

XXXI ENCUENTRO NACIONAL DEL NOTARIADO NOVEL-1°EDICIÓN VIRTUAL

TEMA I: Derechos de las Familias y Derechos Humanos, su relación con la actividad notarial en el CCyC.

LA DELEGACION DEL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION, UN DESAFIO PARA EL NOTARIO

Autores: María Laura Fernández Ríos

Micaela Torres Chacón

Seudónimo: El Universo

CONCLUSIONES:

I- Corresponde recomendar que el Congreso de la Nación restablezca la redacción que tenía en el Anteproyecto del Código, el artículo 643 del Código Civil y Comercial de la Nación.

II- En tanto y en cuanto no se incorpore al referente afectivo dentro del artículo 643 del Código Civil y Comercial de la Nación, el notario deberá considerar el caso concreto; pudiendo autorizar el acto únicamente cuando, de un análisis integral del derecho, su decisión resulte razonablemente fundada. En caso contrario y ante cualquier duda que pudiere surgirle, deberá abstenerse de prestar sus servicios.

III- Resulta conveniente la Escritura Pública para la instrumentación de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental.

IV- Se recomienda la comparecencia del menor adolescente al acto de instrumentación de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental cuando ella sea realizada mediante escritura pública; teniendo en cuenta su calidad de sujeto de derecho, su grado de madurez y su derecho a ser oído.

1) Análisis de los antecedentes y del derecho vigente. Nociones generales.

El Código Civil derogado no reconocía la posibilidad de delegar el ejercicio de la patria potestad en quien no fuera progenitor del menor de edad¹, puesto que aquella era de orden público y se consideraba de inherencia personal². Sin embargo, los Tribunales a menudo debían resolver situaciones en las cuales los menores no convivían con sus progenitores y suplir el vacío legal recurriendo a otras figuras, por ejemplo la tutela; o a creaciones jurisprudenciales, como ser las guardas asistenciales³.

Con el correr del tiempo, el derecho de familia argentino fue evolucionado, transformándose radicalmente; y con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación se produjo un cambio de paradigma que permitió avanzar con la contractualización del derecho de familia y que la autonomía de la voluntad cobrara mayor importancia.

Es en este sentido que, el artículo 643 del mencionado cuerpo normativo permite expresamente a los progenitores convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente cuando existan razones suficientemente justificadas, es decir, expuestas y sometidas a consideración judicial⁴, y teniendo en cuenta siempre el interés del hijo. Dicho acuerdo debe ser homologado judicialmente, resultando ineludible oír al menor en ese procedimiento y tiene un plazo máximo de un año, el cual podrá ser renovado judicialmente por un período más, siempre que existan razones debidamente fundadas, y dando intervención a las partes involucradas⁵. Este régimen se aplica aun en aquellos casos en los que el niño tenga solo un vínculo filial establecido, evitando de esta manera que cualquier interpretación estricta pueda impedir al progenitor único delegar el ejercicio de la responsabilidad parental.

¹ CLUSELLAS, Eduardo G., *Código Civil y Comercial de la Nación, Tomo 3*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2015, 1° edición, pag.17.

² MEDINA, Graciela, "Contractualización del Derecho de Familia", *Estudio sobre contratos en homenaje al académico Jorge Horacio Alterini*, Director: Tobías, José W. Buenos Aires, Thomson Reuter La Ley, 2020, pag. 92.

³ CARMELLO, Gustavo, HERRERA, Marisa y PICASSO, Sebastián, *Código Civil y Comercial Comentado, Tomo II*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, 1° edición, pag. 477.

⁴ CARMELLO, Gustavo, HERRERA, Marisa y PICASSO, Sebastián, ob. cit., pag. 477.

⁵ MEDINA, Graciela, ob. cit., pag. 93.

Como bien puede observarse, la norma vigente viene a dejar de lado el carácter de indelegabilidad de la patria potestad⁶, receptado por el Código Velezano, y a dar una solución normativa a todos aquellos supuestos facticos que eran motivo de controversias en el régimen anterior.

