la que provenga. Y, por otro, el *principio del doble vínculo filial*, es decir, que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales al mismo tiempo, cualquiera sea la naturaleza de su filiación⁴⁻⁵.

Al referirnos a las fuentes de la filiación hacemos alusión al origen o fundamento de tal vínculo. En ese sentido, la filiación por naturaleza es la que deriva del *acto sexual reproductivo* y se basa fundamentalmente en la existencia del elemento biológico; la filiación por TRHA encuentra su fundamento en la llamada *voluntad procreacional* que se concreta mediante el consentimiento médico prestado por los futuros progenitores y que posee determinados requisitos regulados por la ley para que pueda surtir efectos; y, finalmente, la filiación por adopción también resulta de la voluntad expresada por los progenitores pero en el marco de un procedimiento judicial que finaliza con una *sentencia* que es la que determina el vínculo filial.

Analicemos entonces cómo impacta el *principio de autonomía de la voluntad* en cada tipo de filiación.

(3) En adelante TRHA.

(4) GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, señala al respecto que la regulación de las TRHA y, particularmente, la posibilidad de realizar prácticas heterólogas, tornan necesario lo dispuesto en la norma recién transcripta, dado que como resultado de estos procedimientos, si se permitiera la confluencia de aspectos genéticos y volitivos, podrían generarse más de dos vínculos filiales (*Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. II, dirigido por J. C. Rivera y G. Medina, coordinado por M. Esper, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 341, nro. 4.1, cit. por SAMBRIZZI, Eduardo A. *La filiación en el Código Civil y Comercial*, 1ª Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 37). No podemos dejar de mencionar un caso que ya hizo realidad este vaticinio del autor: la resolución tomada el 22-04-2015 por el Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires, que hizo lugar a la solicitud de reconocimiento paterno del hombre que aportó sus gametos para fecundar el óvulo de una mujer casada con una persona de su mismo sexo, las que también suscribieron de conformidad la solicitud; el hijo resultante, nacido poco más de un año antes por un procedimiento de procreación asistida, se encontraba inscripto desde su nacimiento a nombre de ambas cónyuges, por lo que el mismo quedó inscripto con tres apellidos. Esta decisión ha dado lugar a diversas voces doctrinarias a favor y en contra de lo dispuesto.

(5) Las únicas excepciones a este principio a las que alude el CCyC, son las previstas en los arts. 621 y 631, cuando refiere a la conservación de vínculos de origen en la adopción plena, a la creación de vínculos con parientes del adoptante en la adopción simple y en el caso de la adopción de integración cuando el NNA tiene doble vínculo filial, respectivamente (SAMBRIZZI, Eduardo A. *La Filiación en el Código Civil y Comercial*, ob. cit., p. 37/38).

II.1.1. *Filiación por naturaleza*

En primer lugar, podemos afirmar que las normas que se ocupan de la filiación por naturaleza en el CCyC son similares a las del Código de Vélez, con sus posteriores modificaciones, resultando decisivo en este tipo de filiación el *elemento biológico* en la relación con el hijo, como *determinante de la filiación*.

Entendemos entonces que es por esta particular característica que el principio de autonomía de la voluntad no impacta en este tipo de vínculo filial, a punto tal que destacada doctrina ha sostenido que "la identidad biológica -que no puede renunciarse ni disponerse- conforma uno de los presupuestos del concepto jurídico de persona, por lo cual no tiene la condición de facultad conferida por el orden normativo a la voluntad de aquélla, no siendo por tanto un derecho subjetivo, sino un elemento que da contenido al atributo del estado civil, del cual nacen y se proyectan las relaciones de familia"⁶.

Motivo de otra investigación podría ser el dilema que se plantea en cuanto a si este elemento biológico-genético es o no determinante del derecho a la identidad personal, o hasta qué punto lo es, en el cual no entraremos en esta ocasión.

II.1.2. *Filiación por TRHA*

Es en este nuevo tipo de filiación donde el CCyC modifica profundamente el Código derogado, al establecer en tal caso la *voluntad procreacional* como fuente de la filiación; aunque no con relación a la gestante, que es siempre reconocida como madre del nacido, aun cuando no hubiera expresado voluntad alguna al respecto⁷.

En los fundamentos del proyecto se afirma que "la voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación del vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas". Lo que fue receptado en el art. 562 del CCyC⁸.

Lo mismo afirman Marisa Herrera y Eleonora Lamm, quienes agregan que "la regla es que en todos los casos en los que se recurre a las TRHA, ya sea que se trate de una mujer casada o no, heterosexual u homosexual, que ha recurrido a TRHA

(6) CIFUENTES, Santos. "El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido", *La Ley*, 2001-C, 759, cit. por SAMBRIZZI, Eduardo A. *La Filiación en el Código Civil y Comercial*, ob. cit., p. 14.

(7) SAMBRIZZI, Eduardo A. ob. cit., p. 34.

(8) Art. 562 del CCyC que establece que "los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos".

homólogas o heterólogas, la filiación -maternidad o paternidad- se determina por la voluntad expresada a través de los consentimientos legales, con independencia de quien haya aportado los gametos⁹.

De una rápida lectura de esta norma podemos colegir que han quedado fuera de su ámbito las parejas formadas por dos hombres, casados o no, ya que de acuerdo a su contenido siempre hay una mujer gestante como madre del nacido, lo que ha dado lugar a una vacilante doctrina y jurisprudencia en torno a la admisión o no de la llamada "gestación por sustitución" o "maternidad subrogada", que fue eliminada del proyecto originario en la revisión efectuada por el Senado Nacional.

Más allá de esta trascendente cuestión, destacados autores nacionales no concuerdan con la admisión de esta nueva fuente filial. Así, Sambrizzi,¹⁰ Azpiri,¹¹ Mazzinghi¹² y Úrsula Basset¹³, entre otros.

(9) HERRERA, Marisa- LAMM, Eleonora. *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, t. II, p. 508 y ss. Destacan dichas autoras que "el artículo no habla de mujer sino de 'quien dio a luz', en concordancia con la ley 26743 de Identidad de Género, atento a que como esta ley no exige operación de reasignación sexual para el cambio registral de nombre y sexo, perfectamente pueden presentarse, y ya se han presentado en nuestro país, hombres embarazados, que han acudido o no a las TRHA".

(10) SAMBRIZZI, Eduardo A. Ob. cit. p. 73. Conf. AZPIRI, Jorge O. "La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial", *RDFyP*, Año IV, nro. 6, La Ley, julio de 2012, p. 116. Afirma que la voluntad procreacional lleva a conclusiones inaceptables, ya que -salvo con relación a la gestante que siempre es la madre del nacido, sea que se trate o no de procreación asistida- deja de lado un aspecto objetivo para la determinación de la filiación, como lo es, como norma general, la relación genética, que es desplazada, para pasar a depender en los supuestos de procreación asistida, de un aspecto subjetivo, como lo es la voluntad, que puede dar lugar a situaciones que bien pueden ser calificadas como inadmisibles. Como se advierte -continúa el autor- los redactores del nuevo Código no tuvieron en cuenta la ponencia aprobada en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Tucumán en el año 2011, sobre que *la voluntad procreacional no podía ser el elemento único de determinación de la filiación*. Este autor considera que esta pauta de la voluntad procreacional para la determinación de la filiación crea graves confusiones que no favorecen en absoluto la previsibilidad y la seguridad que debe tratar de lograrse en esta materia, no debiendo olvidarse que en este tipo de cuestiones se encuentra involucrado en importante medida el orden público, que no deja casi margen para la actuación de la voluntad de las personas involucradas.

(11) AZPIRI, Jorge. "La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial", *RDFyP*, Año IV, nro. 6, La Ley, julio de 2012, p. 116, 3. En el mismo sentido, Berbere Delgado, Mizrahi, Corral Talciani, Belluscio, entre otros. Azpiri afirma que la admisión de la voluntad procreacional como una fuente de filiación "centra su atención en la situación de los adultos que han expresado su voluntad, cambiando el eje de la protección legal", que deben ser los niños.

