



Calá, M. Florencia, Ejercicio de la responsabilidad parental, cuidado personal del hijo y régimen de contacto paterno-materno-filial. Criterios para su atribución frente a la disyuntiva de los progenitores y casos problemáticos, *Cartapacio de Derecho*, Vol 41 (2022), Facultad de Derecho, Unicen.

EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL, CUIDADO PERSONAL DEL HIJO Y RÉGIMEN DE CONTACTO PATERNO-MATERNO-FILIAL. CRITERIOS PARA SU ATRIBUCIÓN FRENTE A LA DISYUNTIVA DE LOS PROGENITORES Y CASOS PROBLEMÁTICOS

MARÍA FLORENCIA CALÁ¹
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO

1. Introducción

Una de las más significativas novedades del nuevo derecho familiar, es el **cambio de paradigma en la regulación y concepción del instituto de la responsabilidad parental.**

Ciertamente, el Código Civil y Comercial² ha producido un reajuste sustancial de las reglas de juego, a partir del cual plantea un verdadero desafío a los padres y madres que no conviven: aprender a compartir el cuidado de sus hijos. Que ello implica colaborar, participar, comunicar, acompañar la crianza; en

¹ La autora es Abogada. Jefa de Trabajos Prácticos en Derecho de Familias, Derecho de Sucesiones y Bioderecho de la Facultad de Derecho, UNICEN.

² En adelante CCyC.

una palabra, cooperar con el otro en un esfuerzo conjunto para que niños, niñas y adolescentes crezcan en forma saludable y alcancen un desarrollo pleno, procurando evitar a partir de la nueva dinámica que los hijos queden reclusos como “rehenes” del conflicto parental (Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan, 2015: 1).

Y en esa línea, el Código clarifica las diferentes nociones que involucra la figura de la responsabilidad parental, esto es: a) la titularidad, que corresponde a ambos progenitores; b) el ejercicio de la responsabilidad parental; y c) el cuidado personal del hijo (art. 640 del CCyC); siendo los ejes que la regulan el interés superior del niño, la autonomía progresiva del hijo y su derecho a la participación en el proceso de toma de decisiones (art. 641 del CCyC).

El presente trabajo procurará abordar las diversas respuestas y alternativas imperantes frente al conflicto suscitado entre los progenitores respecto de las mismas.

2. Controversias en materia de ejercicio de la responsabilidad parental

En el ordenamiento jurídico vigente, el ejercicio de la responsabilidad parental –entendido como la concreción o puesta en acto del conjunto de deberes y derechos de los progenitores orientados a la protección, desarrollo y formación integral de los hijos– es **compartido**, con prescindencia de si los padres viven juntos o separados (art. 641 incs. a y b del CCyC). Lo que implica que las definiciones y toma de decisiones respecto de los hijos dejan de ser prioridad de uno y pasan a ser un derecho-deber de ambos. Excepcionalmente, se prevé la posibilidad de que ante el cese de la convivencia de los progenitores –o en el caso en que los mismos nunca hayan convivido–, por acuerdo de éstos o por

decisión judicial, **el ejercicio se atribuya a uno solo de los padres**, por entender que ello responde al interés superior del niño; o bien se establezcan *distintas modalidades* en relación con el ejercicio de la responsabilidad parental – por ejemplo, que el ejercicio conjunto se aplique a determinados actos y no a otros, o que se requiera conformidad expresa para tal o cual acto no enumerado en el art. 645 del CCyC–.

De este modo, al establecerse al ejercicio conjunto como regla, la nueva normativa recepta el *principio de coparentalidad*, el cual responde a un sistema familiar democrático en el que cada uno de sus miembros ejerce su rol, e importa una dinámica vincular entre los padres y sus hijos que persigue mantener las responsabilidades parentales en cabeza de ambos adultos, procurando que aunque los mismos se separen las funciones que cada uno desempeñaba durante la convivencia queden a resguardo de la crisis, y que la ruptura de los adultos tenga la menor incidencia posible en la vida de los hijos (arts. 7°, 9°, 18 y cc de la Convención sobre los Derechos del Niño³; art. 7° y cc ley 26.061; art. 641 ss y cc. del CCyC; Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, 2012)⁴. Y en esa línea, se ha señalado que, sin lugar a dudas, esta es la solución que mejor comulga con la efectiva satisfacción del interés superior del niño (art. 3° CDN), porque le asegura el mantenimiento de una relación estrecha y fluida con ambos padres, más allá de las contingencias que pueda atravesar la relación de la pareja parental (art. 7° ley 26.061).

En base a ello, en todos los casos de ejercicio compartido rige la *presunción* de que *los actos realizados por uno de los progenitores cuentan con la conformidad del otro*, con excepción de los supuestos contemplados en el art. 645

³ En adelante, CDN.

⁴ Ver Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan (2015).

en los que se exige el consentimiento expreso de ambos progenitores, o de que medie expresa oposición (art. 641 incs. a y b, y cc. del CCyC).

Que esta presunción, además de facilitar el desarrollo de las funciones parentales entre progenitores que no conviven, resulta ser una garantía para los terceros –por ejemplo, directores de hospitales y colegios, que muchas veces quedan desorientados respecto de quién toma las decisiones sobre los niños–, pues a partir de la entrada en vigencia del nuevo régimen legal resulta suficiente la conformidad de un solo progenitor para acceder a aquello que les fue requerido, excepto que reciban una comunicación fehaciente –aun extrajudicial- del otro, poniendo en conocimiento su oposición y desvirtuando así la presunción legal⁵.

