

---

## EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL DEL PROGENITOR EMPLAZADO POR SENTENCIA JUDICIAL. LA SEGUNDA EXCEPCIÓN A LA REGLA DEL EJERCICIO COMPARTIDO

Elena B. MENDOZA\* y Marina DITIERI\*\*

---

Fecha de recepción: 1º de abril de 2017

Fecha de aprobación: 30 de octubre de 2017

*“Así como el mundo de los niños y adolescentes tiene un lugar (“su” lugar) en el Código Civil y Comercial de la Nación, el mundo de los adultos no se ha quedado atrás, viéndose actualizado, modernizado y aggiornato a la realidad social que se la tilda —y con razón— de compleja” (Herrera, 2014).*

### Resumen

El Código Civil y Comercial de la Nación, en consonancia con la Convención Internacional en la materia, ha establecido el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, proponiendo relaciones familiares más democráticas. Sin embargo, establece en su art. 641 dos supuestos de excepción al principio de coparentalidad, habilitando el ejercicio unipersonal, siempre en resguardo del interés superior del hijo/a.

El presente trabajo tiene como objetivo efectuar una mirada crítica respecto a uno de sus incisos, el inciso e), efectuando una propuesta de modificación que armonice los derechos de ambos sujetos de la relación —hijo/a y progenitor emplazado—.

---

\* Abogada por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Especialista en Derecho de Familia y Sucesiones (UBA). Docente en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales.

\*\* Abogada por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Maestranda en Derechos Humanos (UNLP). Estudiante de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia (UBA). Docente en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Nacional de José C. Paz.

Finalmente, se considera prudente reflexionar si en realidad, y aun en el caso previsto en el inc. e), el ejercicio debiera ser conjunto en consonancia con la regla de coparentalidad, y lo que debiera otorgarse en forma unilateral fuera el cuidado personal.

### Palabras clave

Código Civil y Comercial de la Nación – coparentalidad – art. 641, inc. e) – ejercicio unipersonal

## EXERCISE OF PARENTAL RESPONSIBILITY OF THE PARENT COERCED BY JUDICIAL DECISION. THE SECOND EXCEPTION TO THE CO-PARENTHOOD RULE

### Abstract

The Civil and Commercial Code of the Nation, in line with the International Convention on the subject, has established the joint exercise of parental responsibility, proposing a more democratic family relationship. However, with the aim of safeguarding the best interests of the child, in its section 641, states two exceptions to the principle of co-parenthood, enabling single parenting.

This article aims to carry out a critical analysis of one of the subsections of section 641, subsection (e), suggesting an amendment that harmonizes the rights of both subjects of the relationship – child and coerced parent.

Finally, it is considered prudent to think whether in fact, and even in the case provided for in the subsection (e), the exercise of parenthood should be set in line with the rule of co-parenting, and what should be unilaterally granted would be the personal care.

### Key words

Civil and Commercial Code of the Nation – co-parenthood – section 641, subsection (e) – single parenting

#### IV. Introducción

El presente artículo tiene como objetivo analizar el modo en que el Código Civil y Comercial de la Nación (el “CCCN”) ha receptado el ejercicio de la responsabilidad parental. Puntualmente efectuaremos una mirada crítica respecto al inciso “e” en tanto confirma la excepción al principio de coparentalidad. Finalmente, teniendo en cuenta el dinamismo y complejidad de las actuales relaciones familiares, propondremos una redacción alternativa de dicho artículo, más adecuada a la novedosa realidad.

#### V. La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación

La doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha avanzado con firmeza hacia diversas ramas del Derecho siendo fuertemente receptada por el Código Civil y Comercial de la Nación.

El proceso de constitucionalización del derecho privado —así denominado por la Comisión Redactora del Anteproyecto del CCCN—, y la incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad (art. 75 inc. 22), han venido a conciliar los principios del derecho público, el derecho privado y la Constitución Nacional (Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, 2012: 523).

No ajeno a ello, en materia de la hoy denominada responsabilidad parental, el Código receptó las mandas constitucionales y convencionales, produciendo un profundo cambio en las relaciones entre padres e hijos.