(12) MAZZINGHI, Jorge A. *Tratado de Derecho de Familia*, 4ª Ed., La Ley, Buenos Aies, 2006, t. 4, p. 126, parág. 727, a), considera excesiva la valoración del elemento intencional como determinante de la filiación, y afirma que dicho criterio de alguna manera transforma al hijo en algo muy semejante al objeto de un contrato, respecto del cual la intención de las partes puede ser decisiva. Sostiene este autor que "cuando se trata de filiación, el objeto es una persona humana y su dignidad no consiente que se disponga de su emplazamiento familiar según factores enteramente subjetivos.

(13) BASSET, Úrsula C. *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. III, p. 420, cit. por SAMBRIZZI, Eduardo A. Ob. cit., p. 80. La autora afirma que "la biología no es todo en la filiación, pero tampoco puede pretenderse que no es nada, o que no tiene significación alguna en la identidad de la persona y

Sin embargo, son muchas las voces que aplauden la recepción de esta nueva fuente de filiación, valorando la entidad que el CCyC le acuerda a la voluntad procreacional, manifestando que la exteriorización de la misma es "la columna vertebral del régimen filial derivado de las TRHA"¹⁴. Fundamentando tal postura los autores continúan: "*Tan importante es la voluntad procreacional que debe ser actual, y de allí que se necesite la renovación del consentimiento en los mismos términos (previo, informado y libre) antes de cada práctica o procedimiento médico. En otras palabras, antes que, quien o quienes quieran ser padres se sometan a las TRHA -cualquiera sea la modalidad que se trate, de alta o baja complejidad, se utilicen gametos o embriones de la propia pareja o de terceros-, el centro de salud interviniente debe recabar el correspondiente consentimiento*". A través de la voluntad procreacional, se receipta el "*derecho integral a fundar una familia, sustentado en el principio de igualdad y no discriminación, pues será su consentimiento libre y pleno, expresado en los términos del art. 560, lo que determinará la filiación del hijo, cuya concreción quedará determinada, no sólo antes de su nacimiento, sino antes de su concepción, a la luz del precepto contenido en el art. 19*"¹⁵.

En conclusión, el CCyC plasma un importante avance de la autonomía personal en la filiación por TRHA, ya que es el consentimiento libre y pleno de los progenitores, "la voluntad procreacional", lo que determina la filiación del hijo.

II.1.3. Filiación por adopción

La filiación por adopción constituye otra fuente de filiación, fundada en los principios de igualdad, no discriminación, libertad, intimidad, autonomía, autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA), vivir en familia, solidaridad familiar e interés superior del niño, entre otros, y sirven de base para la interpretación del conjunto de normas que regulan esta institución.

Entendemos que si algo caracteriza al nuevo sistema regulatorio de la filiación adoptiva es la porosidad y permeabilidad del sistema, que se estructuró con reglas que no tienen carácter pétreo, sino que persiguen dar cabida a la mayor cantidad posible de situaciones para, en definitiva, hacer posible el derecho constitucional a vivir en una familia. En consecuencia, analizaremos el art. 621 del CCyC.

Tal como se ha ido exponiendo, entendemos que el principio de la autonomía de la voluntad subyace en la normativa que hoy existe en el CCyC a la luz de los nuevos derechos otorgados tanto a los progenitores como a los adoptados.

que el derecho puede disimular o escamotearla sin consecuencias. Tapar los ojos frente a esa realidad puede ser una decisión a largo o corto plazo insostenible".

(14) HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo-PICASSO, Sebastián (Directores). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II, 1ª ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 279.

(15) RIVERA, Julio Cesar - MEDINA Graciela (Directores). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II, 1ª ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 350.

a) Autonomía de la voluntad, capacidad progresiva y derecho a conocer los orígenes

Adentrándonos un poco más en el tema es interesante hacer notar cómo en la adopción, el adoptado, mediante el ejercicio de su propia autonomía de la voluntad, puede conocer sus orígenes conforme los art. 595, inc. E) y 596 del CCyC. En consecuencia, la adopción se rige por principio del respeto del derecho a la identidad y el derecho a conocer los orígenes, entre otros. En este mismo sentido, se concluyó en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2007, celebradas en la Universidad de Lomas de Zamora¹⁶.

Vemos entonces como la normativa mencionada avanza sobre la derogada, ya que el Código Civil velezano en su art. 328, regulaba la posibilidad de conocer la realidad biológica del adoptado recién después de los 18 años de edad, es decir cuando ya no estaba más bajo la antigua patria potestad -hoy responsabilidad parental- de los adoptantes. Mientras que este nuevo cuerpo normativo lo permite antes, siempre que el peticionante tenga *edad y grado de madurez suficiente*.

Es decir que se amplía y se reconoce un margen legal anticipatorio para que las personas que así lo deseen, con edad suficiente y grado de madurez, puedan recabar datos relativos a su origen que consten en los registros judiciales o administrativos, como así también, incluiría los legajos que elaboran los hogares o instituciones de cuidado a cargo de los niños mientras deciden la situación familiar de cada uno.

En tal sentido se expresa el tercer párrafo del art. 596 en análisis cuando señala: "*El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles*".

Vemos así cómo tanto el principio de la autonomía progresiva de los NA, el derecho a conocer datos relativos al origen y el principio de interés superior del niño se entrelazan, avanzando en claro beneficio del adoptado. También se hace notar que, en el art. 596 del CCyC, se establece que debe existir un compromiso expreso por parte de los adoptantes de hacer conocer los orígenes a su hijo adoptivo, y del cual quedará constancia en el expediente. Resta preguntarnos si esta norma no atenta contra la autonomía de la voluntad de las personas -adoptantes-, cuándo este compromiso deberá llevarse a cabo. O en el peor de los casos, qué sucedería si los adoptantes no cumplen con este compromiso y cuál sería la sanción que traería aparejada.

En el último párrafo del art. 596 se avanza aún más en la recepción de la autonomía cuando prescribe que: "*Además del derecho a acceder a los expedientes,*

(16) Conclusión de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2007, celebradas en la Universidad de Lomas de Zamora: "*Se presume que todo niño/a o adolescente que petitiona este acceso está en condiciones de formar un juicio propio si tiene suficiente razón y madurez para ello, salvo que por razón fundada sea contrario al interés superior del niño*".

el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada". Es decir que, el adoptado a partir de los 13 años de edad podrá, con asistencia letrada, iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes.

Vemos aquí que a los fines de evitar decisiones discrecionales, como acontece cuando no se fija edad alguna para un acto complejo o de envergadura como lo es iniciar una acción judicial autónoma para conocer los orígenes, se establece cierta edad lo que implica un determinado desarrollo madurativo. Distinguiendo entre el acceso a la información sobre el origen contenida en los expedientes y los registros, y una acción autónoma (innominada) tendiente a conocer los orígenes cuando ellos no consten en los registros. Debemos para este caso no perder de vista el carácter de irrevocable que posee la adopción plena contenida en el art. 624 del CCyC y sus efectos jurídicos, que son plenos, con la excepción de los impedimentos matrimoniales y de los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado¹⁷.

b) Autonomía de la voluntad y nuevas facultades judiciales

Respecto de los tipos de adopción, el CCyC regula la adopción plena, la adopción simple y la adopción de integración. Cada una con características y efectos propios, que se aplicarán a los procesos adoptivos conforme al interés superior del niño y en respeto del derecho a la identidad del adoptado.

Sin embargo, el artículo 621 del CCyC¹⁸ demuestra que, a diferencia del código anterior en el cual no había forma de conjugar el sistema dual existente en la adopción, ahora se puede permeabilizar el uno con el otro al establecer importantes *facultades judiciales*.

Lo primero que podemos mencionar es que autorizada doctrina¹⁹ concuerda en que, mediante este nuevo artículo, se introduce una de las modificaciones más importantes al régimen de la adopción, subyaciendo como su principal fundamento

(17) Podría ser el caso excepcional de cuando existe un emplazamiento biológico de solo uno de los progenitores -materno- y el presunto padre nunca supo que la mujer quedó embarazada, que nació un niño y que fue dado en adopción. Al tiempo, el adoptado toma conocimiento de ello y pretende iniciar una acción autónoma a fin de saber quién es su padre y además, dada la posición económica holgada en la que se encuentra, la posibilidad (en exclusivo beneficio del adoptado) de ejercer los derechos alimenticios y sucesorios respecto de este progenitor.