Ahora bien, la correcta visión del nuevo sistema no significa que esta presunción opere internamente, ni autoriza a aquel que tiene el cuidado del hijo a tomar decisiones relevantes de modo unilateral e inconsulto; pues una interpretación semejante desvirtuaría la regla del ejercicio conjunto. Es así que se entiende que en todos los casos de ejercicio compartido, existe un *deber recíproco de información* sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo (art. 654 del CCyC, norma que si bien se encuentra ubicada dentro de la regulación del cuidado unilateral no puede obviarse si el cuidado es compartido, pues integra el mismo concepto de ejercicio compartido de la responsabilidad parental).

En consecuencia, en caso de **desacuerdo** entre los progenitores y frente a un supuesto de ejercicio compartido de la responsabilidad parental, cualquier iniciativa de uno que afecte el normal desenvolvimiento de la función por el otro, debe ser autorizada judicialmente (art. 642 del CCyC; Mizrahi, 2013).

Y a dichos fines, habrá de ponderarse el *interés superior del niño* en ese

⁵ Ver Pellegrini (2015); Lloveras- Orlandi- Tavip (2014).

determinado contexto biográfico (art. 639 y cc del CCyC); como así también, tratándose de actos que producen un profundo impacto en la cotidianeidad de la dinámica familiar –tales como la pretensión de uno de los progenitores de mudar su domicilio a otra ciudad o provincia, la decisión respecto al turno horario en que el niño asistirá al colegio y el régimen de cursada, entre otros de similar alcance-, el *interés familiar* (conf. art. 645 del CCyC, el que si bien se refiere a los actos que por su trascendencia exigen el consentimiento expreso de ambos progenitores, resulta aplicable por analogía a supuestos no previstos en dicha norma pero de gran impacto para la vida cotidiana de los protagonistas, de conformidad con el art. 2° del mismo cuerpo legal).

En esa línea, conforme destaca la Observación General n° 14 del Comité de los Derechos del Niño –dedicada justamente a profundizar y materializar el concepto de “interés superior del niño” en tanto concepto jurídico indeterminado-, el interés superior del niño tiene una triple función: ser un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Es un derecho sustantivo, lo cual implica que el niño tiene derecho “a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar los distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida”, y por lo tanto se trata de una obligación intrínseca para los Estados de aplicación directa e inmediata. Es un principio jurídico interpretativo, por lo que, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, ha de elegirse la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Y es además una norma de procedimiento, lo cual conlleva que “siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño...el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño interesado”.

Es así que la noción de “interés superior del niño” no se vincula directamente

con el *deseo* del niño, el cual –valorado a través del prisma de su edad y grado de madurez y del tenor del acto de que se trate o de la cuestión a decidir-, podrá coincidir o no con la solución que se estime más respetuosa de su interés superior en un caso concreto; en tanto el objetivo de este concepto no reside necesariamente en decidir conforme la voluntad del niño, sino más bien en “*garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño*” (párr. 4º de la Observación General a la que viene haciéndose referencia).

Al respecto, resulta interesante traer a colación un fallo dictado frente a un conflicto derivado del ejercicio de la responsabilidad parental, en cuyo marco se sopesaron ambos intereses –esto es, el interés superior del niño y el interés familiar- a fines de dar respuesta a la controversia suscitada entre los progenitores de una niña de 6 años, con referencia al turno en que la misma habría de asistir al colegio –pretendiendo la progenitora que lo hiciera en el turno mañana y el progenitor en el turno tarde, por entender éste último que ello respondía al deseo de la niña y, consiguientemente, a su interés superior-. (Cámara Civil y Comercial de Azul, Sala I, “D.V., D. E. c/ L.C., N.M. s/ Ejercicio de la responsabilidad parental”, expte. 65199/2020, sent. 30./12/2020. Disponible en Base JUBA).

Frente a dicho contexto, el tribunal interviniente, luego de mantener contacto personal con la niña, observó que si bien la misma manifestó su deseo de asistir al colegio en el turno tarde, ello fue así “para no tener que levantarse temprano” (sic); de modo que no se advirtió que su decisión se fundara en un motivo de peso que por sí sola justificara, en función de garantizar su interés superior, desatender la petición de la progenitora. Asimismo, valoró el tribunal que conforme los propios dichos de la niña, la misma no había vivenciado ninguna situación displacentera durante los días en que había asistido al

colegio en el turno mañana, y que había realizado ya sus primeros lazos de socialización y amistad; que la decisión materna no implicaba un cambio de institución educativa, sino simplemente de horario; que tampoco conllevaba una extensión de la jornada escolar, lo que eventualmente podría afectar el desarrollo de ciertas actividades extracurriculares de la niña, sino que sólo implicaba el cambio de horario de inicio y finalización de la jornada pero no de su duración; que dicho pedido, si bien había sido efectuado en forma unilateral y en violación del deber recíproco de información que pesa sobre ambos progenitores, lo que a todas luces resultaba reprochable (art. 654 del CCyC), lo fue en forma previa al inicio de la escolarización primaria de la niña –por lo que si bien antes acudía en el turno tarde, ello era así cuando asistía al jardín de infantes-, como así también antes del comienzo del año lectivo, y no cuando éste ya estaba transcurriendo; y que, conforme las peritos psicólogas intervinientes habían concluido, cualquiera fuera la decisión que se adoptara, no se advertía que ello fuera contraproducente para la niña. De este modo, el órgano concluyó en primer término que la decisión que correspondía adoptar, ya sea en uno u otro sentido, no afectaría el disfrute pleno y efectivo de ninguno de los derechos reconocidos por la Convención de los Derechos del Niño, ni el pleno desarrollo personal de la niña en su medio familiar, social y cultural, por lo que no se advertía que en ningún caso se encontrara vulnerado su interés superior (art. 8° y cc. de la CDN; Observación General n° 14 del Comité sobre los Derechos del Niño; art. 3° y cc de la ley 26.061; art. 639 del CCyC). (Cámara Civil y Comercial de Azul, Sala I, “D.V., D. E. c/ L.C., N.M. s/ Ejercicio de la responsabilidad parental”, expte. 65199/2020, sent. 30/12/2020. Disponible en Base JUBA).