Cabe aclarar que, los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental; es decir que, no se trata de una renuncia a los deberes y derechos que la ley les reconoce, sino que lo único que se delega es su “*ejercicio*”, manteniéndose el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de las posibilidades con que se cuente⁷. Esta delegación tampoco exime a los padres de responder por los actos ilícitos que pudieran ocasionar los menores de edad⁸.

En consecuencia, la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental es una figura jurídica de carácter excepcional a considerar en aquellos casos en los cuales los progenitores se vean impedidos de ejercerla funcionalmente⁹, ya sea por razones de salud, laborales, un viaje prolongado, etcétera; y que no solo podrá provenir de la decisión de los progenitores (artículos 643 y 674 del Código Civil y Comercial de la Nación), sino que, tal como se prevé en el artículo 657 del Código Civil y Comercial, podrá tener su origen en una decisión judicial. Este último supuesto, si bien no se trata expresamente de una delegación de responsabilidad parental y tiene un alcance más limitado, también implica el otorgamiento de la “guarda del menor a un pariente” y está sujeto a los mismos límites subjetivos y temporales que aquella.

2) El requisito de parentesco y la cuestión del “referente afectivo”.

a) Análisis doctrinario y jurisprudencial.

El artículo 643 impone la condición de que la persona a quien se le delegue el ejercicio de la responsabilidad parental, es decir el “delegatario”, sea un “pariente”, sin

⁶ RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, 1º edición, 2º reimpression, pag. 499.

⁷ MEDINA, Graciela, ob. cit., pag. 93.

⁸ RIVERA, JULIO C. Y MEDINA, ob. cit., pag. 499.

⁹ CARAMELLO, Gustavo, HERRERA, Marisa y PICASSO, Sebastián, ob. cit., pag. 477.

referirse específicamente a un tipo de parentesco¹⁰. Por este motivo deberá interpretarse, de acuerdo con lo previsto expresamente en el artículo 529, párrafo 2º del Código Civil y Comercial, que la mencionada expresión abarca al parentesco por naturaleza, por reproducción humana asistida y por adopción, tanto en línea recta como colateral, excluyendo de esta manera al parentesco por afinidad.¹¹

Cabe mencionar que en virtud de lo dispuesto por el artículo 674, también queda a salvo de este límite subjetivo la delegación realizada al cónyuge o conviviente del progenitor¹².

Por su parte, el Anteproyecto del Código Unificado admitía también la delegación efectuada al “*referente afectivo*”, tomando en consideración a la Convención de los Derechos del Niño y en consonancia con las disposiciones de la Ley N°26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, y el Decreto N°415/2006 , reglamentario de esta última¹³. El termino referente afectivo comprende a todas aquellas personas estrechamente vinculadas a los niños, pero que no se encuentran enlazadas a ellos por un vínculo de parentesco, sino por un genuino vínculo de afecto que necesariamente debe ser respetado cuando contribuya al interés superior del menor¹⁴, como por ejemplo es el caso de los padrinos, vecinos, etcétera.

Sin embargo, la redacción final del Código Civil y Comercial de la Nación, suprimió el término “referente afectivo”; quedando en consecuencia truncada la posibilidad de delegación de la responsabilidad parental a cualquier otra persona distinta de un pariente, y excluyendo incluso a quienes pudieran tener un lazo de afecto con los padres y con los menores.

Esta limitación tiene como fundamento dificultar o evitar los “pactos de entrega directa”, expresamente prohibidos en el artículo 611 del Código Civil y Comercial; ya

¹⁰ CLUSELLAS, Eduardo G., ob. cit., pag. 18.

¹¹ CLUSELLAS, Eduardo G., ob. cit., Pag. 18.

¹² CLUSELLAS, Eduardo G., ob. cit., Pag. 18.

¹³ El Decreto Reglamentario 415/2006 dispone expresamente en su artículo 7º “...podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección...”.

¹⁴ LUJÁN, Daniel, *Guarda a un tercero*, (17/11/2020), disponible en: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/06/Doctrina2397.pdf>.

que se sostiene que de lo contrario se produciría la des-subjetivización del niño y su consecuente conversión en un “objeto” de comercialización. Es decir que, la norma adopta un criterio precautorio a los fines de prevenir las mencionadas situaciones.