(18) Art. 621 CCyC: "*El juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño. Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este código para cada tipo de adopción*".

(19) Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, entre otros. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora (Directoras). *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Tomo IV, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.

el principio del interés superior del niño de cuya adopción se trate. Claramente, la facultad judicial otorgada deberá ejercerse en pleno respeto al art. 595 del Código - principios generales aplicables en materia de adopción.

Tal cual se plantea el tema, Mariela González de Vicel sostiene que, si se reconoce esa *facultad judicial*, "*podría pensarse que no se permite a las partes -pretensos adoptantes y adoptados con grado de madurez suficiente- requerir determinado tipo adoptivo, aunque sí solicitar el mantenimiento o creación de algunos vínculos por razones fundadas, implicando un retroceso sin razón atendible respecto del anterior sistema (...)*". Sin embargo, destaca la autora que, ante la presentación realizada por los pretensos adoptantes o el pretense adoptivo, o ambos, proponiendo determinado sistema (simple o plena), el juez podrá tenerlo presente como una sugerencia, que en definitiva, admitirá o no. En contraposición a esta postura, importantes doctrinarios sostienen: "*Una demanda formulada en esos términos resulta inocua a los fines adoptivos pues serán las circunstancias del caso, los derechos involucrados y el interés superior del niño los que guiarán la decisión judicial, de modo que la solución adecuada será considerarla una opinión, sugerencia o deseo, ya que asumir una posición distinta -por ejemplo repelerla invocando que se trata de una facultad judicial- importaría un exceso ritual de la judicatura*"²⁰.

c) Autonomía de la voluntad y revocación de la adopción simple y de integración

Aclaremos que solamente en estos tipos de adopción (simple y de integración) es posible la revocación, es decir, el desplazamiento del estado de hijo adoptivo por haberse configurado alguna de las causales enunciadas en el art. 629 del CCyC²¹.

El inciso a) del mencionado artículo, por remisión, establece las causales de indignidad, mientras que los inc. b) y c) dejan un margen amplio para que el adoptado en el caso del primer inciso y de ambos en el segundo, la puedan peticionar.

En el caso del inc. c) -mediante acuerdo de adoptante y adoptado mayor de edad- los efectos se establecen a futuro, mientras que en los restantes es el juez quien debe dirimir lo peticionado y, en la causal prevista en el inc. a), en caso del adoptado ser menor de edad, volverán sus padres biológicos a reasumir la responsabilidad parental salvo que estén suspendidos en su ejercicio, por lo que nos restaría indagar sobre una posible solución en caso que esto ocurra.

(20) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA Marisa - LLOVERAS, Nora (Directoras). Ob. cit., p. 546.

(21) Art. 629 CCyC: "*Revocación. La adopción simple es revocable: a) Haber incurrido el adoptado o el adoptante en las causales indignidad previstas en el art. 2281 del CCCN; b) Por petición justificada del adoptado mayor de edad cuando hubiesen operado circunstancias que por su gravedad resquebrajen el vínculo filial; c) Por acuerdo de adoptante y adoptado mayor de edad manifestado judicialmente ante el fracaso del vínculo adoptivo*".

Sin embargo, de acuerdo al tema que aquí nos ocupa, se entiende que, si bien los supuestos que posibilitan la revocación de la adopción se encuentran enumerados en la ley, no significa que la misma pueda ser declarada de oficio por el juez, ni que la revocación se produzca de pleno derecho, sino que requiere de la voluntad de adoptante o adoptado o de ambos, según los casos.

II.1.4. La maternidad por subrogación, una deuda pendiente en materia filiatoria

Habiendo ya analizado las diferentes fuentes de filiación reguladas en el CCyC, no podemos dejar de mencionar que una de ellas quedó plasmada en el anteproyecto, pero por políticas y/o falta de consenso no fue sancionada, nos referimos a la gestación por sustitución. Sin embargo, en la provincia de Córdoba, en el mes de noviembre de 2017, el Juzgado de Familia de 2ª Nominación a cargo del Juez Gabriel Eugenio Tavip²², resolvió homologar el acuerdo de partes y en consecuencia autorizar a realizar la gestación por sustitución entre comitentes o *padres intencionales* y la gestante.

Al resolver la cuestión sobre la viabilidad de la homologación del acuerdo para la realización de la práctica solicitada, el Juez sostiene que, si bien la misma no se encuentra regulada normativamente, no impide su concreción ya que en base a lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional todo aquello que no está prohibido está permitido. En este sentido y como refiere la doctrina es perfectamente viable que "la autonomía de la voluntad tenga un ámbito de acción muy amplio en esta práctica"²³. Sin embargo, estima, que no cualquier acuerdo en

(22) Juzg. de Familia de Segunda Nominación de Córdoba, autos: "R., L. S. y otros- Solicita homologación" (Expte. N° 3447358). Córdoba, 22 de noviembre de 2017. Conforme surge de los antecedentes familiares, el Sr. H.M.L.M. y la Sra. L.S.R. contrajeron nupcias hace más de cuatro años a fin de cristalizar su relación que llevaba más de una década. El deseo de los mencionados fue formar su propia familia, sin perder de miras la de tener descendientes, pese que en el año 2000 a L.S.R. le debieron extirpar el útero, en virtud de un problema de salud, y por ello no puede concebir hijos. Sin embargo, en el año 2013, H.M.L.M y L.S.R. recurrieron al instituto de la Adopción, inscribiéndose en la lista de los "Aspirantes a guarda con fines de adopción", pero hasta el año 2016 no recibieron noticias de ningún tipo, pese haber ratificado año tras año dicha inscripción. Viendo postergados casi de forma definitiva sus derechos a ser padres, escucharon una novedosa técnica médica que nuestro país no recepta expresamente pero que ha sido motivo de debate legislativo y recepción jurisprudencial en otras provincias. Cuentan que, luego de diversas charlas de familia y en especial con C.L.G., quien está casada con el hermano de L y a quien ambos conocen desde hace más de treinta años, ella se ofrece a ser su "gestante sustituta" y "*cuidar*" (*sic*) a su futuro hijo por nueve meses. Destacan la falta de interés económico y el amor familiar exteriorizado por el altruismo del acto de C, al ofrecerse voluntariamente a ser su gestante sustituta. Las partes firman un convenio el cual es sometido a la justicia a fin que se homologue y se autorice a practicar la técnica de Gestación por Sustitución, fundando la pretensión en los principios jurídicos de reserva, autonomía de la voluntad, voluntad procreacional, interés superior del niño, y derecho a la identidad.

(23) Cita de DE LORENZI, Mariana A. "Gestación por sustitución: cuando la realidad supera la ilegalidad", AP/DOC/179/2017.

este sentido debe ser tenido por válido, ya que deben existir recaudos a los fines de preservar el interés central de todos los involucrados: los comitentes, la gestante y el niño/niña por nacer o ya nacido de este tipo de práctica.

De lo expuesto, se observa, que en el supuesto de gestación por sustitución analizada, el elemento que determina la filiación no es el parto o el alumbramiento como lo dispone el art. 562 del CCyC, sino la voluntad procreacional, el elemento volitivo de querer ser progenitores y tal como afirman los accionantes en su petición, citando a Gil Domínguez, "*la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación, sin que el Estado pueda realizar intervenciones que impliquen un obstáculo a su ejercicio*".

II.1.5. Acciones de filiación

Se comienza destacando, en primer lugar, que las características propias de las acciones de estado de familia se vinculan al orden público ínsito en el estado civil o estado de familia, en tanto atributo de la persona humana, del cual deriva un conjunto de derechos subjetivos y deberes correlativos²⁴. Estas acciones tienden a proteger ese estado de manera positiva o negativa.

Es por ello que los caracteres que menciona el art. 712 del CCyC son reflejo de los que corresponden al estado de familia: su imprescriptibilidad e irrenunciabilidad, las que resaltan sobre todo en las acciones de filiación (conforme art. 576 CCyC).

