

Principios que rigen la responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Una mirada romanista¹⁶⁷

Por Mirta Beatriz Álvarez¹⁶⁸

Resumen

En el presente trabajo se analizarán los principios de la responsabilidad parental enumerados en el artículo 639 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Para ello es necesario, primeramente, referirnos a la definición de patria potestad en el Código Civil de Vélez Sarsfield y en las leyes que modificaron este instituto, para luego analizar la definición de responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial.

También haremos referencia a la *patria potestas* romana y a las limitaciones que fueron dándose en su desarrollo histórico.

¹⁶⁷ El presente trabajo se presenta en el marco del proyecto de investigación “Una mirada romanista a las relaciones de familia en el Código Civil y Comercial de la Nación” que se desarrolla en la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores, Argentina.

¹⁶⁸ Profesora Titular Ordinaria de Derecho Romano de las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Flores. Investigadora categorizada.

I. Introducción

Bajo la influencia de los nuevos paradigmas (protectorio, no discriminatorio, de igualdad), el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina toma en cuenta la constitucionalización del derecho privado y, por ende, la comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado. Se advierte entonces un fuerte impacto en la protección de la persona humana, del niño, niña, adolescente en cuanto sujeto de derechos, el reconocimiento y protección a personas con capacidades diferentes, el reconocimiento de la capacidad progresiva, entre otros aspectos.¹⁶⁹

Esos nuevos paradigmas, que ya habían introducido cambios en el derecho de familia desde la doctrina, la jurisprudencia, y por el dictado de leyes específicas,¹⁷⁰ toman cuerpo en el Código Civil y Comercial, dando paso a la consolidación en un núcleo normativo de fondo que regulará las relaciones privadas de las personas, con un enfoque desde los derechos humanos.

En esta línea de pensamiento, se erige el principio *pro homine*, que –según Bidart Campos– es “... el principio que indica que el intérprete y el operador han de buscar y aplicar la norma que en cada caso resulta más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que suministre esa norma”.

Tal como citan Lloveras y Salomón¹⁷¹ “... el principio *pro homine* y sus derivados son directrices jurídicas para hacer efectivos los derechos humanos de cada persona, tanto frente al Estado como en la trama de sus relaciones sociales, entre las que se encuentran las relaciones familiares...”.

En el ámbito de la niñez y adolescencia, el interés superior del niño es el principio y pauta rectora que debe presidir siempre toda situación que lo involucre, priorizándose frente a los intereses de los adultos y no resultando incompatible con el “interés familiar”. Éste más bien se complementa con aquel, no concibiéndose de manera aislada y en compartimento estanco con

¹⁶⁹ Yuba, G., *Abordaje de la responsabilidad parental en el nuevo Código Civil y Comercial. Aspectos generales. (Parte I)*. Citar: eDial DC1EF7 Publicado el: 5/5/2015. Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina.

¹⁷⁰ Tal el caso de la Ley de Salud Mental 26.657; Directivas anticipadas, Ley 26.529; Matrimonio igualitario, Ley 26.618; Ley 26.378 sobre Convención Int. De las personas con discapacidad; Ley 26.579 sobre Mayoría de edad; Ley 26061 sobre Protección Integral de niños, niñas y adolescentes; Ley de Fertilización Asistida 26.862; Ley 26.742 sobre Muerte Digna; Ley 26.743 de Identidad de género.