Puntualizamos “hoy denominada” en tanto el cambio en el uso del lenguaje contribuye notoriamente a producir transformaciones, no solo desde lo conceptual, sino también desde lo simbólico. Remitiéndonos nuevamente a los Fundamentos del Anteproyecto allí se sostuvo que “...el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico; por esta razón, se considera necesario reemplazar la expresión ‘patria potestad’ por la de ‘responsabilidad parental’, denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos. La palabra ‘potestad’, de origen latino, está vinculada con el poder que evoca a la ‘potestas’ del derecho romano, centrada en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, 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” (FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, 2012: 597).

Por tanto, el cambio de denominación se adecuó a los postulados de los instrumentos internacionales y nacionales específicos en materia de niñez. En palabras de María Victoria Pellegrini “[H]ace ya varios años, diversos doctrinarios señalaron 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. Y la elección del vocablo ‘responsabilidad’ no fue casual ni caprichosa, pues el art. 5 CDN (Convención sobre los Derechos del Niño] alude directamente a las ‘responsabilidades’ de los padres, como así también el art. 18 CDN, al establecer el principio de coparentalidad, cuya finalidad es la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño, el art. 16.1.d, CEDAW (Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer], al imponer la obligación a los Estados firmantes de garantizar a hombres y mujeres ‘los mismos derechos y responsabilidades’ respecto de sus hijos; finalmente, es una alocución recogida en diversas leyes de protección de derechos de la niñez, como el art. 7° de la ley 26.061, que se refiere a la “responsabilidad familiar” (PELLEGRINI: 2015-467).

De lo expuesto, se desprende con claridad que el CCCN se ha orientado, como antes se señaló, hacia una nueva formulación de las relaciones entre padres e hijos, definiendo los principios que la rigen<sup>1</sup> y haciendo hincapié en que la regla, en beneficio del niño, niña o adolescente, en tanto sujeto de derecho, es el ejercicio conjunto por parte de ambos progenitores. De esta forma, el concepto de responsabilidad parental se integra con la CDN (en especial, el art. 18) y con lo previsto en el art. 7 de la ley 26.061, en tanto dispone que “el padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos” (NOTRICA y RODRÍGUEZ ITURBURU, 2014: 137).

Es importante resaltar que la posición adoptada por el Nuevo Código respecto del ejercicio de la responsabilidad parental es la tendencia seguida en varios países de Latinoamérica y Europa.

---

<sup>1</sup> Dichos principios son receptados de la CDN. Véase artículo 639 CCCN: “La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: 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 madurez”.

Por un lado, el Código de la Niñez y Adolescencia del Paraguay,<sup>2</sup> en su artículo 70 determina que “[E]l padre y la madre ejercen la patria potestad sobre sus hijos en igualdad de condiciones. La patria potestad conlleva el derecho y la obligación principal de criar, alimentar, educar y orientar a sus hijos”.

El Estatuto del Niño y Adolescente de Brasil<sup>3</sup> establece que “[L]a patria potestad será ejercida, en igualdad de condiciones, por el padre y por la madre, en la forma que dispone la legislación civil, asegurando a cualquiera de ellos el derecho de, en caso de desacuerdo, recurrir a las autoridades judiciales competentes para solucionar el desacuerdo” (art. 21).

El Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia<sup>4</sup> en su artículo 14 sostiene que “[L]a 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 en el ámbito del derecho europeo, países como España, Italia y Francia receptan principios similares en la materia.<sup>5</sup>

Se ve entonces que el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental contribuye a la formulación de relaciones familiares más democráticas. Por tanto, el nuevo Código se enrola dentro de la tendencia más protectora de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, de cara a la convención internacional en la materia, desarrollando a la par el

---

<sup>2</sup> Ley n° 1.680/01 Código de la Niñez y la Adolescencia de Paraguay, disponible en <http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/normativas/171/ley-ndeg-16802001-codigo-de-la-ninez-y-adolescencia>.

<sup>3</sup> Ley n° 8.069/90 Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, disponible en <http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/normativas/30/ley-ndeg-80691990-estatuto-del-nino-y-del-adolescente>.