Estos dos caracteres se dan "sin perjuicio de su extinción en la forma y en los casos que la ley establezca", refiriéndose a la caducidad, que produce la pérdida del derecho del que se gozaba a raíz de la inactividad durante el transcurso del tiempo previsto por la ley.

Es en este punto donde se vislumbra el impacto de la autonomía de la voluntad del sujeto en cuanto a la amplia facultad que tiene para dejar vencer este plazo sin incoar la acción de filiación que titularice, consolidando así el estado de familia que tiene.

Esta institución había sido objeto de diversas críticas y declaraciones de inconstitucionalidad en la regulación anterior, pero la nueva formulación ha procurado superar dichas dificultades al ampliar los legitimados activos y al modificar la forma de computar los plazos de caducidad²⁵.

II.2. Responsabilidad parental

Comenzamos analizando, la evolución legislativa que sufrió la regulación de las relaciones jurídicas entre padres e hijos a lo largo de tiempo, las distintas

(24) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora (Directoras). Ob. cit. p. 454.

(25) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora (Directoras). Ob. cit., p. 460.

reformas fueron acompañando las transformaciones y cambios socioculturales, las que se encuentran a nuestro entender correctamente plasmadas en el nuevo CCyC.

La antigua patria potestad, institución de origen romano, hacía referencia al poder absoluto, ilimitado y de carácter vitalicio, que el *pater familias* tenía sobre sus hijos y descendientes²⁶. En nuestro país, el Código de Vélez, definió a la patria potestad como: "(...) *la obligación y derecho de criar a sus hijos, elegir la profesión que han de tener, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna* (...)"²⁷. Una interpretación literal del derogado artículo 264 del CC entendía a la patria potestad como un vínculo basado solo en los derechos del padre²⁸.

Por otro lado, existían diferentes posiciones doctrinarias en cuanto al ámbito de aplicación de esta institución. Algunos autores como D'Antonio²⁹ y Borda³⁰ consideraban que la patria potestad estaba reservada solamente para los hijos nacidos de la unión matrimonial, otros como Sambrizzi³¹, sostenían que en virtud de las disposiciones de los derogados artículos 327 y 328 del CC la patria potestad también se aplicaba a los hijos naturales.

La reforma al Código Civil que introdujo la ley 23264/85 instauró un nuevo paradigma³², el reconocimiento de: "(...) los niños como sujetos de derecho, como personas enteramente revestidas de la dignidad de tales"³³. Los aspectos más

(26) Este antecedente fue plasmado en el Código Civil argentino de 1869 que, conforme a la redacción original del artículo 264, definía a la patria potestad como "*el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos en la persona y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados*". Así mismo, el art. 265 que completaba su precedente, disponía que los hijos menores de edad *están* "bajo la autoridad y el poder" de sus padres.

(27) ZINI HARAMBOURE, Paola. "De la patria potestas romana a la responsabilidad parental en Argentina: evolución de la obligación alimentaria", *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP, 2015.

(28) Sin embargo, autores como Borda, entendieron que no era posible pensar que esta relación solo estuviera asentada en los derechos y careciera de obligaciones, pues la simple lectura de los arts. 267 y ss. demuestra lo contrario. Sin embargo, la doctrina mayoritaria era congruente en afirmar la necesidad de rectificación del concepto y su adaptación a la normativa internacional receptada en nuestra Carta Magna.

(29) D'ANTONIO, Daniel. *Patria Potestad*, Astrea, Buenos Aires, 1979.

(30) BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Familia*, T. II., 6° Edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977.

(31) SAMBRIZZI, E. Ob. cit.

(32) Definió a la patria potestad como "el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado"(art. 264).

(33) La jurisprudencia de Corte Suprema de Justicia de la Nación acompañó con valiosos fallos estos avances en materia de filiación y sostuvo: "(...) *modernamente la noción misma de patria potestad se define más allá de los derechos de los padres* (...). *La patria potestad es una verdadera función social que los*

destacables fueron: a) la sustitución de la palabra obligación por la de "deberes", poniéndolos a estos últimos en primer lugar; b) la incorporación a la norma de los fines de la patria potestad "la protección y formación integral de los hijos"; y c) "la igualdad de ambos progenitores para asumir los deberes de la patria potestad lo que se denominó ejercicio compartido"³⁴. A partir de esta reforma comienzan a visualizarse las primeras manifestaciones del principio de la autonomía en las relaciones familiares. El reemplazo del vocablo "poder" por el de "cuidado" en el art. 265 y la supresión de la facultad de los progenitores de elegir la profesión de los menores son claros ejemplos de la intención de otorgar mayor autonomía a estos últimos.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación acompañó con valiosos fallos estos avances en materia de filiación. En el año 2012 la CSJN, además, sostuvo la importancia de la constitucionalización de derecho de familia y el respeto de la normativa internacional³⁵.

Acorde al proceso evolutivo descripto, el CCyC sustituyó la expresión "patria potestad" por la de "responsabilidad parental". Esta modificación tiene relación directa con la constitucionalización del derecho de familia y el reconocimiento del niño como sujeto de derecho. Así quedó expresado en los *Fundamentos del Anteproyecto* en el que se sostuvo que "el vocablo 'responsabilidad' implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente"³⁶. En el derecho comparado existen distintos

padres deben desempeñar en orden a la humanización de los hijos, con la pertinente garantía del Estado. En esa línea, no sólo condiciona el modo en que debe desplegarse el officium paterno. También obliga al intérprete -urgido por esta directiva jurídica de particular peso axiológico en el derecho contemporáneo- a dar, en cada caso individual, respuestas realmente coherentes con una acción protección bien entendida. Y, por lo mismo, lo conmina a prestar especial atención a los niños como personas, enteramente revestidas de la dignidad de tales; titulares -ahora mismo- de unos derechos, cuyo ejercicio actual se proyectará ineludiblemente en la calidad de su futuro" (CSJN, 29/4/2008, M. D. H c/ M. B. M. F.).

(34) "(...) El fundamento del ejercicio compartido de la patria potestad 'atiende al interés de los hijos menores' y también reconoce la igualdad del hombre y de la mujer para la asunción de aquélla. Así se expresó en el Parlamento nacional, insistentemente (...)" (Conf. LLOVERAS, Nora. *Patria Potestad y Filiación. Comentario analítico de la ley 23264*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p.158).

(35) CSJN, 12/06/2012, N. N. O U., V. s. Protección y guarda de personas. Consid. 21. "*Que, en línea con lo expresado, el propio texto del artículo 264 del Código Civil derogado contemplaba que los derechos y deberes que conforman la patria potestad, se ejercerán para la protección y formación integral de sus hijos, por lo que no resultaría irrazonable concluir que el citado interés superior del menor hace a la esencia de la actuación paterna. La interpretación de tal prerrogativa que poseen los progenitores no puede efectuarse, en la actualidad, dejando de lado los paradigmas consagrados por la Convención sobre los Derechos del Niño y por la ley 26061, normas que además de reconocer la responsabilidad que le cabe a los padres y a la familia de asegurar el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de los derechos y garantías del niño, otorga a la autoridad estatal facultades para adoptar las medidas que considere necesarias para proteger y restablecer tales derechos ante situaciones en que se vean vulnerados*".

(36) COMISIÓN REDACTORA. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Ediciones Infojus, Buenos Aires, 2012.

vocablos para denominar esta institución, pero encontramos importantes similitudes al régimen que impone nuestro CCyC³⁷.

Como bien destaca Otero³⁸, no se trata sólo de un cambio de denominación, sino de un radical cambio de concepción que deja de lado la idea de poder de los progenitores sobre el hijo y pretende concientizarlos sobre la gran "responsabilidad que tienen sobre sus hijos". De esta forma, la norma vigente recepta los principios y criterios establecidos por la Convención sobre Derechos del Niño (CDN) de 1989 que forma parte del bloque de constitucionalidad a partir de la reforma de 1994 (artículo 75, inc. 22). Este tratado ha sido fundamental en la orientación y contenido del nuevo instituto, entendida en la actualidad *como la función de orientación, cuidado y acompañamiento de los progenitores ante el crecimiento de sus hijos*³⁹. Esta postura también quedó plasmada en las conclusiones de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Buenos Aires en el 2001⁴⁰.