¹⁷¹ Citado por Lloveras, N. y Salomón, M. (2009). *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 28.

el interés de los sujetos más vulnerables que conforman un grupo familiar: los niños y adolescentes.¹⁷²

El interés superior del niño como pauta o criterio rector en toda decisión que le atañe, el reconocimiento de la figura del adolescente puntualmente, el derecho a ser oído como expresión clásica del carácter de sujeto de derechos y de la capacidad progresiva, emergen como elementos vitales en una nueva manera de ver y de concebir la relación entre padres e hijos.¹⁷³

II. De la patria potestad a la responsabilidad parental

II. 1. *La patria potestas en Roma*

La *patria potestas*, tal y como es configurada en el derecho romano, es una institución propia de los ciudadanos romanos, no comparable a la de ningún otro pueblo. Así lo afirma Gayo I, 55: “Están en nuestra potestad, los hijos e hijas tenidos en nuestro legítimo matrimonio...”¹⁷⁴

El *paterfamilias* es la figura central al interior del esquema familiar romano. Es *paterfamilias* toda persona de sexo masculino que no se encuentra sometida a potestad ajena, independientemente del hecho que tenga o no hijos, o de la edad que posea.¹⁷⁵ La *patria potestas* es el poder que el derecho le reconoce al *paterfamilias* sobre sus hijos.

El poder del *paterfamilias* era unitario¹⁷⁶ y se extendía, en los primeros tiempos, a cosas y personas. Se trata de un poder vitalicio, que subsiste mientras el *pater* viva, sin interesar la edad del hijo,¹⁷⁷ salvo que lo libere, a través de la *emancipatio*.¹⁷⁸ La familia romana se configura en época arcaica, como un grupo de personas que viven bajo la potestad absoluta¹⁷⁹ del *paterfamilias*.

¹⁷² Mizrahi, M. (2013). “Actos trascendentes para la vida del hijo en el Proyecto de Código”. En *Revista La Ley* 145, p. 1.

¹⁷³ Yuba, G., *Abordaje...* cit.

¹⁷⁴ Fernández de Buján, A. (2008). *Derecho Privado Romano*. Madrid: Iustel, p. 118.

¹⁷⁵ Amunátegui Perelló, C. (2009). *Origen de los poderes del paterfamilias. El paterfamilias y la patria potestas*. Madrid: Dykinson, p. 43.

¹⁷⁶ Talamanca, M. (1990). *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, p. 120.

¹⁷⁷ Di Pietro, A. (1996). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 294: “Pero ni el matrimonio de ellos, ni el hecho que ocuparan magistraturas, ponía fin a la *patria potestas*”.

¹⁷⁸ Schulz, F. (1960). *Derecho Romano Clásico*. Barcelona: Bosch, p. 142 ss.

¹⁷⁹ Talamanca, M, *Istituzioni...* cit., p. 120: “Il potere del *paterfamilias sui descendenti non conosce limiti sul piano del diritto privato: lasciando da parte l’ampia articolazione concreta,*

La *patria potestas* comprende:

a) El *ius vitae et necis*, es decir, el derecho de vida y de muerte sobre los hijos mencionado en la Ley de las XII Tablas (IV, 2)¹⁸⁰ y que se mantuvo durante todo el período clásico.¹⁸¹ Los emperadores clásicos restringieron su ejercicio.¹⁸² Constantino lo menciona incluso como vigente en su época¹⁸³ y fue suprimido por Valentiniano y Valente.

b) El *ius exponendi*, el derecho a exponer al recién nacido, es decir, no admitirlo en la familia para el caso de no aceptar al recién nacido o no aceptar la atribución de paternidad.¹⁸⁴ Este derecho fue abolido por Valentiniano.¹⁸⁵

esso può venir sintetizzato nel diritto di disporre della vita della persona soggetta a potestà (ius vitae ac necis), analogo a quello che aveva sullo schiavo, nel connesso ius exponendi, en el ius vendendi”

¹⁸⁰ Amunátegui Perelló, C. *Origen de los poderes del paterfamilias...*, cit., p. 260, resume: “... podemos afirmar que el *ius vitae necisque* consiste en la facultad que detenta el *paterfamilias* de matar a sus descendientes sometidos a la *patria potestas*. Si bien no está limitado a situaciones específicas, sino que tiene un carácter general, para recibir una legítima aplicación ha de estar amparado por una causa justa o apropiada, pudiendo encontrarse ésta completamente acreditada ante la opinión pública o ser necesaria su acreditación, para lo cual puede proceder a nombrar un *consilium* que lo asesore y justifique de cara a la opinión pública, o actuar de manera cuasi judicial en solitario, escuchando testimonios y recibiendo pruebas...”