<sup>4</sup> Ley n° 1.098/06 Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia, disponible en <http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/normativas/61/ley-ndeg-10982006-codigo-de-la-infancia-y-adolescencia>.

<sup>5</sup> Véase art. 372.2 Código Civil Francés (ley n° 2002-305 de 4 de marzo de 2002 art. 5 I y II Diario Oficial de 5 de marzo de 2002); art. 92 del Código Civil de España y art. 155 del Código Civil de Italia.

principio genuino de responsabilidad compartida, como eje del sistema, con una visión más protectora e inclusiva de la infancia (LLOVERAS, ORLANDI Y TAVIP, 2014: 23).

## VI. Casos previstos en el art. 641 del Código Civil y Comercial de la Nación

Cecilia Grosman, haciendo referencia al sistema vigente en el Código de Vélez, sostuvo que con harta frecuencia el niño o adolescente se paulatinamente de una de las figuras parentales —generalmente el padre—, con lo cual se lesionaba su proceso de crecimiento y humanización, que requiere su identificación con ambos progenitores. El hombre se sentía marginado de la familia y comenzaba a desentenderse de su hijo y a retacear su deber asistencial. La madre —que de ordinario asumía el gobierno de los hijos—, padecía, a menudo, tensiones psíquicas originadas en la sobrecarga de tareas y su exclusiva responsabilidad en la formación del niño o adolescente. De esta manera, perdía eficacia la responsabilidad alimentaria garantizada en el art. 27 de la CDN, dañándose el bienestar del niño o adolescente. Cualquiera fuere la extensión del cuidado del hijo, por su sola expresión el ejercicio de la responsabilidad compartida asume el valor de un compromiso de los dos padres y simboliza el respeto igualitario de la función materna y paterna. (GROSMAN, 2014: 10).

Por su parte, actualmente el nuevo Código en su artículo 641 establece que: “[E]l 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”.

Del análisis del artículo se desprende que convivan o no los progenitores, el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos. Sin embargo, se prevén dos situaciones donde se autoriza el ejercicio unipersonal: ellas son las previstas en los incs. b) y e).

Ahora bien, dicho ejercicio unipersonal es de tipo excepcional y puede provenir de un acuerdo entre ambos progenitores en ejercicio de su autonomía de la voluntad o de una decisión judicial.

En ambos casos la decisión deberá estar fundada en el interés superior del hijo o hija, debiendo expresarse cuáles son los motivos de dicha solución, que favorecen tal interés en el caso concreto.

En el caso puntual previsto en el inc. e), es decir cuando la atribución de la responsabilidad parental se otorga a un solo progenitor en tanto el otro fue emplazado por sentencia judicial, dicha situación se asemeja en los efectos a los casos de suspensión y privación del ejercicio de la responsabilidad parental (arts. 701 y 702).

Al respecto, el artículo 701 dispone que: “[L]a privación de la responsabilidad parental puede ser dejada sin efecto por el juez si los progenitores, o uno de ellos, demuestra que la restitución se justifica en beneficio e interés del hijo”. En igual sentido, la ausencia de reconocimiento —más allá de la causa que la generó— podría ser revisada por petición de cualquiera de los progenitores e incluso del propio niño con edad y grado de madurez suficiente.

Por tanto, debe señalarse que de recurrir al ejercicio unipersonal propuesto como excepción, no se estaría haciendo efectivo el principio de coparentalidad que recepta el nuevo Código (art. 18 CDN), privándose al progenitor emplazado de dicho ejercicio.

## VII. Crítica al inc. “e”

Analizaremos, ahora, el segundo de los casos que configuran dicha excepción.

Al respecto, el artículo 641 inc. e) expresa: “[E]n caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo, si uno se estableció por la 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”.

La norma se refiere a la situación en que uno de los progenitores, o en su caso el hijo o hija, entablen una acción de reclamación de filiación extramatrimonial. Un reconocimiento forzado. El no reconocimiento del hijo podría obedecer a varias situaciones: la negativa del progenitor, el desconocimiento de la existencia del mismo, incluso la oposición del progenitor que ejerce la responsabilidad parental a que el otro lo haga.