En este contexto, el art. 638 del CCyC establece que *"la responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y*

(37) En materia de Derecho Comparado el Reglamento del Consejo Europeo 2201/03, de 27 de marzo de 2003 (Reglamento Bruselas II), referente a la "Competencia, el Reconocimiento y la Ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental" alude al término "responsabilidad parental" al que define como *"los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita (...)".*

(38) Por su parte, el Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia del año 2006, también refiere a la responsabilidad parental y en su artículo 14 establece que *"la responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es, además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos".*

Por su parte, la mayoría de los Códigos sudamericanos y sus actualizaciones más recientes aún refieren al instituto de la "patria potestad" pero con ciertas similitudes al régimen que impone nuestro CCyC. El Código Civil Chileno en su artículo 243 establece: *"La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados. La patria potestad se ejercerá también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer".* La República del Perú, por tu parte, también se refiere al instituto de la patria potestad y en el artículo 418 del Código Civil Peruano establece que: *"Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores".* El Código Civil de la República Oriental de Uruguay considera que la patria potestad *"es el conjunto de derechos y deberes que la ley atribuye a los padres en la persona y en los bienes de sus hijos menores de edad".*

(39) OTERO, Mariano. *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Parentesco, Filiación, Adopción, Responsabilidad Parental, Procesos de Familia parte pertinente*, Editorial Estudio, Buenos Aires, 2015.

(40) La doctrina había reiterado en numerosas oportunidades la urgencia de adecuar la normativa a los tratados internacionales y la "necesidad de modificar la denominación "patria potestad", dada su connotación o directa remisión a la idea de poder o posesión sobre los objetos, noción completamente alejada de la función de orientación, cuidado y acompañamiento de los progenitores ante el crecimiento de sus hijos". Conf. PELLEGRINI, M. Título VII. Responsabilidad parental en HERRERA, M.-CAMELO, G.-PICASSO, S. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T.II, Libro Segundo, Artículos 401 a 723, Infojus, Buenos Aires, 2015.

bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado". Es importante destacar la inclusión de tres principios rectores de esta responsabilidad: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo (a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos); c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez⁴¹.

El *interés superior del niño* es la piedra angular sobre la que se construye la responsabilidad parental⁴². Asimismo, la *coparentalidad* representa un importante avance en materia de autonomía de la voluntad pues pone a los padres en pie de igualdad. En los *Fundamentos del Anteproyecto* se sostuvo que "la igualdad de derechos entre hombre y mujer se encuentra expresamente consagrada respecto de la crianza y educación de los hijos en el artículo 16 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, con el objeto de satisfacer el derecho de todo niño a mantener un vínculo con ambos progenitores tras la ruptura de la unión entre los adultos (artículo 8 y 18 de la Convención de los Derechos del Niño)"⁴³.

En una primera aproximación, consideramos que la evolución de la "responsabilidad parental" responde a dos objetivos: "adecuar la normativa interna a las obligaciones jurídicas internacionales asumidas, en sintonía con el sistema interamericano de derechos humanos; y ofrecer un sistema legal que responda a las exigencias de una sociedad de mayor complejidad, caracterizada por la diversidad y el pluralismo"⁴⁴. La responsabilidad parental está regulada en el CCyC centrandose su atención en la vida íntima familiar y en el desarrollo autónomo de los integrantes de relaciones jurídicas familiares en un contexto de libertad e igualdad.

(41) En las conclusiones se recomendó de *lege ferenda* que: "el conjunto de responsabilidades, derechos y deberes de los progenitores respecto de sus hijos, no debe mantener la denominación latina de 'patria potestad', que debe ser reemplazada por términos más adecuados a la naturaleza de las relaciones jurídicas intra y extrafamiliares que comprende". Conf: MIZRAHI, Mauricio L. "La responsabilidad parental. Comparación entre el régimen actual y el del Proyecto de Código", en LL del 18/3/2013 (online).

(42) Véase artículo 639 CCyC.

(43) La CSJN sostuvo: "La atención principal al interés superior del niño a que alude el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio proporcionaliza un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos por lo que, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño" (CSJN, 2/8/2005, S. C. s/ adopción. Fallos: 328:2870). En el mismo sentido la SCBA sostuvo que el interés superior del niño es "el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene a una circunstancia histórica determinada analizado en concreto" (SCBA, 21/05/2008, "Ferraris, Marisa B. c/Rossi, Luis s/Venia supletoria", Lexis N° 14/145464).

(44) COMISIÓN REDACTORA. *Fundamentos del Anteproyecto de Código*, ob. cit.

II.2.1. La autonomía progresiva

El principio de la autonomía progresiva (también llamado capacidad progresiva), incorporado en nuestra legislación a partir de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁵, implicó una nueva forma de entender la infancia y, por ende, los vínculos entre padres e hijos. La capacidad de la persona menor de edad es concebida como un camino hacia la adultez en el que se asegura de forma gradual el ejercicio por sí mismo, de la mayor cantidad de derechos conforme a la evolución de sus facultades⁴⁶.

La condición de sujetos de derecho reconocida a los NNA significa el efectivo goce y disfrute de sus derechos. Sus opiniones adquieren peso concreto, y sus posibilidades de ejercicio de derechos se adecuan a una realidad indiscutible como es la adquisición gradual de aptitudes y condiciones madurativas en el crecimiento y con ello la autonomía en forma progresiva.

Responsabilidad parental y capacidad progresiva están estrechamente vinculadas pues una actúa en contrapeso de la otra. Así lo interpreta Pellegrini cuando afirma "el concepto de la autonomía progresiva permite que a medida que los niños adquieren mayores competencias, aumenta su capacidad de asumir responsabilidades, disminuyendo consecuentemente la necesidad de orientación y dirección de sus padres, contenido y finalidad de la responsabilidad parental. Una consecuencia directa de ello es el fenómeno denominado "democratización" de las relaciones familiares, más acentuado justamente en el ámbito de las relaciones filiales"⁴⁷.

En este orden de ideas, en coherencia con el principio de la capacidad progresiva, encontramos un importante avance en el artículo 644 del CCyC, que establece que los progenitores adolescentes ejercen la responsabilidad parental de sus hijos⁴⁸. Este es el principio general establecido en la norma en la que se otorga a los adolescentes la facultad de decidir sobre la crianza de sus hijos.

Sin embargo, en favor de una mayor protección tanto del progenitor adolescente como a su hijo, la norma faculta a las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente a oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño y a intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo⁴⁹, instando a que

(45) PELLEGRINI, María Belén. Ob. cit.

(46) Incorporado al derecho interno por la ley 23849, sancionada el 27 de septiembre de 1990 y su posterior inclusión en la reforma constitucional de 1994, art. 75 inc. 22.

(47) VALENTE, L. "La competencia del menor maduro", LL 24/02/2016. El autor enseña que la capacidad progresiva implica un acompañamiento al menor en la toma de decisiones por sí mismo y ello considerando su edad y grado de madurez. Dice que en ese marco deben interpretarse los preceptos legales, atendiendo a la faz dinámica de la capacidad del sujeto, conforme a la cual los menores pueden tomar intervención activa en todos los asuntos que directa o indirectamente los afecten.

(48) PELLEGRINI, María Belén. Ob. cit.

(49) Art. 644, CCyC: "*Progenitores adolescentes. Los progenitores adolescentes estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su*

aquellas decisiones transcendentales deben contar con el aval de cualquiera de sus propios progenitores.

Una importante doctrina ha sostenido que el nuevo sistema establece "un equilibrio entre posicionamientos paternalistas o tutelares en relación a los padres adolescentes o, en el otro extremo, una regulación que no garantice a los jóvenes progenitores su particular situación en atención a que son personas en formación y desarrollo. En este sentido, resulta valioso que la noción de apoyo y acompañamiento haya sido introducida en esta materia, en tanto esta lógica de auxilio es superadora del criterio tutelar, en consonancia con el respeto irrestricto de las personas menores de dieciocho años como sujetos de derechos"⁵⁰.