¹⁸¹ Pugliese, G. (1991). *Istituzioni di Diritto Romano*. Torino: Giappichelli, p. 378, confirma esta afirmación citando el fragmento de Marciano en D. 48, 9, 5 y afirma: “La condanna del padre, uccisore del figlio, pronunciata dall’imperatore Adriano, era dovuta al modo in cui l’uccisione era avvenuta, non alla negazione dell’*ius vitae necisque potestas*. Questa doveva essere l’esercizio del potere punitivo, debitamente giustificato e in qualche modo controllato, non un’arbitraia manifestazione di violenza. Il passo di Marciano, quindi, conferma la persistenza di quella *potestas*, ma ne sottolinea la natura di potere giuridico repressivo e ne delimita l’esercizio”.

¹⁸² Di Pietro, A. *Derecho...*, cit., p. 295, afirma: “La muerte del *filius* por el *pater* será considerada *parricidium* por Constantino (C. 9, 17, 1; año 319). Valentiniano y Valente (C. 9, 15, 1; año 365) permite la corrección normal de los hijos, aunque para el castigo de faltas graves, había que recurrir a los jueces. Finalmente, Justiniano declara abolido el ‘derecho de vida y muerte’ (C. 8, 47 [46] 10).

¹⁸³ Talamanca, M. *Istituzioni...* cit., p. 121, sostiene. “È solo con Constantino che, secondo l’opinione piú diffusa, in sé considerata l’uccisione del figlio è repressa come un omicidio”.

¹⁸⁴ Di Pietro, A. *Derecho...* cit., p. 295.

c) El *ius vendendi* que le permitía vender a sus hijos. Cuando lo vendía en el extranjero *trans tiberium*, el hijo vendido se convertía en esclavo. Estas ventas cayeron rápidamente en desuso. Cuando lo vendía dentro de las fronteras, el hijo quedaba en una situación especial conocida como *in mancipium*. Estas ventas se limitaron en el período clásico, pero se restablecieron en el período post clásico debido a la crisis económica.¹⁸⁶

En relación con el carácter absoluto de la potestad paterna en los tiempos primitivos,¹⁸⁷ ha de señalarse que, en la práctica, su ejercicio venía limitado por las *mores maiorum*, y por la ritual consulta al tribunal denominado *iudicium domesticum*, que constituía una institución familiar consuetudinaria equilibradora del poder paterno, que normalmente se consultaba con carácter previo, antes de cualquier decisión sancionadora emitida por el *paterfamilias*. Otros elementos disuasorios del ejercicio abusivo de la potestad familiar fueron la nota censoria y el progresivo reforzamiento de la posición de los hijos sometidos a patria potestad, por la legislación imperial tal como se menciona en D. 37, 12, 5, en donde se afirma que el emperador Trajano obligó a un padre a que emancipara a un hijo al que maltrataba.¹⁸⁸

La primitiva concepción de la *patria potestas* evoluciona a lo largo de la historia de Roma.¹⁸⁹ La concepción cristiana del poder del padre sobre los hijos

¹⁸⁵ Pugliese afirma que la grave crisis económica del período postclásico no influyó en esta potestad que se había limitado en el período clásico. Di Pietro (p. 295) sostiene que Valentiniano castigó con una pena la exposición (C. 8, 52, 2; año 374). Y finalmente Justiniano declaró ilícita la exposición, y al hijo expuesto, *sui iuris* e ingenuo respecto de quien lo recogiera (C. 8, 52, 3; C. 1,4,24).