Que a partir de ello, procedió el tribunal a analizar la cuestión desde el prisma del *interés familiar*, observando al respecto que si bien en el caso el cuidado

personal de la niña resultaba ser compartido bajo la modalidad alternada, de manera que la misma transcurría períodos de tiempo con cada uno de sus padres (arts. 648, 649, 650 y cc del CCyC), lo cierto es que se encontraba al cuidado de su madre desde el día lunes y hasta el día jueves de cada semana – esto es, la mayor parte de los días en que la niña asistía al colegio–. Y que por otra parte, el progenitor no había alegado ni acompañado elemento alguno que permitiera determinar que la decisión de la progenitora afectaba el normal desenvolvimiento de su función paterna, o generaba una alteración sustancial del régimen de cuidado personal consensuado por las partes –más allá de que los días jueves éste debería retirar a la niña del establecimiento en un horario más temprano–. En consecuencia, no advirtiendo motivos suficientes para hacer lugar a la oposición paterna, el tribunal de Alzada confirmó la sentencia de grado a partir de la cual se dispusiera que la niña debía asistir al colegio en el turno mañana, tal como había peticionado la progenitora (Cámara Civil y Comercial de Azul, Sala I, “D.V., D. E. c/ L.C., N.M. s/ Ejercicio de la responsabilidad parental”, expte. 65199/2020, sent. 30./12/2020. Disponible en Base JUBA).

Más allá del caso descripto, lo cierto es que la judicialización de controversias similares a la comentada resulta ser sumamente habitual en la praxis. Y los escenarios fácticos que constituyen su sustrato también revisten características similares, esto es, la presencia de profundas dificultades en la pareja parental para comunicarse y decidir sobre las diversas cuestiones que hacen al ejercicio de la responsabilidad parental, como así también la absoluta imposibilidad de uno o ambos padres de consensuar y sostener acuerdos básicos y acatar las decisiones judiciales que hacen a la observancia de los derechos más fundamentales del hijo.

Y éste resulta ser un tema que preocupa pues, por un lado, el enfrentamiento y la discusión constante en presencia del hijo puede ser altamente perjudicial para su desarrollo y, por el otro, porque tomar las dificultades para comunicarse y lograr consensos entre los adultos como pauta para modificar la situación de convivencia del niño y proceder a la asignación unilateral de la custodia o del ejercicio de la responsabilidad parental, puede provocar la consecuencia contraria a los principios que inspiran la ley.

Es así que estimamos que, frente a dichos contextos, resulta conveniente que, además de darse una respuesta a la controversia específica sometida a juzgamiento, *se tomen las medidas necesarias para evitar la permanente judicialización de la existencia del niño, niña o adolescente.*

Y al respecto, observamos que una forma para evitar el escape de la regla legal como así también, en la medida de lo posible, sortear las continuas confrontaciones entre los progenitores, es el explicitar en la sentencia el alcance del ejercicio compartido, por ejemplo, **recurriendo a la distribución de funciones entre los padres** (art. 642 del CCyC)⁶.

Que, conforme anticipáramos, éste resulta ser un recurso expresamente previsto por el ordenamiento normativo, que si bien no ha tenido aún una gran recepción en la praxis judicial, puede resultar sumamente útil para zanjar diferencias crónicas entre los progenitores y evitar la permanente judicialización de la existencia del hijo. Y ello así cuando, merced a la imposibilidad de arribar a acuerdos entre los adultos frente a determinadas cuestiones y ante los incumplimientos evidenciados por uno o ambos padres a los convenios o decisiones a los que oportunamente se arribara, no se advierta la existencia de otra medida más benigna para el logro del objetivo perseguido.

⁶ Ver Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan (2015).

De este modo, frente a escenarios en los que se evidencien divergencias cíclicas y permanentes entre los progenitores respecto a la toma de determinadas decisiones que hacen al ejercicio de la responsabilidad parental, resulta posible –e incluso recomendable– *mantener el ejercicio compartido de la responsabilidad parental en cabeza de ambos padres*, pero disponiendo que *determinadas funciones* respecto de las cuales se hayan suscitado las diferencias en ciertos –por ejemplo, y con relación al caso judicial mencionado ut-supra, aquellas referidas a la elección del colegio al que ha de asistir el hijo, del turno al que lo hará y de las actividades extracurriculares que el mismo ha de realizar–, serán ejercidas en forma *unilateral y exclusiva* por uno de los progenitores; sobre el cual pesará el deber de informar al otro progenitor dichas decisiones, una vez adoptadas las mismas (art. 654 del CCyC; Lloveras, Orlandi y Tavip, 2014).

3. Cuidado personal del hijo: diferencia con el ejercicio de la responsabilidad parental y respuestas frente a las divergencias entre los progenitores

Con referencia a la tercera figura incorporada por el Código Civil y Comercial al tradicional binomio titularidad/ejercicio de la responsabilidad parental, esto es, el **cuidado personal del hijo**, se observa que éste *entraña la convivencia con el hijo*, aunque sea por períodos reducidos de tiempo, es decir, la inmediatez física entre padres e hijos.