Consideramos que el CCyC, a diferencia de la legislación anterior⁵¹, reconoce y respeta el carácter de sujetos de derecho de los NNA, hace operativo el principio de la autonomía progresiva al reconocer que los progenitores adolescentes puedan llevar adelante los actos de la vida cotidiana de sus hijos, siendo ellos los protagonistas y principales responsables de dicha crianza en el ejercicio de los derechos⁵², cuestión que estaba absolutamente vedada en la regulación anterior.

El CCyC al receptar "la autonomía progresiva", armoniza en mayor medida con el bloque de constitucionalidad federal, y en consecuencia resignifica "el ejercicio de la responsabilidad parental"⁵³ al admitirles un ejercicio de responsabilidad parental limitado a la capacidad progresiva de sus hijos, entendido como el "ejercicio de la libertad personal" de los NNA, adaptada a las particularidades de esta etapa de la vida, personas en desarrollo que están creciendo y requieren una protección especial.

cuidado, educación y salud (...)". La norma habla de "adolescente" en clara alusión a la categoría que introduce el art. 25 CCyC: "*Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años*".

(50) Art. 644 "(...) *El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos (...)*".

(51) LLOVERAS, Nora - MIGNON, María Belén. "Padres adolescentes y la reforma del Código Civil: una necesaria revisión del sistema actual a la luz de la perspectiva humanitaria", *Revista de Derecho de Familia*, N° 67 nov.2014, cit. en AZPIRI, J. *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de Familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016.

(52) El art. 264 bis CC disponía: "*Cuando ambos padres sean incapaces o estén privados de la patria potestad o suspendidos en su ejercicio los hijos menores quedarán sujetos a tutela. Si los padres de un hijo extramatrimonial fuesen menores no emancipados, se preferirá a quien ejerza la patria potestad sobre aquél de los progenitores que tenga al hijo bajo su amparo o cuidado, subsistiendo en tal caso esa tutela aun cuando el otro progenitor se emancipe o cumpla la mayoría de edad*". En este caso los abuelos ejercían la "patria potestad", tanto respecto de sus hijos/as como de sus nietos.

(53) ASSANDRI, Mónica - WARDE Adriana María - PERALTA María Eugenia. "Progenitores adolescentes: Autonomía progresiva y responsabilidad parental", ponencia presentada en las XXV Jornadas de Derecho Civil (Bahía Blanca 1,2,3 de octubre de 2015).

II.2.2. La titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental

La titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental se instauran en el artículo 640 del CCyC como figuras legales derivadas de la responsabilidad parental. "En tanto la titularidad se refiere al conjunto de deberes y derechos que los progenitores tienen en su carácter de representantes legales, el ejercicio se traduce en la puesta en práctica de aquel conjunto"⁵⁴ a continuación nos centraremos en analizar la operatividad del principio de la autonomía de la voluntad.

El CCyC establece en primer lugar el principio de la coparentalidad en armonía con el artículo 18 de la CDN, lo cual tiene además un alto poder simbólico, ya que la sola expresión contribuye a que ninguno de los padres se sienta apartado ni excluido⁵⁵, derogando el sistema unipersonal que regía para los supuestos de separación, toda vez que este sistema de alguna manera relegaba al padre no conviviente a un lugar secundario o periférico⁵⁶.

En este sentido, el artículo 641 del CCyC⁵⁷ instituye como regla que "el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos progenitores" otorgando presunción legal de conformidad de uno respecto a los actos realizados por el otro, con la excepción de aquellos actos que requieren conformidad expresa de ambos (artículo 645 del CCyC⁵⁸), modalidad aplicable tanto a los progenitores convivientes como aquellos que no conviven.

El inc. b del artículo 641 del CCyC⁵⁹ establece con toda claridad la autonomía de la voluntad de los progenitores al permitir que ante situación de vida particular

(54) ASSANDRI Mónica - WARDE Adriana María - PERALTA María Eugenia. Ob. cit.

(55) LORENZETTI, Ricardo (Dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. IV, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, p. 279.

(56) CORDOBERA, Lidia - BORDA, Alejandro - ALFERILLO, Pascual (Dir.) - KRIEGER, Walter (Coord.) *Código Civil y Comercial, Comentado, Anotado y Concordado. Título Preliminar, Libros Primero y Segundo. Artículos 1 al 723. Parte General-Relaciones de Familia*, Astrea, Buenos Aires, 2015.

(57) CORDOBERA, Lidia - BORDA, Alejandro - ALFERILLO, Pascual (Dir.) - KRIEGER, Walter. Ob. cit.

(58) Art. 641 CCyC: *Ejercicio de la responsabilidad parental* "El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde: a) en caso de convivencia con ambos progenitores, a éstos. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos contemplados en el artículo 645, o que medie expresa oposición; b) en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del inciso anterior. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades; c) en caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, al otro; d) en caso de hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial, al único progenitor; e) en caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, al otro progenitor. En interés del hijo, los progenitores de común acuerdo o el juez pueden decidir el ejercicio conjunto o establecer distintas modalidades".

(59) Art. 645 CCyC. *Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores* "Si el hijo tiene doble vínculo filial se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para los siguientes supuestos: a) autorizar a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio; b) autorizarlo para

como la ruptura de la convivencia se les otorgue la posibilidad de planificar su vida familiar luego de la separación, pudiendo acordar el cuidado personal compartido, unilateral o establecer ciertas modalidades propias a dicho ejercicio. Esta autonomía que brinda la norma está íntimamente vinculada con el principio del interés superior del niño y encuentra en él su límite. Este artículo, entonces, reconoce la autonomía de la voluntad de los progenitores en la proyección de su vida familiar posterior a la convivencia.

Destacamos que esta regulación representa una arista importante *del principio de la autonomía de la voluntad ya que permite a los padres obrar con mayor libertad en las decisiones que respectan a los hijos*, al establecer la presunción legal de conformidad de un progenitor para con los actos del otro, como así también el artículo 642 CCyC faculta a los mismos a expresar su oposición en caso de disconformidad, abriendo la sede judicial para resolver las diferencias de los progenitores respecto de las decisiones en relación al hijo común.

No obstante lo expresado, advertimos que el CCyC pone un límite a la autonomía de la voluntad de los progenitores, cuando los desacuerdos en el ejercicio de la responsabilidad son reiterados, faculta al juez interviniente a atribuir total o parcialmente a uno de ellos, o distribuir entre ellos sus funciones, pudiendo ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación.

Debemos resaltar que la mediación prevista en el artículo 642 del CCyC como un modo de resolución pacífica de los conflictos que pudieran tener los progenitores respecto a la crianza del hijo, implica una alternativa en la que la autonomía de la voluntad tiene un rol fundamental, toda vez que son las partes las verdaderas protagonistas del proceso. Esta autocomposición del litigio implica que el mediador como tercero neutral sólo acompaña a las partes para que ellas mismas encuentren las soluciones más beneficiosas.

Otra innovación que incorporó el CCyC en el artículo 643⁶⁰ es "la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental". Allí encontramos plasmado el principio de la autonomía de la voluntad tanto de los padres como la de los NNA. Dicha norma faculta a los progenitores, en virtud interés del hijo y por

ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad; c) autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero; d) autorizarlo para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí; e) administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto en este Capítulo. En todos estos casos, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar. Cuando el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso".

(60) Art. 641 CCyC. El ejercicio de la responsabilidad parental. El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde: inc. b "en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del inciso anterior. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades".

razones suficientemente justificadas, a convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente.

Es dable destacar que no se trata de una renuncia de la responsabilidad parental toda vez que la titularidad se mantiene en cabeza de los progenitores sino de una delegación de ésta que sólo se otorga de manera excepcional debiendo cumplirse un conjunto de requisitos para que la misma sea posible: debe realizarse teniendo particularmente en cuenta el interés superior del niño, con razones debidamente fundadas, el acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente y es necesario oír al niño. Este último punto también constituye una arista de la autonomía de la voluntad, en este caso de los NNA quienes en virtud de la capacidad progresiva a la que hicimos referencia *supra* tiene derecho a emitir su opinión al respecto y que la misma sea tenida en cuenta.