¹⁸⁶ Schulz, F. *Derecho Romano...*, cit., p. 144. Pugliese, G. *Istituzioni...*, cit., p. 811, menciona este hecho y lo atribuye a la grave crisis económica y a la extrema indigencia de muchas familias, que hacen que la venta de recién nacidos sea reconocida como sustancialmente lícita. Di Pietro (p. 296) sostiene que Justiniano también la admite en caso de gran indigencia del padre, concediéndoles también el poder de redimirlo por una suma de rescate o a transmisión de un esclavo (C. 4, 32, 2 intp. Del C. Th., 5, 10, 1).

¹⁸⁷ Pugliese, G. *Istituzioni...*, cit., p. 97, sostiene: "Il pater familias sarà stato, sotto l'aspetto religioso o ético-sociale ma con riflessi giuridici, impedito di esercitarlo in modo arbitrario; ma esso faceva nondimeno parte della patria potestas. Lo si desume senza ombra di dubio dal formulario dell'adrogatio riferito da Gell. 5, 19, 9, ivi infatti la descrizione sintetica della patria potestas, che l'arrogante acquistava sull'arrogato, include come suo elemento qualificante la vitae necisque potestas il, potere di vita e di morte".

¹⁸⁸ Fernández de Buján, A. *Derecho Privado...*, cit., p. 119. En el mismo sentido Di Pietro, A. *Derecho...* cit., p. 294.

influye en esta evolución y se van imponiendo serias restricciones a los poderes de los padres, así como se imponen obligaciones a su cargo. La *patria potestas* comienza a concebirse como un *officium*, es decir, como un deber de protección y de asistencia.

II. 2. La patria potestad en el Código de Vélez Sarsfield y sus modificaciones

Vélez Sarsfield definió a la patria potestad en el artículo 264 de la siguiente manera: “La patria potestad es 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”.

En la nota al citado artículo, Vélez menciona al Proyecto de Goyena, Título 7, y la Partida 4, Título 17, Leyes 1 y 3 y la Partida 4, Título 20, Ley 3.

Efectivamente, García Goyena, en el Título VII denominado “De la Patria Potestad”, define la patria potestad como “el conjunto de derechos que la ley concede al padre en las personas y bienes de sus hijos menores de edad y no emancipados” y realiza un recorrido histórico de lo que significó la institución para los romanos primitivos y cómo luego fue reducido el derecho de vender los hijos (C. 4, 45, 2) y el derecho de vida y de muerte (C. 8. 47 [46], 3 y 4). Hace referencia también a la Partida 4, Título 17, Leyes 1 y 8 y al Fuero Juzgo.¹⁹⁰

La Ley 10.903 rectificó el concepto, definiendo a la patria potestad como “el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, desde la concepción y en tanto sean menores de edad y no se hayan emancipado”.

No ha de creerse, sin embargo –afirma Borda– que el autor de nuestro Código (Vélez Sarsfield) pensara que los padres carecían de obligaciones. Una

¹⁸⁹ Amunátegui Perelló, C. *Origen de los poderes del paterfamilias...* cit., p. 106, cita un fragmento de Dionisio de Halicarnaso y sostiene: “En el fragmento encontramos cuatro normas diferentes que podemos conceptualizar de la siguiente manera: 1. Obligatorio criar a todos los hijos hombres. 2. Obligatorio criar a la primogénita mujer. 3. De aquéllos que han de ser criados de conformidad a los puntos 1 y 2, se prohíbe matarlos antes de cumplir tres años. 4. Permitido matar a los menores monstruosos, para lo cual deben cumplirse determinadas formalidades, como la presencia de cinco vecinos que ratifiquen su monstruosidad”. Y más adelante manifiesta que “la historicidad de la norma 3 es dudosa, puesto que no contamos con otras fuentes que corroboren su existencia.”

¹⁹⁰ García Goyena, F. (1851). *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfica – Editorial, Tomo Primero, p. 153 y ss.

simple lectura de los artículos 267 y siguientes demuestra que no es así.¹⁹¹ Simplemente no se había incluido en la definición la palabra “obligaciones”.

Tanto la Ley 10.903 como las leyes 14.367 (art. 10) y 23.264 (art. 264) han insistido enfáticamente sobre los deberes paternos, cuyo incumplimiento trae aparejadas sanciones inclusive penales (Ley 13.944).¹⁹²

La Ley 23.264 define así la patria potestad: “Es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”.

La patria potestad en el derecho argentino es personal e intransferible y, en cuanto derecho, es eminentemente relativo.

II. 3. La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial

Una rápida lectura del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina nos acerca al primer cambio introducido: la modificación en lo terminológico. Ello indica la naturaleza del instituto en consonancia con el cambio de paradigma en materia de infancia introducido con el dictado de la Convención sobre los derechos del niño y su incorporación a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional, reforma 1994).

Así, en el Código Civil se hablaba de “patria potestad” (art. 264) y en el Código Civil y Comercial se alude a la “responsabilidad parental” (art. 638).

En los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación se expresa: “... *La palabra “potestad” de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la “potestas” del derecho romano centrado 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. Esta modificación terminológica ha operado en varios países del globo: algunos ordenamientos han cambiado la denominación de **patria potestad** por la de **autoridad parental**; otros por **responsabilidad parental** como acontece, por ejemplo, en el Reglamento del Consejo Europeo nro. 2201/03 del 27/03/2003 –también denominado “Nuevo Bruselas II”– se refiere a la “Competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental”;*

¹⁹¹ Borda, G. (2009). *Manual de Derecho Civil-Familia*. Avellaneda: Fondo Editorial de Derecho y Economía. 13ª edición, p. 328 y ss.

¹⁹² Borda, G. *Manual...*, cit., p. 329.

la ley 26.061 y varias legislaciones locales receptan de manera genérica la expresión “**responsabilidad familiar**” al regular los derechos y deberes de los padres, todo lo cual justifica su incorporación al Código Civil...”.

Yuba¹⁹³ sostiene que se advierte que concebida la patria potestad como un “deber y derecho” de los padres sobre los bienes y persona del hijo menor de edad, orientada para su protección y formación integral (artículo 264 del Código Civil y Comercial), se da paso a una idea más amplia y comprometida con el aludido cambio de paradigma en materia de niñez que instaló la Convención de los Derechos del Niño. Y agrega que esto implica una resignificación de este instituto, denominado hoy *responsabilidad parental*, en tanto involucra al niño, niña o adolescente, teniendo la responsabilidad parental como función su protección, formación integral y su desarrollo.

El artículo 638 del Código Civil y Comercial la define de la siguiente manera: “La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”.¹⁹⁴

A pesar del cambio de nombre, la definición de responsabilidad parental del artículo 638 es prácticamente idéntica a la definición del artículo 246 del Código Civil con la reforma de la Ley 23.264. Solamente se ha modificado el término “padres” por el de “progenitores”,¹⁹⁵ por lo que entendemos que el cambio de paradigma es más una declaración que una realidad.

El término “responsabilidad” nos remite a la responsabilidad civil y el término “parental”¹⁹⁶ significa perteneciente o relativo a los padres o parientes, pese a los esfuerzos en doctrina por remarcar que el término responsabilidad parental no se vincula con la responsabilidad de los padres por los actos ilícitos de los hijos. Además, el término responsabilidad deja de lado el cúmulo de derechos o facultades que también forman parte del cuidado de los hijos.¹⁹⁷

¹⁹³ Yuba, *Abordaje...*, cit.

¹⁹⁴ Azpiri, J. (2016). *Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 391, afirma: “La denominación de ‘Responsabilidad parental’ que trae el Código Civil y Comercial debe ser ponderada porque refleja el carácter proteccional que tiene este instituto”.

¹⁹⁵ Azpiri, J. *Derecho...* cit., p. 393, sostiene: “El cambio de ‘padres’ por ‘progenitores’ resulta de la posibilidad de que la responsabilidad parental se encuentre en cabeza de personas del mismo sexo que han asumido ese emplazamiento”.

¹⁹⁶ Según el *Diccionario de la lengua española*, es un adjetivo.

¹⁹⁷ Ares Nogueira, A. y Vassallo, S. (2018). *De la patria potestad a la responsabilidad parental regulada en el Código Civil y Comercial de la Nación. ¿Cambio de paradigma?* (en prensa).

Los términos en derecho no son neutros.¹⁹⁸ Observamos en el capítulo 6º, titulado “Responsabilidad por el hecho de terceros, los artículos 1754 y 1755 que se refieren a la responsabilidad de los padres por los daños causados por los hijos; y específicamente el artículo 1755 se titula “Cesación de la responsabilidad paterna”, lo que lleva a confusión con la responsabilidad parental.¹⁹⁹

III. Los principios de la responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial

El artículo 639 del Código Civil y Comercial establece: “Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme las 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”.

III. 1. El Interés superior del niño

El artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño le otorga el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada.

El Comité de los Derechos del Niño ha determinado que el artículo 3, párrafo 1, enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en

¹⁹⁸ Ghirardi, J., Bruzzone, J. y Micieli, L. (2017). *Raíces romanistas del Código Civil y Comercial Argentino*. Río Cuarto: Editorial de la Universidad Nacional de Río Cuarto, p. 95: “... la idea viene siendo la misma: velar por el interés de los que están sujetos a... sigámosla llamando ‘patria potestad’, para no despertar equívocos cambiando una denominación que lleva milenios.”

¹⁹⁹ Art. 1754. Hecho de los hijos. Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda haber a los hijos; Art. 1755. Cesación de la responsabilidad paterna. La responsabilidad de los padres es objetiva y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. No cesa en el supuesto previsto en el artículo 643 (delegación del ejercicio de la responsabilidad parental)...”

lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, y lo entiende fundamentalmente como un concepto dinámico y flexible, que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto que nutre al caso particular.²⁰⁰

La Observación General Nro. 14 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas determina que el interés superior del niño es un derecho sustantivo. Es decir, una consideración primordial que se tiene que tener en cuenta al ponderar distintos intereses haciendo efectiva la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados que es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

A su vez señala que es un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.²⁰¹

Y por último, determina que es una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.

III. 2. La autonomía progresiva

El segundo principio que enumera el artículo 639 es el relativo a la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. Se establece que, a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos. Recordemos que en el artículo 25 del Código Civil y Comercial se establece que es menor de

²⁰⁰ Guzmán, N. (2016). "La motivación de la sentencia y el interés superior del niño. Aspectos prácticos de la ponderación en el derecho de familia." En: DFyP 2016 (junio), 06/06/2016, 18 - DJ17/08/2016, 7. Cita Online: AR/DOC/1130/2016.

²⁰¹ En tal sentido, la doctrina señala que el visceral axioma de acuerdo al cual toda decisión recaída en la materia exige que deba primordialmente atenderse al interés superior del niño, como así la consideración de la necesidad de escucharlo y mensurar acabadamente su opinión, invitan a una reflexión jurídica revalorizada al compás de nuevos lineamientos. Valente, L. (24/2/2016). "La competencia del menor maduro." En *Rev. La Ley*, 2016-A, 1135.

edad la persona que no ha cumplido los 18 años y es adolescente la persona menor de edad que ha cumplido 13 años.

Se establece que el adolescente de entre 13 y 16 años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometen su estado de salud o provoquen un riesgo en su vida o integridad física. A partir de los 16 años, el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo (artículo 26).

La representación, asistencia y cooperación constituyen, pues, tres figuras graduales en función del desarrollo del niño. La representación sustituye la voluntad del niño, la asistencia acompaña su voluntad, prestando una conformidad o asentimiento y, finalmente, en la cooperación, la decisión la toma el niño, asentada en la contención y apoyo de sus representantes.²⁰²

III. 3. *El derecho a ser oído*

Es un derecho personalísimo del niño o adolescente que asegura su condición protagónica. Por consiguiente, la palabra del niño debe ser escuchada, en lo posible, de modo personal. Su palabra no es vinculante y debe valorarse con los demás elementos del juicio.²⁰³ Que vaya a ser oído y su opinión a ser tenida en cuenta según su grado de madurez, no implica que se tomará la decisión que el niño ha manifestado, pues el principio rector es el interés superior del niño

En este sentido, Aída Kemelmajer de Carlucci oportunamente señaló que el derecho a ser oído no es un acto de parte ni un medio de prueba, es decir, es solo un derecho del niño, que no puede ser reivindicado para sí por ninguna de las partes del proceso.²⁰⁴

Sin duda, el reconocimiento expreso de las garantías mínimas en los procesos judiciales plantea nuevos debates. Señala Gozaíni que, cuando en el proceso aparecen intereses del niño y/o del adolescente, la relación jurídica originariamente pensada para dos queda impactada notoriamente, pues a ellos se los debe oír, y esa intervención no es de naturaleza probatoria (testimonial o informativa), menos aún llegan al proceso como terceros, ni se instalan como sujetos de un litisconsorcio (activo o pasivo). En consecuencia, el proceso deja

²⁰² Bueres, A. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Tomo 2, artículos 401-723, Relaciones de Familia. Buenos Aires: Hammurabi, p. 674.

²⁰³ Bueres, A., *Código...* cit., p. 675 y ss.

²⁰⁴ Kemelmajer de Carlucci, A. *El derecho constitucional del menor a ser oído*. RDPC 1994-172 y 173.

de ser bilateral, se triangula la relación jurídica procesal y, por vez primera en la historia del proceso visto como lucha, aparece en el ring un tercero con intereses singulares que deben ser atendidos, tutelados y protegidos.²⁰⁵

IV. Conclusiones

A modo de conclusión, debemos manifestar que lo expresado en los fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación acerca de que “... la palabra ‘potestad’, de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la “*potestas*” del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica”, no tiene un real fundamento. La *patria potestas* no podía ejercerse arbitrariamente, sino que tenía que contar con algún tipo de justificación en la tradición romana para ser aceptable.²⁰⁶

La institución evolucionó a lo largo de la historia de Roma²⁰⁷ y en D. 48, 9, 5, en un fragmento atribuido a Marciano, se menciona un principio de neta influencia estoica: “La *patria potestas* debe consistir en la *pietas*, no en la *atrocitas*”.

Una diferencia que sí podemos destacar es que la *patria potestas* romana es, en principio, vitalicia, en cambio la patria potestad en la legislación argentina (o responsabilidad parental, en el Código Civil y Comercial) fue siempre concebida como temporal mientras dure la menor edad y no haya emancipación.

En relación a los principios enumerados en el artículo 639 del Código Civil y Comercial (principios explícitos), coincidimos con Solari²⁰⁸ en afirmar que bajo el nombre de “principios generales” se confunden tres conceptos distintos: principios, derechos y garantías. El interés superior del niño es un principio, la autonomía progresiva es un derecho; mientras que el derecho a ser oído del niño, constituye un derecho y una garantía mínima.

²⁰⁵ La idea del proceso como lucha fue sostenida por Savigny, quien decía que era una pelea donde el arma utilizada se llamaba “derecho”, en razón de que en el litigio no gana quien tiene derecho sino quien mejor lo sabe usar (conforme Gozaíni, O. [2009]. *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial La Ley, p. 356. Ver también, del mismo autor, *El niño y el adolescente en el proceso*, LL 2012-D-600).

²⁰⁶ Amunátegui Perelló, C. *Origen de los poderes del paterfamilias...*, cit., p. 89.

²⁰⁷ Amunátegui Perelló, C. *Origen de los poderes del paterfamilias...*, cit., p. 383, concluye: “Las estructuras familiares han experimentado cambios significativos también, desde esquemas patriarcales fuertes hacia modelos de contenido más liberal e igualitario, lo que constituye un avance tan significativo como lo fue en su momento la decadencia de la *patria potestas* y la esclerosis de la familia agnaticia.”

²⁰⁸ Solari, N. (2017). *Derecho de las familias*. Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley, p. 637.

Y el interés superior del niño ya era un principio consagrado en nuestro sistema legal en virtud de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales (en este caso, la Convención de los Derechos del Niño) que dispone el artículo 75, inciso 22, de la Constitución de la Nación Argentina, a partir de la reforma de 1994.

También encontramos principios generales implícitos en el sistema que no están enumerados.

¿Qué es un principio general? El Dr. Norberto Rinaldi define los principios generales del derecho como “normas jurídicas vinculantes, universales, perfectas, generales, supletorias de los sistemas jurídicos vigentes que deben ser utilizadas para los casos en que cada sistema jurídico no pueda resolver una cuestión”.

¿Dónde se encuentran los principios generales? Siguiendo al Dr. Rinaldi, entendemos que los principios generales del derecho los podemos encontrar en el derecho romano entendido en su concepto más amplio, es decir, “el sistema jurídico elaborado por los romanos, recopilado por Justiniano, sistematizado y actualizado por las diversas escuelas romanísticas posteriores, recepcionado por las codificaciones modernas y que sirve de común denominador jurídico y cultural para la mayoría de los pueblos de la tierra”.²⁰⁹

²⁰⁹ Rinaldi, N. (2006). *Lecciones ampliadas de Derecho Romano*. Buenos Aires: Edictum, pág. 139.

²¹⁰ Tafaro, S. (2009). “De los derechos del niño en la experiencia jurídica romana.” En *Revista de Derecho Privado*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3171407>, p. 182 y sostiene en p. 177: “... ciertamente en el derecho romano no existió un elenco de los “derechos de los niños” tal como se encuentra hoy previsto en los diferentes tratados y convenciones internacionales, pero se puede demostrar que los valores que fundamentan tales derechos sí se encontraban, en cambio, presentes en la experiencia jurídica romana, lo que permitía hablar, ya para la época, de un ‘derecho de nacer’ del concebido, cuya tutela se confiaba en forma concurrente a los *patres* y a la *civitas*; de un ‘derecho a la paternidad’ o derecho de ser acogido en la familia; de un ‘derecho al nombre’, con el cual el niño se identificaba en la colectividad y entraba oficialmente en la familia; de un ‘derecho a la crianza’, esto es, a ser alimentado y criado; además de otras disposiciones dirigidas a la protección jurídica de los niños, tales como la prohibición del trabajo forzado y la prohibición relativa a las convenciones sobre prestaciones laborales, así como el derecho del impúber a ser asistido y protegido por un tutor; sin que pueda perderse de vista, claro está, que tales ‘derechos’ no pueden ser valorados con base en nuestros esquemas, sino de acuerdo con la realidad jurídica de la experiencia romana, que se caracterizó por un *sistema abierto* de fuentes y que daría vida a principios de indiscutible civilidad jurídica correspondientes a la visión de una sociedad basada en las interacciones entre los derechos del individuo y las formaciones sociales (la primera entre todas, la familia)”.

Como sostiene Tafaro,²¹⁰ debe subrayarse que en el derecho romano la expectativa del niño de nacer y de vivir tenía raíces profundas y había contado con formas de tutela eficaces ya desde las Doce Tablas. Su proyección no puede valorarse con base en nuestros esquemas, sino de acuerdo con la realidad jurídica de la experiencia romana, caracterizada por un sistema abierto, en el cual la observancia de principios y la salvaguardia de derechos no derivaba de una sola fuente como en nuestros tiempos, en donde el derecho se funda en la estatualidad.