De modo que el otorgar a uno o a ambos progenitores el cuidado personal de hijo, implica reconocerle/s el derecho a convivir con el niño aunque sea por un período de tiempo y, como consecuencia directa de dicha convivencia que resulta su sustancia, a ejercer “*los deberes y facultades referidos a la vida coti-*

diana del hijo” –tales como alimentarlos y asistirlos durante el tiempo en que se encuentren conviviendo con aquél, llevarlos al colegio y a sus actividades regulares, asegurar que reciban la asistencia médica que requieran durante dicho período, compartir tiempo de ocio y disfrutar de la compañía recíproca, entre otras cuestiones estrictamente derivadas del hecho de compartir la cotidianeidad con el hijo durante ciertos días- (art. 648 del CCyC; Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan, 2015; Mizrahi, 2013a).

Ello impone **diferenciar ambas figuras**, esto es, el **ejercicio de la responsabilidad parental**, por un lado, **del cuidado personal del hijo** –el cual resulta ser, en realidad, *uno* de los derechos-deberes de los progenitores que integran justamente ese ejercicio de la responsabilidad parental y derivan de él-, por el otro.

De este modo, y conforme anticipáramos, el cuidado personal implica la convivencia con el hijo y la realización de los diversos actos tendientes a su protección propios de la vida cotidiana; en tanto que el ejercicio de la responsabilidad parental implica la toma de decisiones y la realización de todos aquellos actos que, referidos a la vida del hijo, exceden la cotidianeidad –tales como la elección del domicilio, la elección del colegio al que asistirá el niño y el turno en el que lo hará, de la religión, la autorización para la realización de un viaje o un traslado provisorio fuera de la ciudad, el consentimiento para la realización de una práctica médica o intervención quirúrgica, la representación del hijo, la administración de sus bienes y la celebración de los contratos requeridos para su explotación, entre otros-.

Y conforme pusiera de resalto la doctrina, la confusión entre ambos institutos surge de la asimilación del cuidado personal a la vieja “tenencia” del Código Civil derogado. Y ello así, pues en el Código derogado tanto la faz material como la faz jurídica quedaban en poder de quien detentaba la tenencia; en tan-

to que en el sistema vigente ambos aspectos deben diferenciarse, relacionándose el cuidado personal con la faz “material” de la vieja tenencia –esto es, la efectiva convivencia con el hijo-, mientras que la faz jurídica se vincula más con las potestades que confiere el ejercicio de la responsabilidad parental, que claramente exceden la rutina cotidiana a la que se limita el cuidado personal (Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan, 2015).

Es así que se entiende que la nueva dinámica legal de la organización familiar exige, *al conocer en las pretensiones de cuidado personal en trámite, la necesidad de pronunciarse sobre el ejercicio de la responsabilidad parental*, a fines de evitar confusiones (Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan, 2015).

Diferenciadas entonces ambas figuras, se observa que el Código Civil y Comercial contempla las diversas modalidades que puede asumir el cuidado personal del hijo cuando los progenitores no conviven. Y en esa línea, dispone que el mismo puede ser **compartido** entre ambos padres, ya sea que en este caso se ejerza en forma *alternada* –supuesto en que el hijo convive un tiempo similar con cada uno de los progenitores-, o *indistinta* –caso en el cual el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los padres, conviviendo durante un menor período de tiempo con el otro, pero en el que ambos comparten las decisiones y se distribuyen de manera equitativa el cuidado y la presencia en la cotidianeidad del niño-; o, excepcionalmente, puede ser asumido por uno solo de los progenitores en forma **unilateral** (arts. 649 y 650 del CCyC). Y dispone, como regla general, la *preferencia en favor del cuidado personal compartido bajo la modalidad indistinta* (art. 651 del CCyC), por considerar que es el que respeta en mayor medida el derecho del hijo a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, y reafirma el principio de coparentalidad (SCBA, en C. 120.208, “I., L. J.

c/ L. P., S. D. s/ Incidente de tenencia”, 21.12.2016. Publicado en: Base JU-BA).

Es así que se ha puesto de resalto que la atribución del cuidado personal *unilateral* o unipersonal ha de quedar reservada para *supuestos excepcionales y de aplicación muy restringida*, por razones referidas al mejor interés del hijo (conf. art. 653 y cc del CCyC); tales como aquellos en que la comunicación de uno de los padres con el hijo sea sumamente escasa, esto es, cuando el hijo no tenga en la práctica ninguna permanencia con ese progenitor sino meros contactos esporádicos, o bien cuando uno de los progenitores ha perpetrado actos de gravedad sobre la persona o los bienes del hijo, o cuando ello sea convenido por ambos padres en ejercicio de su autonomía para regular las relaciones parentales, entre otros supuestos (Juzg. de Familia 5ª Nom. Córdoba, “M., R. C. y otro s/ Solicita homologación”, expte. 287.232/2014, 22.04.2014. Publicado en: LLC 2015 (junio), pp. 512, con nota aprobatoria de Nicolás Giraudo Esquivó; Trib. Flia. N° 3 de Lomas de Zamora, “G. P. G. c/ V. A. K. s/ Materia a categorizar”. Publicado en: LLBA 2013 (febrero), pp. 23, con nota aprobatoria de Rodolfo G. Jáuregui; entre otros).

Y a los fines de analizar la modalidad de cuidado personal a atribuir frente a un caso determinado, habrá de ponderarse en primer término el *interés superior del niño* en ese determinado contexto biográfico (art. 639 y cc del CCyC; de conformidad con los parámetros sentados en la Observación General n° 14 del Comité de los Derechos del Niño, desarrollados en el apartado anterior).

En esa línea, se observa que, tratándose de la determinación del régimen de cuidado personal del hijo, debe valorarse especialmente la *opinión del niño, niña o adolescente*, comprendiendo el mandato convencional y constitucional de escuchar a los niños el derecho de éstos a expresar su opinión de conformidad con su edad y grado de madurez y a que ésta sea debidamente tenida en

cuenta (arts. 5°, 12 y cc de la CDN; CIDH, Opinión Consultiva 17/2002, párrafos 100 y 102; art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Al respecto, se ha sostenido que si bien es sabido que conocer la opinión del niño no implica aceptar incondicionalmente su deseo si ello puede resultar perjudicial para su interés superior, sí se exige que su opinión sea considerada en la decisión, para lo cual es imprescindible que el juez analice cuidadosamente las circunstancias que lo rodean y las pondere mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presente el caso y, particularmente, con la índole de los derechos en juego (SCBA, C. 92.267, sent. del 31-X-2007; ídem, C. 115.080, sent. del 28-III-2012, entre otras. Publicados en: Base JUBA). En ese sentido, el Comité de Derechos del Niño ha señalado que el derecho del niño a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta conlleva el correlativo deber del juez de informar al niño de qué modo se tuvieron en cuenta sus opiniones, máxime en un caso en el que la solución de fondo implica el rechazo de su reclamo (Observación General N° 12/2009, “El derecho del niño a ser escuchado”, punto II.A).2).d), párrafo 45); habiendo sostenido la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que “...es menester que en tales supuestos de colisión con el deseo del menor, el juez exprese los motivos de su apartamiento de la opinión recogida”, pues caso contrario se vulneraría el principio contenido en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (SCBA, Ac. 78.728, 2-V-2002, voto del Dr. Pettigiani; ídem, C. 100.742, sent. del 4-II-2009; ídem, C. 118.272, sent. del 10-XII-2014; entre otras. Publicadas en: Base JUBA).

El Código Civil y Comercial se hace eco del modelo de protección integral de derechos emergente de la Convención y, por ende, recoge sus reglas estructurales; entre ellas, la concepción jurídica de la infancia como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal y social. En este

contexto, el Código reconoce la capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes, dejando así de lado las categorías cerradas emergentes del sistema anterior (arts. 24, 25, 26 y cc); y consagra expresamente esta regla al regular diversas cuestiones atinentes al ejercicio de la responsabilidad parental y, concretamente, al cuidado personal del hijo (arts. 639 inc. b, 643, 645 in fine, 646 inc. c, 653 inc. c, 655 in fine, 661 inc. b, 677 in fine, 679, 680 y cc), habiéndose señalado al respecto que la mera petición del niño, niña o adolescente en el sentido descrito en dichas normas, permite presumir su madurez, presunción que admite prueba en contrario (Cám. Civ. y Com. Azul, Sala I, “H., B., C. s/ Cambio de nombre”, expte. 67169/2021, 19.08.2021. Publicado en: Base JU-BA).

De este modo, al momento de analizarse la modalidad de cuidado personal que ha de regir frente a un caso concreto, la edad del hijo y la relación afectiva que el mismo mantenga con sus progenitores van a jugar un rol esencial. Es que más allá de que el criterio a seguir es el de procurar que el vínculo del hijo con sus dos padres sea lo más intenso posible, *tratándose de hijos adolescentes* hay dos lineamientos que resulta adecuado respetar: uno, que *no es plausible imponer coactivamente un régimen de cuidado* o un sistema de comunicación; y el otro, que tampoco sería saludable que el adolescente esté sujeto a un programa de cuidados y contactos demasiado estricto, esto es, un régimen encorsetado, monolítico y prefijado de antemano (Mizrahi, 2014).

Finalmente, dentro de las cuestiones a ponderar fundamentalmente al momento de determinar la modalidad de cuidado personal que ha de regir en un caso concreto, se encuentra el parámetro de la *estabilidad o continuidad*, conocido también como el mantenimiento del statu quo o “centro de vida” del niño (art. 3° inc. “f” ley 26.061; art. 653 inc. “d” y cc del CCyC). Este principio apunta a que con la asignación respectiva no se quiebre la continuidad afectiva, espa-

cial y social del niño. Para ello, será conveniente, en principio, no variar su lugar de residencia, la escuela a la cual concurre, sus lugares de encuentro, etc; es decir, mantener el entorno social y cultural del hijo, sin que en lo posible se modifiquen las costumbres y hábitos cotidianos ni sobrevengan desplazamientos bruscos de un medio a otro, ya que la continuidad es necesaria para la formación equilibrada de su personalidad y reduce el impacto de la desintegración familiar; y lo contrario significaría una injerencia arbitraria en la vida del hijo (Mizrahi, 2013a).

Esta pauta conlleva entonces un doble sentido, por un lado, el mantenimiento del statu quo en cuanto a la disposición de que el niño permanezca con la misma persona que en los hechos se encuentra ejerciendo su cuidado – continuidad afectiva-, y por el otro, la preservación de su lugar de residencia – continuidad social-. Y en función de ello, se entiende que este principio sólo ha de ceder frente a los casos en que se acredite que la situación existente irroga al niño un daño de mayor gravedad que el que podría ocasionar la alteración del régimen de cuidado y que, desde luego, el conflicto en el que está envuelto el hijo se resuelva con el mero cambio de convivencia; pues, de lo contrario, el criterio que ha de prevalecer es el del mantenimiento de la situación de convivencia consolidada (ver CSJN, 29.04.2008. Publicado en: LL, 2008-C-694; entre otros).

Es así que frente a escenarios en los que la situación fáctica del niño o niña haya atravesado por diferentes alteraciones en breves períodos de tiempo, se exige una especial cautela al momento de analizar la atribución del cuidado personal y determinar su destino, a efectos de evitar la continuidad de los vaivenes en su situación convivencial –con su consiguiente revictimización- y de arribar a la solución que respete en la mayor medida posible su interés superior, el que ha de ser analizado en concreto, excluyendo toda consideración

dogmática para atender exclusivamente a la circunstancia histórica determinada que presenta el caso (conf. art. 75 inc. 22 y cc de la Constitución Nacional; arts. 3° incs. 1° y 2°, 9° inc. 1°, 18 incs. 1° y 2°, 20, 27 y cc de la CDN).

Por ello, habrá de analizarse a dichos fines si el niño sostiene un vínculo fructífero con ambos padres, si éstos lo contienen afectiva y materialmente, si aquél tiene clara conciencia perceptual de su entorno inmediato y de su historia vital, identificando a las figuras parentales y a los referentes afectivos de las familias extensas paterna y materna y manteniendo una afectividad conservada con ambos progenitores, con quién desea continuar compartiendo la convivencia, entre otras variables fácticas. Y en caso de hallarse acreditado que el desarrollo armónico de la personalidad del niño no se ha visto afectado a partir de la modalidad de cuidado implementada en los hechos, no develándose variables salientes de tipo traumático, no detectándose situaciones de riesgo en el proyecto de vida actual, ni observándose poderosas razones que aconsejen innovar al respecto, habrá de optarse por la preservación de la integridad psíquica y emocional del niño, procurando evitar entonces —como principio general— nuevos cambios en su situación convivencial y afectiva que conlleven la modificación espacial de su ámbito habitacional y afecten su desarrollo personal (arts. 3°, 9° y cc CDN y art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; art. 3° y cc ley n° 26.061 Cám. Civ. y Com. 1ra Mar del Plata, Sala II, “B., G.E. c/ V., P.M.”, 03.06.2003. Publicado en: LLBA 2003-886).

Que de todos modos ello no implica que dicha innovación en materia de cuidado personal del niño no pueda disponerse en el futuro, para el supuesto en que se modifiquen las circunstancias valoradas inicialmente, en tanto el principio de estabilidad al que viene haciéndose referencia no reviste carácter absoluto, no siendo factible por tanto identificar dicha regla con la inamovilidad definitiva del status existente al tiempo de juzgar pues, en esta materia, ni si-

quiera las sentencias judiciales hacen cosa juzgada material (ver CSJN, “V., M.N. c/ S., W.F.”, 14.09.2010, haciendo suyo el dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal. Publicado en: Abeledo Perrot Online, AR/JUR/49173/2010).

4. Régimen de contacto derivado de la responsabilidad parental. Particularidades frente a hijos adolescentes.

Conforme lo establece el art. 652 del Código Civil y Comercial, en el supuesto de cuidado atribuido –excepcionalmente– a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de mantener una fluida comunicación con el hijo.

Y este derecho de contacto en el marco de las relaciones paterno-materno-filiales, se traduce en un *derecho subjetivo familiar de doble titularidad*. Es así que la posibilidad de mantener contacto directo y regular entre padres e hijos, no sólo es un derecho del progenitor, sino también un derecho del niño que goza de jerarquía constitucional (art. 9 ap. 3º y cc de la CDN; art. 652 y cc del CCyC); en tanto su mejor formación y desarrollo depende, en gran medida, de la proximidad de aquellas personas afectivamente significativas.

Por ello, este contacto entre padres e hijos sólo puede ser restringido o suprimido cuando su ejercicio constituya un peligro cierto para la salud física o psíquica del niño, se traduzca en una perturbación perniciosa de su estabilidad emocional, o exista posibilidad fundada de agresión (Cám. Nac. Civ., Sala C, 01/11/1990. Publicado en: LL 1992-B-1; Cám. Civ. y Com. Azul, Sala I, “B., G.G. c/ P., H.M. s/ Cuidado personal de hijos”, expte. 66863/2020, 25/02/2021. Publicado en: Base JUBA; entre otros); circunstancias cuya configuración, merced a su excepcionalidad, ha de ser apreciada restrictivamente.

Y en esa línea, es dable señalar que, conforme vienen sosteniendo desde hace mucho tiempo nuestros tribunales, la comunicación paterno-materno-filial re-

quiere, antes que todo, de relaciones personales y regulares, siendo, por ende, su objetivo, que se consolide un vínculo afectivo con ambos padres con la mayor plenitud factible (Mizrahi, 2014). Por lo que el objetivo de lograr afianzar el vínculo entre padres e hijos requiere, como parte integrante de la comunicación, que el niño *pernocte* durante la semana con el progenitor que no tiene su cuidado principal, como también que pase con aquél períodos de vacaciones (Belluscio, 2010; Mizrahi, 2014). Y es que a medida que el hijo va creciendo – a partir de la edad preescolar y hasta el inicio de la adolescencia- se imponen la flexibilidad del régimen estipulado y la extensión en la permanencia, ya que es bueno que el niño comience a sentir como propio el lugar donde vive el otro progenitor; y en este aspecto, pernoctar en el mismo inmueble que el del padre con el cual se contacta es de superlativa importancia para lograr los mencionados efectos psicológicos y emocionales, pues aumentarán los espacios para compartir y se conseguirá un acercamiento más espontáneo y una comunicación más trascendente (Cám. Nac. Civ., Sala K, “P.E.I. c. A.P.A.”, R. 6562, 03/11/2000 y “A.M. c. D.V.L.”, 26.12.2001, publicado en: LL 2002-A-565; Cám. Nac. Civ., Sala L, “P.R.J. c. H.R.M.”, 10/11/2006. Publicado en: DJ 2007-1-1018; entre otros).