Asimismo, la figura puede darse en aquellos hijos que cuenten con un solo vínculo filial establecido, con relación al progenitor afín, es decir, con el cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente⁶¹. En este sentido, el art. 674 del CCyC faculta al progenitor a cargo del hijo a delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio⁶².

En conclusión, consideramos que el CCyC plasma un importante avance de la autonomía personal en el ejercicio de la responsabilidad parental, *ya que permite a los padres obrar con mayor libertad en las decisiones que respectan a los hijos*, otorgándoles la posibilidad de planificar su vida familiar, recurrir a la mediación para solucionar los desacuerdos, delegar el ejercicio cuando existan razones justificadas.

II.2.3. Cuidado personal

En el orden terminológico, el "cuidado personal" ha venido a reemplazar al término "tenencia", expresión esta última vinculada a la "posesión" de una cosa, entendiéndose en consecuencia cosificante de la persona y lesiva en la consideración de los mismos como sujetos de derecho. Siguiendo este razonamiento se opta por

(61) Artículo 643 CCyC. *Delegación del ejercicio "En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un periodo más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido".*

(62) Véase art. 672 CCyC.

una nueva terminología que otorgue el valor correspondiente a ambas partes de la relación paterno filial⁶³.

El cuidado personal de los hijos es, sin lugar a dudas, uno de los deberes y derechos más importantes que dimanan de la responsabilidad parental y se vinculan directamente con la cotidianeidad de la vida del niño⁶⁴, pudiendo ser asumido por un progenitor o por ambos⁶⁵.

El CCyC reconoce al "cuidado personal compartido" como la regla, lo que implica una evolución importante respecto de la normativa anterior, tal como remarca Otero, *"una primera diferencia que se observa en el nuevo régimen es el reconocimiento normativo al cuidado personal compartido, pero lo más importante es la preferencia por esta modalidad, la cual resulta de los artículos. 651 y 653"*⁶⁶.

En este orden de ideas el CCyC establece dos modalidades posibles del cuidado personal compartido: alternado o indistinto. Art. 650: *"(...) En el cuidado alternado, el hijo pasa periodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado"*⁶⁷.

(63) LORENZETTI, Ricardo (Dir.). Ob. cit, p. 300 y ss: *"(...) Es interesante destacar, como lo hace el Dr. Lorenzetti, que esta facultad autónoma de delegar el ejercicio de la responsabilidad parental se encuentra presente en el derecho comparado pudiéndose mencionar los siguientes ejemplos de dicho autor: El artículo 377 del Código Civil Francés establece que los padres, juntos o por separado, o el tutor autorizado por el consejo de la familia podrán, cuando hubieran entregado a un hijo menor de dieciséis años a un particular digno de confianza, a un establecimiento autorizado a este fin o al servicio departamental de ayuda social a la infancia a renunciar en todo o en parte al ejercicio de su autoridad. En este caso, la delegación, total o parcial, de la patria potestad resultará de la sentencia dictada por el Juez de asuntos familiares por demanda conjunta del delegante y delegatario. Los artículos 155 y siguientes del Código Civil Italiano prevén distintos presupuestos de delegación de cuidado de los hijos en terceras personas, a saber: a) los progenitores confían el niño a un pariente dentro del cuarto grado; b) el affidamento en el ámbito de colaboración entre familias y c) los padres confían al niño en forma privada a un instituto. En el derecho latinoamericano el autor menciona el ejemplo del art. 216 del Código de Familia de El Salvador, que establece: "El padre y la madre deberán cuidar de sus hijos. No obstante, en situaciones de suma urgencia podrán de común acuerdo, confiar tal cuidado mientras dure el mismo a persona de su confianza, sin que por tal razón desatiendan sus deberes paternos; esta facultad la tiene también el padre o la madre que ejerza exclusivamente el cuidado personal del hijo"*.

(64) En el Derecho Comparado la terminología no es unívoca al respecto, el Código Civil de la República de Chile en su art. 225 hace referencia al "cuidado personal", estableciendo que, si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos pudiendo por acuerdo de ambos padres determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. En España, por su parte, el artículo 92 de su Código Civil utiliza la terminología de "guarda y custodia" o "cuidado personal" y en su inc. 5 establece que: "Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento".

(65) Véase art. 648 CCyC.

(66) Véase art. 649 CCyC.

(67) OTERO, Mariano. Ob. cit.

El principio de la autonomía de la voluntad está presente en el cuidado compartido, pues implica reconocer a ambos progenitores el derecho tomar decisiones y organizar con amplio margen de libertad las labores atinentes al cuidado en atención a las particularidades de cada familia. En este sentido, "se respeta la voluntad de los progenitores en la decisión respecto a cómo organizar sus vidas, pero a falta de acuerdo o en interés del hijo/a, establece un principio orientador para el juez, en concordancia con la tendencia prevaleciente en el derecho de familia comparado"⁶⁸.

En esta sintonía, la autonomía progresiva de los NNA también adquiere un rol protagónico en lo que hace a su cuidado personal. El CCyC en el art. 653 al regular el cuidado personal unilateral, como supuesto excepcional, establece explícitamente el deber del juez de ponderar la opinión del NNA. Escuchar al niño no es simplemente oírlo, es considerarlo y pensarlo como persona. Si bien la palabra de los NNA no define la decisión judicial, su pensar y sus sentimientos constituyen un ingrediente esencial en la determinación del juez⁶⁹.

En base a lo expuesto, estamos en condiciones de concluir que CCyC regula "el cuidado personal" ofreciendo un esquema normativo que permite una organización familiar con amplio margen para la autonomía personal tanto por parte de los progenitores como de sus hijos.

II.2.4. Plan de parentalidad

El CCyC legisla el divorcio y el cese de la convivencia, respetando la autonomía e intimidad de las personas. En coherencia con este principio, el art. 439 del CCyC estipula que los cónyuges deben incorporar al proceso un convenio regulador, o bien una propuesta que contenga los efectos derivados de éste. Uno de esos efectos es el ejercicio de la responsabilidad parental regulado en el art. 655 de CCyC⁷⁰ bajo la denominación "plan de parentalidad".

Dada las particularidades que caracterizan a cada familia, la doctrina había entendido y reiterado en numerosas oportunidades que en algunas materias tan sensibles como la relación entre padres e hijos, autocomposición de los conflictos, aparece como la vía más conveniente y efectiva de solucionarlos⁷¹. En estos acuer-

(68) Véase art. 650 CCyC

(69) PELLEGRINI, María Victoria. *Responsabilidad parental*, en HERRERA, M.-CAMELO, G. - PICASSO, S. (Dir.) Ob. cit.

(70) ASSANDRI, Mónica-MURUA, Daniela - DURAN, Valeria - RAMACCIOTTI, Edith - FARAONI Fabián. "El régimen comunicacional ante la negativa de niñas, niños y adolescentes a su cumplimiento", *Régimen comunicacional Visión Doctrinaria*. Directores Faraoni, Fabian Eduardo - Ramacciotti, Edith Lelia - Rossi, Julia, Editorial Nuevo Enfoque, Córdoba, 2011, p. 50.

(71) Art. 655, CCyC. "Los progenitores pueden presentar un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo, que contenga: a) lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor; b) responsabilidades que cada uno asume; c) régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia; d) régimen de relación y comunicación con el hijo cuando éste reside con el otro progenitor. El plan de parentalidad

dos, que constituyen una facultad y no una obligación de los progenitores, pueden acordarse diversas cuestiones que son mencionadas en la norma y, como todo acuerdo, pueden ser modificados a medida que las diversas etapas e instancias por las que transita el núcleo familiar lo requiera. Así lo establece, en forma explícita, el segundo párrafo del art. 655 CCyC⁷².

Destacamos que, en armonía con lo desarrollado, el último párrafo del artículo 655 del CCyC da lugar a la participación de los hijos en la realización y modificación del plan de parentalidad, lo que es coherente con el principio de autonomía progresiva que el mismo Código establece. En este sentido Azpiri⁷³ entiende que del art. 655 CCyC no surge imperativamente la necesidad de intervención de los hijos, sino que los progenitores tan sólo deben procurar su participación, la que dependerá de su edad y grado de madurez.