No obstante ello, con la eliminación de los referentes afectivos como personas facultadas para ser delegatarias del ejercicio de la responsabilidad parental, el Código Civil y Comercial se aparta del criterio jurisprudencial mayoritario, el cual si ha reconocido el vínculo entre los menores y aquellos, llegando incluso a pronunciarse a favor de las entregas directas y justificando tal decisión en la protección del interés superior del niño. Esta supresión también ha sido objeto de críticas por gran parte de la doctrina.

La decisión del legislador ha partido de una presunción de “mala fe” en los progenitores¹⁵, considerando que cuando la delegación se efectúa a una persona que no tiene vínculo de parentesco con el menor se está encubriendo una entrega directa. Pero, como bien se sabe, la mala fe, en principio, no debe presumirse y en la medida que no se encubra el comercio de un niño y que exista un verdadero vínculo entre el delegatario y los menores, debería respetarse la voluntad de los progenitores en el marco de un derecho de familia que privilegia la autonomía de la voluntad como forma para lograr el pleno desarrollo de sus integrantes¹⁶. Además no todos los casos de delegación de la responsabilidad parental esconden el tráfico de menores¹⁷.

Del análisis de la norma vigente, también surge que se aparta de la Convención de los Derechos del Niño, de la Ley N°26.061 y del Decreto N°415/2006, los cuales, como se ha mencionado ut supra incluyen al referente afectivo dentro del concepto de familia, y establecen además que, en toda decisión judicial, administrativa o proveniente de organismos intermedios de la sociedad (familia, escuela, club, etc.), la consideración primordial para resolver cualquier conflicto de intereses en que estén involucrados los

¹⁵ LUJÁN, Daniel, *Guarda a un tercero*, (17/11/2020), disponible en: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/06/Doctrina2397.pdf>.

¹⁶ MEDINA, Graciela, ob. cit., pag. 98.

¹⁷ ALEMÁN, María del Carmen y ROSELLO Juan Ignacio, *El rol del referente afectivo en la adopción planteada en el CCyC*, (17/11/2020), disponible en: <http://doi.org/10.24215/25251678e055>.

derechos de menores de edad, será priorizar sus intereses por sobre el de los adultos¹⁸. Como se puede observar, existe una colisión con los tratados con jerarquía constitucional, y una aplicación estricta del artículo 643 no respetaría el interés de los niños frente al caso concreto, debido a que la misma dejaría en total desamparo jurídico a todos aquellos que no cuentan con un familiar referente¹⁹.

En razón de lo expuesto, están quienes se manifestaron a favor de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental a los allegados del menor; no viendo en la supresión que hace el texto del Código Civil y Comercial de ellos, un impedimento para que puedan ser designados delegatarios, puesto que lo que debe primar siempre es el interés superior del niño²⁰.

Asimismo, la jurisprudencia ha sostenido que la delegación de la responsabilidad parental está marcada únicamente por dos extremos fundantes: el interés superior del hijo y que exista una razón que la justifique²¹; no deteniéndose en la persona del delegatario, y pronunciando incluso que aquella puede otorgarse transitoriamente a un pariente o “tercero idóneo” por razones debidamente fundadas²². En concordancia con ello, los Tribunales han agregado que el artículo 643 debe interpretarse dentro del marco de toda la legislación vigente, privilegiando a través de la homologación de estos convenios, el principio de la autocomposición; entendiéndose como tal a la solución negociada de los conflictos familiares, en miras a un fin con resultados pacíficos, siempre que lo propuesto por los adultos responda en la realidad al mejor interés del hijo en cuestión, en atención a que se estará en el terreno de los derechos indisponibles²³.

¹⁸ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial N° 3, Corrientes, T.N. s/ Víctima, 14/07/2017, Rubinzal Online; 9051/2016 RC J 5769/17.

¹⁹ LUJÁN, Daniel, *Guarda a un tercero*, (17/11/2020), disponible en: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/06/Doctrina2397.pdf>.

²⁰ RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela, ob. cit., pag. 498.

²¹ Cámara Civil y Comercial 1°Nómina, Santiago del Estero, L., D. L. s. Delegación ejercicio responsabilidad parental, 17/08/2017, Rubinzal Online; 584554; RC J 324/18.