Sin perjuicio de ello, y si bien –conforme anticipáramos– el derecho de contacto derivado de la responsabilidad parental es un derecho humano de doble titularidad que goza de jerarquía constitucional, lo cierto es que éste no es un derecho de carácter absoluto, por lo que resulta factible reglamentar su ejercicio ante un caso concreto, cuando así lo exige la protección del interés superior del niño.

De este modo, frente a la existencia de conductas profundamente disvaliosas en el ejercicio de la responsabilidad parental y la consiguiente presencia de serias dificultades en la triangulación paterno-materno-filial, se ha dispuesto,

en forma excepcional y, en principio, provisoria, la *restricción del contacto* entre el niño y alguno de sus progenitores –situación que en algunos supuestos, merced a las particularidades del caso, a la imposibilidad de lograr acuerdos al respecto o al incumplimiento de aquellos efectuados, llega a prolongarse por largos períodos de tiempo–.

No obstante, no ha de perderse de vista que la limitación de la comunicación paterno-materno-filial resulta ser una situación de extrema excepcionalidad, de modo que no puede justificarse una prolongación mayor de dicha circunstancia que la que imperativamente exija el contexto fáctico; de manera que, de conformidad con lo sugerido por los profesionales intervinientes en el caso de que se trate y en la medida en que se resguarden los riesgos de que puedan reiterarse los episodios que inicialmente motivaran tal limitación, resultará oportuno comenzar a transitar la revinculación paterno-materno-filial.

Que a dichos fines, tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto de resalto que, conforme exige la protección de la persona menor de edad, el restablecimiento del contacto con su progenitor/a ha de realizarse en *forma paulatina y progresiva*, en pos de respetar sus tiempos y evitar que los cambios abruptos en su situación afectiva afecten su desarrollo personal (Caprarulo y Pirozzo, 2006).

En esa línea, resulta habitual iniciar la revinculación paterno-materno-filial a partir de la implementación de un *régimen provisorio de contacto asistido*, a realizarse en presencia de un profesional –para la generalidad de los casos, de un/a perito trabajador/a social–, con lo que se resguarda el derecho comunicacional del progenitor e incluso se aporta un elemento más de valoración en la ponderación de los informes que habrá de realizar el experto designado al efecto. Y ello pues, conforme tienen dicho la doctrina y la jurisprudencia, a las partes les resulta muy difícil -cuando no imposible- tomar distancia de la si-

tuación crítica y efectuar evaluaciones o juicios objetivos, requiriendo la presencia de profesionales imparciales que puedan proporcionar datos sólo accesibles a ellos en su calidad de expertos respecto de una realidad a la que el magistrado debe proveer, sin perjuicio de que estos dictámenes no sean vinculantes (Makianich de Basset, 1997; Mizrahi, 2014)).

Y seguidamente, en función al modo en que se vayan desarrollando los encuentros, al resultado de los informes periciales practicados al respecto y a lo que en el caso exija el resguardo del interés superior del niño, podrán comenzar a realizarse *encuentros sin supervisión*, cuya duración habrá de irse *ampliando paulatinamente*, en la medida en que surja de las constancias que se vayan produciendo en el expediente que el progenitor no representa un riesgo para la personalidad e integridad de su hijo; hasta incluir –también de manera gradual y progresiva- la posibilidad de que el niño pernocte en el domicilio del progenitor.

Y ello así, de modo de lograr un equilibrio entre la necesidad de estipular un régimen de revinculación paterno-materno-filial respetuoso del principio de coparentalidad y de los parámetros de progresividad y gradualidad desarrollados precedentemente, y el interés superior del niño, representado –en esta concreta circunstancia– por la necesidad de contactarse regularmente con todas aquellas personas afectivamente significativas para su desarrollo, pero también de transitar por un inevitable período de adaptación para que el proceso de vinculación sea armonioso (arts. 7°, 9°, 18 y cc de la Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 3°, 7° y cc ley 26.061; arts. 641, 652 ss y cc del CCyC; Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan, 2015).

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, se observa que son también frecuentes los supuestos en los que, no obstante, no surgir en el caso motivo alguno que justifique restringir el derecho de contacto paterno-materno-filial o dilatar

el inicio de la revinculación dispuesta, es el *hijo con edad y grado de madurez suficiente quien manifiesta su reticencia a retomar el vínculo afectivo con su progenitor/a*.

Que, frente a estos contextos fácticos, la doctrina tiene dicho que no resulta conveniente forzar un criterio no compartido por el hijo, particularmente si se trata de adolescentes o niños con grado de madurez suficiente, pues no es beneficioso someterlo a una acción compulsiva que lo obligue a una convivencia no deseada. En tal caso, el camino es la intervención terapéutica, a fin de lograr la conciliación entre el sentir del hijo y lo que es más propio para su bienestar. En otros términos: se trata de proyectar una estrategia destinada a la modificación de los vínculos intrafamiliares (Grosman, 1984).