La determinación de la filiación extramatrimonial puede hacerse por el reconocimiento ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente; por la declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido, o por las disposiciones contenidas en actos de última voluntad —aunque el reconocimiento se efectúe en forma incidental (art. 571)—. Como surge de la norma, el acto jurídico familiar que tiene por finalidad el emplazamiento en el estado de hijo extramatrimonial puede realizarse de varias maneras.

El reconocimiento de un hijo o hija es un deber jurídico y moral. Tal es ello, y su estrecha vinculación con el derecho a la identidad, que la CDN establece al respecto en su artículo 7.1 que: “[E]l niño será inscripto después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

En el 7.2 agrega que “[L]os Estados partes velaran por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

Asimismo, la contracara de la ausencia de reconocimiento por parte del progenitor es el derecho que posee el hijo o hija a ejercer la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial, reconocida en el art. 582: “[E]l hijo también puede reclamar su filiación extramatrimonial contra quienes considere sus progenitores. En caso de haber fallecido algunos de los progenitores, la acción se dirige contra sus herederos. Estas acciones pueden ser promovidas por el hijo en todo tiempo. Sus herederos pueden continuar la acción iniciada por el o entablarla si el hijo hubiera muerto en la menor edad o siendo persona incapaz...” (el destacado nos pertenece).

La amplia legitimación sin plazo de caducidad para el hijo/a resalta, tal como antes se señaló, que el derecho a la identidad es un derecho humano de rango constitucional/convencional, y que tanto los progenitores como el propio Estado son responsables de que dicho derecho se garantice, entre otras formas, a través de la inmediata inscripción del niño luego de su nacimiento.

Es preciso señalar que el rol del padre declarado tal por sentencia judicial, ya venía siendo discutido por la doctrina durante la vigencia del Código de Vélez. Tal es así que Federico Notrica y Mariana Rodríguez Iturburu han señalado que “... el otro supuesto especial de hijos extramatrimoniales —cuyo segundo vínculo filial es determinado judicialmente— observa algunas modificaciones con respecto al ordenamiento del Código Civil



vigente hasta el 31 de diciembre de 2015. El principio general es que cuando un niño tiene un vínculo filial por decisión judicial, el ejercicio de la responsabilidad parental queda en cabeza de quien ya tenía lazo filial. Esta afirmación no surge así de clara del texto actual, tan es así que al respecto Zannoni advierte que: “el problema aparece cuando la madre ha reconocido voluntariamente al hijo y posteriormente se dicta sentencia que establece la paternidad. En tal caso, ¿concurren ambos al ejercicio de la patria potestad o solo la tiene la madre?”. En este sentido, se esgrimieron dos posturas. La que considera que el ejercicio otorgado por el inc. 6° del art. 264 era a la madre o padre por decisión judicial en el supuesto de que ninguno lo hubiera reconocido voluntariamente, o la que entendía que no obstante el vínculo con el padre sea por sentencia judicial ante la falta de reconocimiento —voluntario, claro está— ambos debían tener el ejercicio de la patria potestad. El texto del nuevo Código recepta como principio la primera interpretación pero habilita, en el interés del hijo, la segunda postura. Es decir, recepta un sistema más flexible y amplio, acorde con los diferentes supuestos que puedan darse en la realidad social, cada vez más compleja...” (NOTRICA y RODRIGUEZ ITURBURU, 2014: 141).

Al respecto, el CCCN establece que de darse los supuestos de excepcionalidad, y previo al otorgamiento unilateral del ejercicio, el juez deberá ponderar cuál de los progenitores facilita la comunicación del niño con el otro; la edad del hijo, la opinión de este, y el mantenimiento y el respeto de su centro de vida.<sup>6</sup>

Analizando ahora de manera crítica la primera parte del inciso e), debemos preguntarnos ¿es razonable que al progenitor declarado tal por sentencia en juicio de filiación, se lo prive del derecho-deber de ejercer la responsabilidad parental, sin analizar los motivos por los cuales no reconoció voluntariamente al hijo o hija?