²² Juzgado de Familia N°1, Tigre, G. J. y Otros s/ delegación de la responsabilidad parental, 07/08/2019, (18/11/2020), disponible en: http://www.derecho.uba.ar/newsletters/practica-profesional/2019/agosto/2019_novedad-pp-fallo-01.pdf.

²³ Juzgado de Familia, Paso de los Liebres Corriente, “C. S. I. s/ Delegación del Ejercicio de la Responsabilidad Parental de Común Acuerdo-Art. 643, Código Civil y Comercial”, 14/12/2015, Rubinzal Online; 12606/2015 RC J 2912/16.

De esta manera, en los hechos, se ha extendido el campo de aplicación del artículo 643 del Código Civil y Comercial a todos aquellos casos en los cuales los progenitores delegan el cuidado y asistencia de sus hijos en personas de su confianza, sean estos familiares o no.

b) Nuestra opinión.

Para poder analizar el rol del referente afectivo dentro de la delegación de la responsabilidad parental, es fundamental no perder de vista que el lugar natural del niño debe estar junto a su familia; pero tampoco se puede desconocer que existen ciertas circunstancias en las que lo mejor para los hijos, por estar expuestos ante una situación de vulnerabilidad o frente a cualquier tipo de riesgos, es convivir con otras personas distintas a la de sus progenitores. Esto ha permitido incluso, que los jueces puedan separar a los niños de sus padres siempre que se compruebe que su permanencia en el seno de esa familia es contraria a su interés superior²⁴.

Dentro de estos casos, la realidad ha demostrado que en ocasiones los progenitores no cuentan con un familiar con quien el niño tenga un verdadero vínculo de afecto, confianza y reciprocidad, para que asuma el ejercicio de la responsabilidad parental; pero puede ocurrir que sí exista una persona allegada al menor e idónea que pueda hacerlo.

No obstante ello, pareciera ser que el legislador no ha tenido en consideración estos casos, ni que las circunstancias que llevan a los progenitores a tener que recurrir a una delegación del ejercicio de la responsabilidad parental son difíciles de asimilar tanto para ellos como para los hijos; siendo estos últimos quienes más sufren el tener que cambiar su situación.

En razón de lo expuesto, puede afirmarse que el artículo 643 del Código Civil y Comercial le da la espalda a estos menores, dejándolos en un completo estado de desprotección y desigualdad; por lo que ceñirse a la letra de la norma vigente atentaría contra el interés superior del niño, el cual debería ser el Norte para la resolución de

²⁴ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Nº 3, Corrientes, “ T.N. s/ Víctima”, 14/0/2017, Rubinzal Online; 9051/2016 RC J 5769/17.”

estos casos²⁵. Asimismo, también se atentaría contra la garantía de políticas, programas y asistencia, que deben proporcionar los organismos del Estado para que los padres puedan asumir en “igualdad de condiciones” sus responsabilidades y obligaciones, prevista en artículo 7º de la Ley N°26.061.

La rigidez de este artículo hace que sea necesario apelar a la doctrina y a la jurisprudencia para resolver todas las cuestiones que quedan fuera de la norma; corriéndose igualmente el riesgo de que, por una interpretación estricta de aquella, el interés superior del niño se vea menoscabado.

Cabe mencionar además que, en varias oportunidades, los órganos administrativos se han apartado de la jurisprudencia mayoritaria y se han aferrado a la letra expresa del régimen vigente, cuestionando las delegaciones de responsabilidad parental a referentes afectivos. Esta situación provocó que los menores dejaran de ser sujetos de derecho y se convirtieran en un “*objeto de litigio*”, obligándolos a afrontar largos procesos judiciales a los efectos de determinar si era o no procedente homologar ese acuerdo de delegación. Es por este motivo que los niños han resultado ser víctimas de una rigidez normativa que los ha perjudicado y ha atentado contra todos sus derechos.