En la misma línea, se ha señalado que al momento de analizarse la modalidad, duración y frecuencia de la comunicación paterno-materno-filial, la edad del niño y la relación afectiva que el mismo mantenga con el progenitor con quien tiene contacto van a jugar un rol esencial. Es que más allá de que el criterio a seguir es el de procurar que el vínculo del hijo con sus dos padres sea lo más intenso posible, *tratándose de hijos adolescentes* hay dos lineamientos que, como anticipamos, resulta adecuado respetar: uno, que *no es plausible imponer coactivamente un régimen de encuentros* o un sistema de comunicación; y el otro, que tampoco sería saludable que el adolescente esté sujeto a un programa de contactos demasiado estricto, esto es, un régimen encorsetado, monolítico y prefijado de antemano (Mizrahi 2014a y 2014b).

De este modo, corresponde evitar la implementación de regímenes de contacto que, por su frecuencia y duración, impliquen un cambio demasiado abrupto respecto de la situación preexistente, y concluir que el *compeler al adolescente a su observancia resultaría contraproducente* con miras a alcanzar el objetivo de lograr un vínculo paterno-materno-filial más armonioso; debiendo intentar-

se al respecto arribar a resoluciones que no sólo sean técnicamente correctas sino más bien, y fundamentalmente, eficaces y adecuadas a una realidad familiar determinada.

De este modo, resulta factible frente a dicha circunstancia la fijación judicial de un régimen comunicacional paterno-materno-filial, pero determinando que el cumplimiento por parte del hijo adolescente del régimen de contacto fijado, ha de quedar librado –al menos en un inicio– a la libre voluntad del adolescente, quien dentro de los días y horarios establecidos podrá dirigirse al domicilio paterno/materno cuando desee hacerlo y permanecer allí el tiempo que estime conveniente; procurando así que la revinculación paterno-materno-filial a su respecto se efectúe en forma gradual, paulatina y de la manera más armónica posible. Y, sin perjuicio de ello, podrá asimismo disponerse en forma complementaria el abordaje de las razones de la resistencia filial en el marco de un espacio terapéutico (Mizrahi, 2014b); exhortando en consecuencia al progenitor que conviva con el hijo, a garantizar la incorporación del niño, niña o adolescente a un espacio terapéutico y a presentar periódicamente ante la justicia los informes emitidos por el profesional a cargo de dicho espacio respecto del desarrollo y evolución de los encuentros (Cám. Civ. y Com. Azul, Sala I, “B., G.G. c/ P., H.M. s/ Cuidado personal de hijos”, expte. 66863/2020, 25/02/2021. Publicado en: Base JUBA; entre otros).

5. Breves reflexiones

Tal como se desprende del desarrollo del presente, son diversas las respuestas y alternativas que se han esbozado en pos de superar el conflicto suscitado entre los progenitores ante al debilitamiento del vínculo de pareja, todas las cuales tienden a mantener –aún frente a dicho contexto fáctico– el vínculo

parental; de manera tal de que las disyuntivas suscitadas entre los padres trasciendan en el menor grado posible a la persona de los niños, niñas y adolescentes.

Alternativas que, en su mayoría, hoy se hallan plasmadas en el ordenamiento normativo vigente, en procura de desjudicializar los conflictos suscitados en el seno de la familia o, para el caso en que ello no sea posible, disminuir el impacto de los mismos en las relaciones constituidas entre sus miembros.

Referencias bibliográficas

BELLUSCIO, Claudio A. (2010): *Régimen de visitas. Regulación jurídica*, Buenos Aires: Universidad.

CAPRARULO, Cristina y PIROZZO, Mirta (2006): “Revinculación. Reflexiones a partir de la clínica”, en Silvio Lamberti (comp.), *Maltrato infantil. Riesgos del compromiso profesional*, Buenos Aires: Universidad, pp. 131 y ss.

GROSMAN, Cecilia, “La opinión del hijo en las decisiones sobre la tenencia”, ED 107-1011.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y MOLINA DE JUAN, Mariel (2015): “Una visión transversal de la ley, la sociedad y la praxis judicial en la responsabilidad parental. El desafío de compartir”, *La Ley* del 09/10/2015, pág. 1 y ss.

LLOVERAS, Nora, ORLANDI, Olga y TAVIP, Gabriel (2014): Comentario a los arts. 641 y 642 del Código Civil y Comercial, en *Tratado de Derecho de*

Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, tomo IV, pp. 43 y ss.

MAKIANICH DE BASSET, Lidia N. (1997): *Derecho de visitas*, Buenos Aires: Hammurabi.

MIZRAHI, Mauricio Luis (2013): “La responsabilidad parental. Comparación entre el régimen actual y el del Proyecto de Código”, *La Ley* 18/03/2013, pp. 1 y ss.

MIZRAHI, Mauricio Luis (2013a): “El cuidado personal del hijo en el Proyecto de Código”, *La Ley* 20/05/2013, pp. 1 y ss.

MIZRAHI, Mauricio L. (2014): “Régimen de comunicación de los padres con los hijos”, *La Ley* 10.03.2014, pág. 1 y ss;

(2014a): “La asistencia y el acompañamiento terapéutico en el régimen de comunicación filial”, *La Ley* 21/05/2014, pp. 1 y ss.

(2014b): “Suspensiones del régimen de comunicación filial”, *La Ley* 14.07.2014, pp. 1 y ss.

PELLEGRINI, María Victoria (2015): Comentario al Art. 641 del Código Civil y Comercial, en *Código Civil y Comercial Comentado*, Infojus, tomo II (arts. 401 a 723), iBooks, pp. 596 y ss.