Finalmente, en cuanto a la importancia del principio de la autonomía de la voluntad en la regulación del plan de parentalidad, Otero sostiene que "la mencionada autonomía de la voluntad también queda reflejada en el art. 656 de CCyC, pues en él se dispone que si no existe acuerdo o no se ha homologado el plan, el juez debe fijar el régimen de cuidado de los hijos y priorizar la modalidad compartida indistinta, excepto que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado"⁷⁴.

De esta manera, el CCyC otorga a los progenitores, en una manifestación absoluta del principio de la autonomía de la voluntad, la posibilidad de diseñar el modelo familiar que llevarán adelante ante la falta de convivencia, acordando diversos aspectos que forman parte del desenvolvimiento familiar.

II.2.5. Administración de los bienes de los hijos

El CCyC regula como regla general que "la administración de los bienes de los hijos "se encuentra a cargo de ambos progenitores y debe realizarse en forma conjunta siempre y cuando ambos estén en ejercicio de la responsabilidad parental conforme lo estipulado en el CCyC, art. 685⁷⁵. En este sentido cabe especificar que para los actos conservatorios destinados estrictamente a la preservación del patrimonio, el otorgamiento es indistinto por cualquiera de los progenitores, bastando la voluntad de uno solo de ellos. En tanto para los actos de disposición no solo deberán ser realizados en forma conjunta por los progenitores, sino que

propuesto puede ser modificado por los progenitores en función de las necesidades del grupo familiar y del hijo en sus diferentes etapas. Los progenitores deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y en su modificación".

(72) PELLEGRINI, María Victoria. Ob. cit.

(73) PELLEGRINI, María Victoria. Ob. cit.

(74) AZPIRI, Jorge. *Incidencias (...)*, Ob. cit.

(75) OTERO, Mariano. Ob. cit.

además se requiere de la correspondiente autorización judicial, tal como se establece en el art. 692 CCyC.

El art. 686 CCyC establece un conjunto de excepciones a dicho principio, precisando que los bienes adquiridos por el hijo mediante trabajo, empleo, profesión o industria, los heredados por el hijo por indignidad de sus progenitores y los adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el donante o testador haya excluido expresamente la administración de los progenitores, están exceptuados de la administración parental.

En este contexto, el principio de la autonomía de la voluntad encuentra un importante desarrollo en el art. 687 del CCyC sobre la designación voluntaria de administrador, pues la norma faculta a los progenitores a acordar que uno de ellos administre los bienes del hijo, no obstante destacamos, que es absolutamente necesario el consentimiento expreso del progenitor que no tiene a cargo la administración para todos los actos que requieran también autorización judicial.

Continuando en la misma línea, explica Pellegrini que *"de esta forma, se posibilita que uno solo de los progenitores pueda realizar por sí aquellos actos de administración que de otro modo requerirían la anuencia de ambos, otorgando mayor dinamismo a la gestión. No implica sanción alguna para el progenitor no administrador, pues deriva del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad de ambos"*⁷⁶.

El límite a la autonomía de la voluntad está dado por la necesidad de consentimiento expreso de ambos para todos aquellos actos que requieran autorización judicial. *"Y la justificación de esta restricción a la autonomía de la voluntad de los progenitores radica en la trascendencia que tales actos pudieran tener en el patrimonio de los hijos"*⁷⁷.

En conclusión, el CCyC plasma un importante avance de la autonomía personal de los progenitores al permitirles acordar si ambos o uno de ellos administra los bienes de sus hijos.

III. Conclusiones

A modo de síntesis destacamos las siguientes conclusiones:

I. El problema de la investigación. El objetivo de la investigación fue analizar si el principio de la autonomía de la voluntad, entendido desde una mirada constitucional como "el derecho a la libertad de intimidad", se encuentra plasmado en el CCyC en las siguientes instituciones: filiación y responsabilidad parental.

(76) Art. 685 CCyC: *"La administración de los bienes del hijo es ejercida en común por los progenitores cuando ambos estén en ejercicio de la responsabilidad parental. Los actos conservatorios pueden ser otorgados indistintamente por cualquiera de los progenitores. Esta disposición se aplica con independencia de que el cuidado sea unipersonal o compartido"*.

(77) PELLEGRINI, María Victoria. Ob. cit.

II. El principio de la autonomía en las relaciones entre padres e hijos. El derecho a la intimidad familiar queda expresamente legislado con la reforma constitucional de 1994 y la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que expresamente prevén "que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada o *en la de su familia* y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales intromisiones" y muy especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño que establece que "los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten".

II.1. La filiación. Habiendo desarrollado las tres fuentes de filiación receptadas CCyC, estamos en condiciones de concluir que el principio de autonomía de la voluntad se encuentra receptado en materia filiatoria.

II.1.1. La filiación por naturaleza. El principio de autonomía de la voluntad no impacta, debido a que en la filiación por naturaleza es decisivo el *elemento biológico* en la relación con el hijo, como *determinante de la filiación*.

II.1.2. La filiación por TRHA. La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por TRHA. En estos casos, el consentimiento (*voluntad*) prestado al sometimiento a las técnicas es lo que crea el vínculo jurídico entre progenitores e hijos.

II.1.3. La filiación por adopción. En la adopción, el adoptado, mediante el ejercicio de su propia autonomía de la voluntad, puede conocer sus orígenes. También, el juez tiene autonomía para decidir, a pedido de parte y por motivos fundados, mantener (en la adopción plena) o crear (en la adopción simple) vínculos jurídicos con los parientes. Asimismo, encontramos que el principio de autonomía se encuentra en materia de revocación de la adopción simple y de integración, ya que se requiere de la voluntad de adoptante o adoptado o de ambos, para que la misma proceda.

II.1.4. Las acciones de filiación. En la institución de la caducidad es donde se vislumbra el impacto de la autonomía de la voluntad del sujeto en cuanto a la amplia facultad que tiene para dejar vencer este plazo sin incoar la acción de filiación, consolidando así el estado de familia que tiene.

II.2. Responsabilidad parental. La responsabilidad parental está regulada en el CCyC centrandó su atención en la vida íntima familiar y en el desarrollo autónomo de los integrantes de relaciones jurídicas familiares en un contexto de libertad e igualdad.

II.2.1. Capacidad progresiva. La condición de sujetos de derecho reconocida a los NNA, hace operativo el principio de la autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos, haciendo efectivo el goce y disfrute de sus derechos. Sus opiniones adquieren peso concreto, y sus posibilidades de ejercicio de derechos se adecuan a una realidad indiscutible como es la adquisición gradual de aptitudes y condiciones madurativas en el crecimiento y con ello la autonomía en forma progresiva.

II.2.2. Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental. El CCyC plasma un importante avance de la autonomía personal en el ejercicio de la responsabilidad parental al permitirle: a) la proyección de su vida familiar tanto durante la convivencia como una vez finalizada, b) acuerdos de delegación de la misma, posibilitando a los padres obrar con mayor libertad en las decisiones que respectan a los hijos.

II.2.3. Cuidado personal. El principio de la autonomía de la voluntad está presente en el cuidado compartido, pues implica reconocer a ambos progenitores el derecho tomar decisiones y organizar con amplio margen de libertad las labores atinentes al cuidado en atención a las particularidades de cada familia.

II.2.4. Plan de parentalidad. El CCyC otorga a los progenitores en pleno ejercicio de su autonomía personal, la posibilidad de diseñar el modelo familiar que llevarán adelante ante la ruptura de la convivencia.

II.2.5. Administración de los bienes de los hijos. El CCyC plasma un importante avance de la autonomía personal de los progenitores al permitirles acordar que uno solo de los progenitores pueda realizar por sí aquellos actos de administración.

IV. Conclusión final

Consideramos que el CCyC observa el mandato constitucional del derecho a "la libertad de intimidad", al redefinir las relaciones jurídicas entre progenitores e hijos, potenciando la participación cada vez más respetuosa e igualitaria de todos sus integrantes en protección a su autonomía personal.