Conforme a lo hasta aquí analizado, puede sostenerse que la supresión que hizo el legislador del referente afectivo significa un retroceso, puesto que con ello se desconoce la relación de afectividad y confianza que puede existir entre un niño y una persona con la que carezca de un vínculo de parentesco. Si bien no puede negarse que el Código vigente propone un cambio de paradigma en las relaciones de familia, y el artículo 643 importa una novedad para el derecho argentino, ello no va acompañado con una necesaria adecuación a las nuevas relaciones jurídicas existentes; es decir que no se adapta totalmente a la realidad que vivimos y es por esta razón que dicho cambio se produce desde una perspectiva etimológica, pero no resulta de ayuda en los hechos²⁶.

²⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial N° 3, Corrientes, “ T.N. s/ Víctima”, 14/0/2017, Rubinzal Online; 9051/2016 RC J 5769/17.”

²⁶ LUJÁN, Daniel, *Guarda a un tercero*, (17/11/2020), disponible en: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/06/Doctrina2397.pdf>.

Mientras no se modifique la norma, el referente afectivo carece jurídicamente de legitimación para ser delegatario. Por lo tanto, serán los jueces los encargados de analizar el caso concreto, teniendo siempre en miras el interés superior de los niños para arribar a una solución justa. Es decir que, hasta el momento el juez resulta ser el único facultado para determinar si es procedente homologar o no un convenio de delegación de responsabilidad parental y si el delegatario es una persona apta para ello o no; teniendo como responsabilidad principal en este sentido el deber de dejar de ser un mero aplicador del derecho, para convertirse en un creador de soluciones²⁷.

Otra cuestión no menor, y a tener en cuenta, es que puede ocurrir que la voluntad de los progenitores sea instrumentar el convenio de delegación de responsabilidad parental por escritura pública, pero que la persona elegida para cumplir con sus deberes sea un referente afectivo del menor; planteándose el interrogante si el notario debe autorizar esa escritura o no. Quienes se inclinen por la respuesta afirmativa, lo harán tomando en consideración la Convención de los Derechos del Niño y los tratados con jerarquía constitucional, reconociendo a esos menores su calidad de sujetos de derecho. Por otro lado, quienes se manifiesten por la negativa, lo harán ajustándose a la letra de la norma a los efectos de evitar posibles sanciones disciplinarias o cuestionamientos en su actuación; pero ello tendrá por consecuencia dejar de lado el interés superior del niño, a un menor desprotegido y a toda una familia desamparada, que por circunstancias excepcionales y temporales necesita recurrir a esta figura jurídica.

En relación al último párrafo, y en tanto no se reconozca al referente afectivo como posible delegatario, se considera que el notario debería respetar los postulados constitucionales por sobre las leyes positivas y vigentes²⁸; lo que implica analizar el caso concreto para determinar si corresponde o no autorizar ese acto. Esto encuentra su justificativo en que la función actual del notario supone, no solo controlar la legalidad del acto, sino que además debe tutelar la voluntad del requirente; y es en esa tutela

²⁷ ALEMÁN, María del Carmen y ROSELLO Juan I., *El rol del referente afectivo en la adopción planteada en el CCyC*, (17/11/2020), disponible en: <http://doi.org/10.24215/25251678e055>,

²⁸ COSOLA, Sebastián J., "La capacidad, la minoridad y el principio de razonabilidad notarial. Argumentación de la teoría de la personalidad humana a partir del art. 3° del Código Civil y Comercial de la Nación", *Revista Notarial N°981*, 2016, pag 543.

donde se encuentra la protección de los derechos constitucionales de cada operación que se realice u otorgue ante su presencia, teniendo en cuenta como elemento esencial y de análisis de ejercicio, la cuestión de la personalidad humana con todo lo que ella conlleva²⁹. Es decir que, el notario podrá autorizar el acto siempre que pueda justificar que el mismo se encuentra dentro de un marco de legalidad integrada y del deber ético de imparcialidad³⁰. Pero si del análisis del caso concreto surgieran dudas será necesario y oportuno abstenerse de su realización.

En consecuencia, se propone restablecer la redacción originaria del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación y que se admita expresamente la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental al referente afectivo, a los efectos de evitar rigorismos e interpretaciones equivocadas que puedan traducirse en un grave perjuicio para los menores.