Como lo manifestamos anteriormente, la ausencia de reconocimiento puede obedecer a varias situaciones. Ejemplo es la ignorancia de la existencia del hijo. En este caso la privación del ejercicio sería una verdadera injusticia, máxime teniendo en cuenta las consecuencias que esta sanción significaría para el progenitor y para el hijo o hija. Ambos sujetos de la relación estarían, en principio, privados de la convivencia y por lo tanto de fortalecer el vínculo parental que no siempre se logra con el derecho a mantener la comunicación.

---

<sup>6</sup> Este concepto es definido en la ley 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, en su artículo 3 inc. f): “Se entiende por centro de vida el lugar donde niñas, niños y adolescentes hubieren transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia”.

Sin embargo, el artículo 641 inc. e) no pasa por alto el principio rector del interés superior,<sup>7</sup> y en su parte final expresa que en interés del hijo, los progenitores de común acuerdo o el juez pueden decidir el ejercicio conjunto o establecer modalidades.

Es decir, el niño también podría solicitar al juez el ejercicio conjunto u otra modalidad de la responsabilidad parental.

La legitimación activa del niño a petitionar dicho ejercicio conjunto encuentra su fundamento en otras tantas normas del Código Civil y Comercial, entre ellos en los principios generales de la responsabilidad parental contemplados en el art. 639: el interés superior, el derecho a ser oído; la autonomía progresiva (a mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos) y en el art 655 que prevé el derecho del hijo a participar en el diseño del plan de parentalidad propuesto por los progenitores. Además, las normas de procedimiento en los procesos de familia incorporadas al Código disponen, en los Principios Generales de los Procesos de Familia, que *“la decisión que se dicte en un proceso en que estén involucrados niños, niñas y adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior”* (art. 706 c).

Por su parte, y volviendo al análisis, debemos remarcar que el progenitor que resulta emplazado, en principio ejerce los otros deberes enumerados en el artículo 646, tales como: cuidar al hijo y convivir con él, derecho que en principio sería cercenado; considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo; respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos; prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos; respetar y

---

<sup>7</sup> Norma garantista por excelencia y columna vertebral de la CDN y es definida como: “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiendo respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personas de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustaran el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros” (art. 3, ley 26.061).

facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo; representarlo y administrar el patrimonio del hijo. Por tanto, nos preguntamos si el mismo podría ejercer dichos deberes o sólo gozaría del derecho a ser informado sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo.

Consideramos que ello deberá ser analizado en cada caso concreto teniendo en cuenta la causa de la ausencia del reconocimiento. No se nos pasa por alto, como ya hemos señalado, que la segunda parte del artículo 641 reza que los progenitores en ejercicio de la autonomía de la voluntad, y teniendo como guía el interés del hijo, o en su caso el juez, pueden decidir el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, lo que hace flexible la primera disposición del artículo. No obstante ello, podría ser modificada como lo propondremos más adelante, y con el propósito de que pueda el magistrado conocer la conducta de las partes y tomar de este modo una decisión fundada que favorezca el mejor interés del niño.

El ejercicio conjunto de la responsabilidad o coparentalidad se funda en dicho interés y en la igualdad entre los progenitores en la función de cuidado, sostén afectivo y material del hijo. En dicha línea, la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 18 establece que “[L]os Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

### VIII. A modo de conclusión y propuesta

De todo lo expuesto, surge que se ha producido un avance importante con relación al Código de Vélez. Al respecto asiste razón a Victoria Pellegrini en cuanto afirma que el art. 264, inc. 4 de dicho Código disponía que para el caso de hijos extramatrimoniales el ejercicio de la responsabilidad parental correspondía a aquel progenitor que lo hubiera reconocido, excluyendo directamente al progenitor establecido por sentencia judicial. Funcionaba así como sanción para el progenitor que no reconoce al hijo, pero impactaba directamente sobre este, al excluir jurídicamente a uno de sus progenitores. Tal como surge del texto en comentario, la solución resulta mucho más flexible y justa, fundamentalmente para el niño. Así, para el caso de determinación filial por sentencia judicial, el principio general sigue siendo que el ejercicio de la responsabilidad parental corresponderá al progenitor con el cual ya se tuviera vínculo filial. Pero expresamente se dispone que, en interés del hijo, por decisión de los progenitores o judicial, se establezca el ejercicio conjunto o modalidades de