3) Forma del convenio de delegación responsabilidad parental. Instrumentación por escritura pública.

El artículo 643 no establece formalidad alguna para la instrumentación del convenio de delegación de responsabilidad parental; pero de una lógica interpretación de la norma en análisis, puede entenderse que aquel deberá realizarse mínimamente por escrito, pues de lo contrario no podría presentarse al juez para su homologación³¹.

En consecuencia, las partes podrán optar entre el instrumento privado y el instrumento público; recomendándose entre ellos la escritura pública, debido a que esta otorga fecha cierta y un valor probatorio superior³². Asimismo, la intervención del notario dotará de autenticidad y seguridad jurídica al acto; y su facción protocolar garantizará la conservación documental en el tiempo, lo que permitirá la expedición de segundas o ulteriores copias³³.

²⁹ COSOLA, Sebastián J., ob. cit., pag. 561.

³⁰ COSOLA, Sebastián J., ob. cit., pag.570.

³¹ CLUSELLAS, Eduardo G., ob. cit., pag.19.

³²ABELLA, Adriana, "Responsabilidad Parental", *Revista Notarial N°980*, 2016, pag.31.

³³ CLUSELLAS, Eduardo G., ob. cit., pag.19.

Sin embargo, no puede dejarse de lado que para muchas personas los costos de una escritura pública resultan difíciles y/o imposibles de afrontar; es por este motivo que se considera oportuno realizar convenios con los distintos organismos administrativos a los efectos de reducir los gastos (por ejemplo eliminando o reduciendo los sellados), lo que permitiría al notario poder cumplir con su rol social y que las personas no se vean impedidas de acceder a sus servicios solamente por un motivo económico.

4) Menores adolescentes: su comparecencia al acto de instrumentación.

El artículo 643 del Código Civil y Comercial dispone que, para homologar el convenio de delegación de responsabilidad parental, deberá oírse necesariamente al hijo³⁴; reconociendo de esta manera a los menores de edad como sujetos de derecho y teniendo en cuenta el interés superior del niño junto con su autonomía progresiva, gradual, y escalonada.

De esta manera, el Código Civil y Comercial reconoce y se hace eco de los avances en la relación de los hijos con sus padres; siendo este el motivo de que el lenguaje simbólico sufriera una modificación, pasando de una noción de “potestad” o “poder” a una de “responsabilidad parental”; pues en la realidad de los hechos no existe un poder absoluto de los progenitores sobre sus hijos, ni una absoluta dependencia de estos con aquellos; sino, que por el contrario, lo que los padres tienen es un cúmulo de responsabilidades a los efectos de satisfacer el interés superior del niño.

Si bien es cierto que los menores mientras menos años de vida tengan, más necesitaran de sus padres o de sus representantes legales; a medida que aquellos vayan creciendo y su capacidad aumente, disminuirán las facultades de estos últimos³⁵; preparándose de esta manera para la vida adulta. Esta capacidad progresiva que se les

³⁴NOTRICA, Federico P. y RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana I., *Responsabilidad parental. Algunos aspectos trascendentales a la luz del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Saldando viejas deudas*, (13/11/2020), disponible en: <http://www.saij.gob.ar/federico-notrica-responsabilidad-parental-algunos-aspectos-trascendentales-luz-codigo-civil-comercial-nacion-saldando-viejas-deudas-version-actualizada-modificaciones-introducidas-codigo-civil-comercial-nacion-dacf150755-2015-07/>

³⁵ MALUF MARTÍNEZ, Melina, *Nuevos retos que plantea el Código Civil y Comercial Argentino en materia de validez de los actos y contratos celebrados por menores de edad*, Cita: MJ-DOC-14847-AR MJD14847

reconoce, no es sólo para el ejercicio de sus derechos, sino también para cumplir con sus obligaciones; es decir que, mientras más cerca estén de la adultez, no solo se les concederán mayores facultades, sino que serán paulatinamente responsables de sus actos, debiendo hacerse cargo de las consecuencias que ellos conllevan.

Por otro lado, y en lo que respecta al notario, debe destacarse que su función no se reduce a la dación de fe respecto a los negocios jurídicos que ante él se celebran, ni a otorgarles la estructura jurídica requerida para su validez formal, sino que se completa además con el deber escuchar e interpretar la voluntad de las partes, a los efectos de asesorarlas y evitar posibles litigios.³⁶

La delegación de la responsabilidad parental no escapa a los mencionados principios; y es por este motivo que, en caso de emplearse la escritura pública como forma de instrumentación, se recomienda la comparecencia de los menores adolescentes(aquellos que tienen entre 13 y 18 años de edad), al acto de escrituración³⁷.

De esta manera, el notario debería tener una audiencia con el adolescente; quien se encuentra facultado para expresar su deseo y elegir con quien quiere compartir su vida; pues la ley le atribuye discernimiento para ejercer sus derechos y ejecutar sus actos en base a su grado de madurez, desarrollo y edad³⁸. De todos modos, cualquiera sea la edad del hijo, este será citado ante el juez en ocasión de la homologación judicial del acuerdo³⁹.

No obstante ello, no se puede negar que para el notario será un enorme desafío llevar a cabo esta tarea, debido a que por años se ha considerado al menor como un sujeto incapaz, sin voz ni voto; y era común que ante la presencia de un niño, se lo anulara totalmente, otorgando plena participación a sus progenitores.

Sin embargo, y aunque resulte incomodo reconocer que en algunos casos los

³⁶ Tribunal Superior Ciudad Autónoma de Buenos Aires, F., R.D., 23/05/2006, La Ley, 2006, D, 621. (citado por MOISSET de ESPANES, Luis y MARQUEZ, José F., "Nulidad de escrituras públicas. Responsabilidad del Escribano", *Revista Notarial N°897*, pag. 293.)

³⁷ CLUSELLAS, Eduardo G., ob. cit., pag.19.

³⁸ HERRERA, Sabrina, *El rol jurídico de los menores en la actualidad*, Cita: MJ-DOC-14931-AR MJD14931.

³⁹ CLUSELLAS, Eduardo G., ob. cit., pag.19.

menores puedan comparecer y manifestar su voluntad en una notaría⁴⁰; no se les puede negar su derecho a ser oídos y a que se les brinde una solución justa y oportuna a su situación particular. Ello no implica en modo alguno igualarlo a las personas mayores de edad; además la presencia de menores de edad requiere de mayor cautela.

En este sentido, será una responsabilidad y compromiso del notario llevar a cabo una audiencia con el adolescente, en un clima de total libertad, y en el que necesariamente su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez⁴¹; debiendo escuchar sus palabras, sus pensamientos, sus emociones; es decir, reconocerlo nada más y nada menos como sujeto de derecho, y en base a ello brindarle toda la información y asesoramiento necesarios para que pueda tomar una decisión que favorezca a su interés superior. Asimismo, y a los efectos de proteger los derechos del adolescente, el notario deberá también considerar el contexto en el que se encuentra, su realidad social, el ambiente en el que vive, su familia, la educación, la situación económica, etcétera.

Ahora bien, este derecho a ser oído, con el que cuenta el menor, es un principio de raigambre constitucional-internacional, pero en modo alguno implica la obligación de fallar conforme a lo que ellos expresen, debido a que puede ocurrir que lo manifestado no sea lo mejor para su interés superior⁴²; es decir que, su opinión no será determinante o vinculante para resolver el caso concreto.

⁴⁰CÓRDOBA, María M., “¿Pueden los niños otorgar poderes? Algunas reflexiones en torno a la competencia procesal de los adolescentes en el Código Civil y Comercial”, *Revista Notarial N°920*, 2015, pag. 179.

⁴¹ NOTRICA, Federico P. y RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana I., *Responsabilidad parental. Algunos aspectos trascendentales a la luz del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Saldando viejas deudas*, (13/11/2020), disponible en: <http://www.saij.gob.ar/federico-notrica-responsabilidad-parental-algunos-aspectos-trascendentales-luz-codigo-civil-comercial-nacion-saldando-viejas-deudas-version-actualizada-modificaciones-introducidas-codigo-civil-comercial-nacion-dacf150755-2015-07/>

⁴² MEDINA, Graciela, ob. cit. pag. 94.