ejercicio. De este modo, se evita una “automatización” en la respuesta legal y se deja abierta la posibilidad de adecuar la norma a las circunstancias concretas de cada caso (por ejemplo, ignorancia de la existencia del hijo) o incluso, a pesar de la conducta originaria de falta de reconocimiento, pudiera resultar conveniente la presencia de ambos progenitores en su vida (PELLEGRINI, 2015: 473).

Nuestra propuesta es la reforma del inciso e) del artículo 641, produciendo un agregado, y quedando redactado de la siguiente manera: “[E]n caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, se deberá indagar la causa que motivó la falta de reconocimiento voluntario. En caso de que esta sea injustificada, al otro progenitor. En interés del hijo, los progenitores o el niño, niña o adolescente de acuerdo a su edad y grado de madurez, o el juez puede decidir el ejercicio conjunto o establecer modalidades”.

Así, el progenitor que no reconoció al hijo/a por justos motivos no será sancionado con la privación del ejercicio de la responsabilidad parental y su conducta será analizada previamente. La práctica, propia del ejercicio de la profesión, nos demuestra que en muchos casos los progenitores podrán llegar a acuerdos, pero que en muchos otros casos no, quedando la decisión al arbitrio de la voluntad de uno solo de ellos.

La vida familiar es un derecho humano fundamental para el pleno desarrollo de todos sus integrantes. Si el nuevo paradigma nacido como consecuencia de las nuevas costumbres sociales tiene como uno de sus pilares la solidaridad familiar para el bienestar de todos sus miembros, sobre todo de los niños sujetos en formación, la ley debe remover todo obstáculo para la concreción de los derechos de todos los miembros de las familias.

El progenitor, aun aquel que sabiendo de la existencia de un hijo o hija no lo reconociere voluntariamente, tiene que tener la posibilidad de revisar su conducta y poder rectificarla si ello favorece el interés superior del hijo/a.

Finalmente, y despejada la cuestión que tiene que ver con “la causa de la falta de reconocimiento” o “la posibilidad de revisión basada en el interés superior del niño”, consideramos que aun en el caso previsto en el inc. e), el ejercicio debiera ser conjunto en consonancia con la regla de coparentalidad que rige el instituto de la responsabilidad parental en el nuevo ordenamiento, y lo que debería tal vez —y según el caso concreto—, otorgarse en forma unilateral fuera el cuidado personal.

## Bibliografía

AZPIRI, J. (2016) *Derecho de Familia*, 2da ed. Buenos Aires, Hammurabi.

GROSMAN, C. (2014) “Un cuarto de siglo en la comprensión de la responsabilidad parental”, *La Ley*, Cita Online: AP/DOC/1073/2014.

HERRERA, M. (2014) “El lugar de la justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avecina. Bases para leer el divorcio incausado”, en GRAHAM, M. Y HERRERA, M. *Derechos de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*, 1a ed. Buenos Aires, Infojus, pp. 275.

LLOVERAS, N., ORLANDI, O. Y TAVIP, G. (2014) “Título VII Responsabilidad Parental”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. Y LLOVERAS N. *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Tomo IV. Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni.

NOTRICA, F., RODRÍGUEZ ITURBURU, M. I (2014) “Responsabilidad parental. Algunos aspectos trascendentales a la luz del Código Civil Comercial de la Nación. Saldando viejas deudas”, en GRAHAM, M. Y HERRERA, M. *Derechos de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*, 1a ed. Buenos Aires, Infojus.

PELLEGRINI, M. V. (2015) “Título VII. Responsabilidad parental”, en HERRERA, M., CAMELO, G. Y PICASSO, S. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo 2, Libro II, Título VII. Buenos Aires, Infojus.

WEINBERG, I. M. (2002) *Convención sobre los Derechos del Niño*. Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni.