
Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana*

» MARISA HERRERA** Y FABIOLA LATHROP***

RESUMEN: La Convención sobre los Derechos del Niño ha tenido impacto reformador en las legislaciones latinoamericanas. Las relaciones entre progenitores e hijos no han estado al margen de esta renovación legal. Sin embargo, el desarrollo habría sido bastante dispar, al menos en lo que atañe a la figura de la responsabilidad parental. Son pocos los Estados que han introducido modificaciones sustanciales en el régimen jurídico de las relaciones entre padres e hijos. Otros se habrían quedado a mitad de camino y un tercer grupo, que aún no habría tomado nota de los avances que incentiva dicha herramienta legal internacional, tendría una deuda pendiente con los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. ¿Qué Estados han cumplido con dicho mandato, cómo y en qué sentido para estar acorde con los postulados de la Convención? Este es el

* Este trabajo es una versión traducida y actualizada de M. Herrera y F. Lathrop, "Parental responsibility: A comparative study of Latin American legislation", *International Journal of Law, Policy and the Family*, Oxford, o, 1-18, 2016. doi: 10.1093/lawfam/ebw010. Fecha de recepción: 9 de febrero de 2017. Fecha de aceptación: 22 de mayo de 2017. Para citar el artículo: HERRERA, M. y LATHROP, F., "Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 32, enero-junio de 2017, 143-173. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n32.06>

** Doctorado en Derecho por la Universidad de Buenos Aires; investigadora del CONICET (Comisión Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Argentina); profesora adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina; profesora titular de Derecho de Familia, Universidad de Palermo, Buenos Aires, Argentina. Contacto: marisaherrera12@gmail.com

*** Doctorado en Derecho por la Universidad de Salamanca; profesora asociada de Derecho Civil de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile. Contacto: flathrop@derecho.uchile.cl

interrogante clave que atraviesa este estudio contemporáneo sobre la figura de la responsabilidad parental en América Latina.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, derechos de niños y adolescentes, responsabilidad parental, derecho comparado, América Latina.

Parent-child Relationships in Latin-American Legislation

ABSTRACT: The Convention on the Rights of the Child has had a reforming impact on Latin American legislation. Relations between parents and children have not been outside this legal renewal. The development would have been quite uneven; at least that is what happens with the figure of parental responsibility. Few States that have introduced substantial changes in the legal regime of parent-child relationships. Others who would have stayed halfway and a third group, who had not yet noted the progress of this international legal tool, observing a pending debt to the human rights of children. Which states have complied with this mandate, how and in what sense to be in accordance with the postulates of the Convention? This is the key question that transversalizes this contemporary study on the figure of parental responsibility in Latin America.

KEYWORDS: Human Rights, rights of children and adolescents, parental responsibility, Comparative Law, Latin America.

SUMARIO: Introito. I. El lenguaje no es neutro: ¿patria potestad, autoridad parental o responsabilidad parental? II. Concepto y contenido. III. Titularidad y ejercicio en situaciones de convivencia entre los progenitores. IV. El ejercicio de la responsabilidad parental en casos de separación. A. Precisiones previas. B. Sobre el derecho-deber de comunicación. C. Algunos cambios sustanciales en el abordaje de la responsabilidad parental ante las situaciones de ruptura. Conclusiones. Bibliografía.

Introito

Recuperada la democracia en varios países latinoamericanos¹, los ordenamientos jurídicos intentaron ponerse a tono con los tratados internacionales de derechos humanos que habrían venido a subvertir ciertos principios y reglas sobre los cuales se edificaron las legislaciones en general, siendo una de las más impactadas la vinculada de manera directa con el derecho de familia.

.....
 1 En este artículo se analiza la legislación de los siguientes países, por orden alfabético: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

La gran mayoría de los Estados latinoamericanos –con mayor o menor desarrollo legislativo– han pasado de un modelo patriarcal con criterios legales hermenéuticos propios de los códigos civiles del siglo XIX a uno producto de la interpretación y, en consecuencia, reconstrucción de estos, para estar a tono con sistemas sociales y familiares más democráticos. En este marco, se produjeron reformas legales de enorme trascendencia en diferentes ámbitos del derecho de familia, como la filiación, el divorcio, la violencia intrafamiliar y de género, la protección psico-socio-jurídica de la infancia y la justicia familiar, entre otras. Este proceso se llevó a cabo gracias al influjo de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante, la Convención) y, en menor medida, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer². Varios de los principios de derechos humanos que emanan de ambos instrumentos legales habrían puesto en crisis las regulaciones clásicas y existentes en el campo de las relaciones de familia, como por ejemplo: la condición de los niños³ como sujetos de derecho, y como derivado de ello, el principio de autonomía progresiva, enmarcados ambos en el principio rector del interés superior del niño⁴; la preservación de los vínculos o lazos familiares y el respeto a la vida familiar e igualdad y no discriminación⁵, por destacar los más elocuentes

-
- 2 Cabe recordar que su artículo 16 señala: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: [...] d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”.
 - 3 A modo de aclaración general, no se desconocen los avances que se han logrado en el campo del lenguaje escrito a los fines de ampliarlo y pluralizarlo desde la perspectiva de género utilizándose el símbolo @ o la x. Aquí se utiliza de manera tradicional el masculino solo para facilitar la lectura.
 - 4 Amplísima es la bibliografía existente en torno a este principio rector; solo a modo de ejemplo se trae a colación la Observación General n.º 14 sobre el “derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial” (art. 3, párr. 1) de 2013. Aquí se expone de manera clara que la expresión “interés superior del niño” abarca tres dimensiones: a) es un derecho sustantivo al tener que evaluarse y sopesar “distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general”; b) es un principio jurídico interpretativo fundamental, y c) constituye una norma de procedimiento, por lo cual “siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto 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” (en: http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf Consultada el 24 de enero de 2017).
 - 5 Centrándose en el ámbito regional latinoamericano, cabe destacar que todos estos principios han sido desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A modo de síntesis, en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, de 2012, dicha Corte señaló: “La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo ‘tradicional’ de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera

que habrían puesto en crisis las regulaciones clásicas y existentes en el campo de las relaciones de familia.

En lo que concierne a la relación jurídica entre progenitores e hijos, conocida de manera contemporánea como “responsabilidad parental”, el derecho de familia latinoamericano se ha concentrado, principalmente, en los efectos derivados de la ruptura de la pareja (matrimonial o no) en los hijos: alimentos, cuidado personal y régimen de comunicación. De manera crítica, se puede afirmar que no existe un fuerte desarrollo dogmático ni jurisprudencial sobre el concepto y los principios propios de esta institución, y en lo que respecta a su contenido –en particular, lo relativo al cuidado de los hijos– suele haber confusión en varios ordenamientos jurídicos en torno a qué actos comprometen o se derivan de dicho cuidado⁶. De este modo, el régimen jurídico de la responsabilidad parental en la región presenta algunas similitudes, pero también importantes diferencias, como se verá en el presente ensayo.

Salvo algunas excepciones, se observaría una aproximación atomizada de la responsabilidad parental a propósito de intereses específicos de algunos grupos, como son el reconocimiento de nuevas identidades y formas de parentalidad⁷, en absoluta coherencia con el lugar de relevancia que están ocupando en la agenda pública los derechos de las minorías⁸.

del matrimonio” (*Caso Atala Riffó y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C n.º 239, párr. 142). Esta consideración se amplió en el caso *Fornerón e hija vs. Argentina*, de 2012, al agregar: “no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas” (*Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C n.º 242, párr. 98).

- 6 Cabe señalar que el caso argentino constituye la excepción en nuestro continente. Este país cuenta con un código civil y comercial de la Nación que ha entrado en vigencia el 1.º de agosto de 2015 y que introduce modificaciones sustanciales en el campo del derecho de familia, infancia y adolescencia.
- 7 Ver ESPEJO, N. “Transplanting parental responsibility in Latin America”, conferencia dictada en el International Colloquium on Parental Responsibility: Comparative Perspectives, celebrado en el Kellogg College, Oxford University, 23 y 24 de septiembre de 2014.
- 8 Nuevamente a modo de ejemplo, cabe recordar la cantidad de países que van acogiendo la figura del “matrimonio igualitario”, es decir, ampliando la institución del matrimonio a las parejas del mismo sexo. En orden cronológico, el primer país que permitió a una pareja del mismo sexo contraer matrimonio fue Holanda, en el año 2001, seguido de Bélgica en el 2003, Canadá y España en el 2005, Sudáfrica en el 2009, Noruega y Suecia en el 2009; al igual que en Argentina, en el 2010 se sumaron Portugal e Islandia y, posteriormente, Dinamarca en el 2012, Uruguay, Francia y Nueva Zelanda en el 2013; el Reino Unido, integrado por Inglaterra, Gales y Escocia, durante el 2013 y el 2014, Luxemburgo en el 2015 y Eslovenia en el 2015, mientras que en Finlandia la legislación respectiva se adoptó para entrar en vigor en el 2017. Asimismo, cabe señalar que en breve se estaría sumando Taiwán, que sería el primer país asiático en consagrar la unión legal entre personas del mismo sexo (ver: <http://www.telam.com.ar/notas/201610/168867-matrimonio-igualitario-taiwan.html> Consultado el 18 de diciembre de 2016). Grupo de legislaciones a las que se deben agregar Estados Unidos, Brasil y Colombia

En general, no existe una concepción integrada sobre los principios que deberían regular las relaciones de familia, incluidas las existentes entre progenitores e hijos⁹. La dogmática jurídica sobre la responsabilidad parental no ha sido capaz de establecer cuáles son los principios sobre los cuales debería estructurarse su régimen jurídico aprovechando el lugar de relevancia y protagonismo asumido por la Convención. ¿Acaso este instrumento legal internacional de tal envergadura no es hábil para redefinir el concepto y contenido de las relaciones entre progenitores e hijos tomándose como punto de partida los principios centrales que emanan de dicha normativa central?

Aquí se destaca una fuerte carencia teórica con claros efectos prácticos que es necesario destacar en esta oportunidad. Probablemente ella se deba al dilema que deben enfrentar varios países de la región en cuanto a la falta de regulación de ciertos tópicos que han superado los paradigmas tradicionales y que no habrían encontrado hasta la actualidad un espacio en la legislación interna, como serían: la responsabilidad parental ejercida por progenitores del mismo sexo; la figura del *step-parent* en el contexto de la familia ensamblada¹⁰; los desafíos que plantean las filiaciones no biológicas –en especial, las derivadas del uso de las técnicas de reproducción asistida en el marco de una pareja del mismo sexo de mujeres en la que una es la que da a luz y la otra aporta o no su material genético pero el niño es criado por ambas–; y todo lo relacionado con el ejercicio de ciertos derechos por los hijos menores de edad que cuentan con edad y grado de madurez suficiente de conformidad con el principio de autonomía progresiva, lo que implica revisar conceptos jurídicos clave en el derecho civil con alto impacto

por decisión judicial, e Irlanda en el año 2015 por referéndum popular. Sin perder de vista la situación chilena, en donde se destaca el acuerdo amistoso alcanzado –por iniciativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos– entre el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH) y el Estado chileno, acuerdo en el que, entre otras cuestiones, se convino iniciar un proceso de debate público a los fines de redactar un proyecto de ley de matrimonio igualitario para presentarlo al Congreso dentro del primer semestre de 2017 (se trata del Caso P-946-12 de 11 de junio de 2016, disponible en: <http://www.movilh.cl/documentacion/2016/Acuerdo-MOVIH-Estado.pdf> Consultado el 10 de enero de 2017).

- 9 Ha contribuido a ello el proceso de constitucionalización del derecho, pues constituye un fenómeno que ha dotado de coherencia al derecho de familia; sin embargo, su aceptación no es unánime en nuestro continente. Ha alcanzado gran desarrollo en la doctrina argentina (GIL DOMÍNGUEZ, A.; FAMÁ, M. V. y HERRERA, M. *Derecho constitucional de familia*, t. 1, Buenos Aires, Ediar, 2006). En Chile cuenta con defensores (Schmidt, C. “La constitucionalización del derecho de familia”, en MARTINIC GALETOVIC, M. D. y TAPIA RODRÍGUEZ, M. (dirs.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro*, t. II, Santiago, LexisNexis, 2005, 1235-1244) y detractores (CORRAL, H. “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado”, 2004, disponible en: <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/05/constitucionalizaciond-privado.pdf> Consultado el 7 de octubre de 2015).
- 10 No se ha desarrollado el concepto de “nuevas parentalidades” que llama a hacer la distinción entre ser un progenitor (parentesco reconocido en un vínculo legal) y desarrollar o cumplir las funciones parentales. Ver BAINHAM, A. “Is anything now left of parental rights?”, en GILMORE, S.; HERRING, J. y PROBERT, R. *Responsible parents and parental responsibility*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2009, 23-42.

en el derecho de familia, como lo es el de capacidad civil y representación legal con fuerza en el campo de los derechos personalísimos¹¹.

Es sabido que al suscribir la Convención durante los años noventa, el interés superior del niño se erigió como eje rector. En esta línea, la protección del derecho del niño a ser oído¹² y el respeto por su autonomía progresiva¹³ han sido recogidos de forma prácticamente unánime en los textos de las legislaciones internas que tuvieron por finalidad reforzar y adecuar a la idiosincrasia de cada Estado dicha Convención. Se trata de leyes que si bien han pretendido afianzar la perspectiva de derechos humanos de niños y adolescentes en los ámbitos nacionales, no siempre han tenido plena aceptación y guardado coherencia con las legislaciones civiles (ya sean códigos civiles o códigos de familia, según la estructura normativa que se siga). Es decir, las leyes civiles suelen ser más tradicionales, conservadoras y, por ende, refractarias a concepciones más modernas y amplias como las nociones de autonomía progresiva¹⁴ y coparentalidad¹⁵. Este verdadero “choque de cultura legislativa” entre leyes de protección integral de infancia y

-
- 11 En cuanto a esta última cuestión, Paraguay presenta una norma sobre educación y salud sexual de los adolescentes que obliga especialmente a la familia a garantizar los servicios y programas de salud y educación sexual integral del niño y del adolescente (art. 14 c. de la niñez y la adolescencia).
- 12 En general, en aspectos de la crisis matrimonial o de pareja existe un mandato legal que exige escuchar al niño y tomar debidamente en cuenta su opinión. En este sentido, la norma suele hacer referencia a la edad y el grado de madurez del niño (Chile, art. 242 c. c.; Paraguay, art. 93 c. de la niñez y la adolescencia; Perú, art. 81 c. de la niñez y de la adolescencia). En todo caso, algunas legislaciones fijan edades determinadas, como la legislación ecuatoriana, que establece que la opinión de los menores de *doce años* debe ser valorada por los jueces, en consideración a su grado de desarrollo; y que la opinión de los *adolescentes* es obligatoria para el juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral (art. 106 inc. final c. de la niñez y adolescencia). Los resaltados han sido añadidos.
- 13 Las legislaciones de la región han introducido de manera más o menos explícita el principio de autonomía progresiva. Así, por ejemplo, el artículo 222 c. c. chileno establece: “La preocupación fundamental de los padres (progenitores) es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo *conforme a la evolución de sus facultades...*”. Destaca en la región la norma brasileña que distingue los conceptos de representación y asistencia por parte de los progenitores en el acceso a la justicia, en función de las edades de los hijos (art. 142 Estatuto del Niño y del Adolescente).
- 14 Artículo 5 de la Convención: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.
- 15 La coparentalidad autoriza a mantener vínculos con ambos progenitores tanto durante como tras la ruptura de la unión entre los adultos; emana del artículo 18 de la Convención: “1. Los 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 el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño...”.

adolescencia y las legislaciones de familia (reguladas dentro o fuera de códigos civiles) provocaron fuertes desajustes interpretativos provenientes de voces doctrinarias más críticas o rupturistas ante nociones y perspectivas clásicas. ¿Qué papel ha jugado la Convención en esta tensión evidente y entendible?

Precisamente, inspirados en la Convención, algunos países comenzaron a incorporar y desarrollar conceptos e instituciones más inclusivos y democráticos, abandonando el modelo románico de la “patria potestad” centrado en el poder del padre varón sobre la mujer y los hijos. Transcurridas casi tres décadas de la Convención, subsisten reminiscencias de esta figura que impiden o dificultan interpretaciones acordes a aquella. Ejemplo de ello es el código civil chileno que contempla de manera inespecífica que, “cuando sea necesario para el bienestar del hijo, los padres podrán solicitar al tribunal que determine sobre la vida futura de aquel por el tiempo que estime más conveniente”¹⁶.

Desde la perspectiva opuesta, la reforma integral de la legislación civil argentina vigente desde el 1.º de agosto de 2015, que regula las relaciones de familia en su Libro Segundo, constituye una excepción, siendo una regulación más actual y coherente con los postulados y principios que emanan de la Convención. De allí que se le otorgue un lugar de relevancia dentro del presente análisis comparado del derecho latinoamericano.

Otro claro ejemplo de legislaciones atrasadas y en contradicción con la Convención son aquellas que mantienen el castigo corporal como modo de vinculación vertical y autoritaria entre progenitores e hijos, como el código de familia de El Salvador cuyo artículo 215, referido a la “Corrección y orientación”, expresa en su primera parte: “Es deber del padre y de la madre corregir adecuada y moderadamente a su hijos y auxiliarse, en caso necesario, de profesionales especializados o de los servicios de orientación sicopedagógica a cargo de centros educativos o entidades de protección de menores o de la familia”.

A continuación se pasa a analizar cuál es el panorama legislativo sobre los principales tópicos que conforman la responsabilidad parental en los doce sistemas jurídicos nacionales seleccionados, a los fines de llevar adelante un estudio comparado y, a la par, conocer el grado de desarrollo legislativo –más o menos cercano a la Convención– que se observa en la región¹⁷. Básicamente, nos detendremos en los siguientes aspectos: denominación; concepto y contenido; titularidad y ejercicio, focalizándonos en especial en las situaciones de ruptura o separación de los adultos.

A los fines de profundizar la mirada crítica sobre la responsabilidad parental es necesario, como punto de partida, tener en cuenta los siguientes dos elementos básicos: 1) la mayor complejidad del entretejido social que involucra, entre

16 Art. 234 inc. tercero.

17 Las normas sobre responsabilidad parental se ubican, mayoritariamente, en códigos de familia y/o códigos de la infancia y de la adolescencia; y, en segundo lugar, en leyes especiales.

otras cuestiones, el aumento en la perspectiva de vida, la inserción de la mujer en el mercado laboral, los cambios sustanciales en roles y funciones, y la mayor amplitud de configuraciones familiares; y, 2) la consolidación de ciertos valores democráticos de incidencia directa en las relaciones de familia, como el principio de igualdad y no discriminación, el que involucra la mayor horizontalidad en los vínculos afectivos y la participación –visibilidad– de todos sus integrantes teniendo en cuenta el grado de desarrollo psico-cognitivo en protección de cada uno de ellos. Una revisión democrática de la responsabilidad parental implica, de por sí, revalorizar lo individual o los sujetos en relación con lo familiar. En otros términos, se trata de salirse de la lógica ancestral y de la supuesta contradicción entre autonomía de la voluntad (individual) y orden público (lo social familiar), y reconvertirla en un conectivo; es decir, se trata de proteger la autonomía y libertad de cada uno de los integrantes del grupo familiar, aceptando su individualidad sin perjudicar ni perder de vista los principios de responsabilidad y solidaridad familiar.

Esta labor deconstructiva y reconstructiva a la luz de la doctrina internacional de los derechos humanos bajo el manto de la Convención es útil para profundizar y actualizar el estudio sobre una figura clásica del derecho de familia. ¿Cuáles son las principales tensiones y desafíos que enfrenta la relación jurídica entre progenitores e hijos a la luz del denominado “derecho de las familias”, como consecuencia obligada de la actual e indiscutible “constitucionalización del derecho de familia”¹⁸, como se le dice a la mirada del derecho de familia desde el vértice de todo ordenamiento jurídico estadual –la Constitución– impregnada por la fuerza y consolidación de la aludida doctrina internacional de los derechos humanos? A la par, se pretende brindar un panorama legislativo a nivel regional que permita observar el mayor o menor grado de adecuación legislativa nacional a la Convención y tomar conciencia sobre cuáles son los principales aspectos que desafían hoy a la dogmática latinoamericana en la materia.

I. El lenguaje no es neutro: ¿patria potestad, autoridad parental o responsabilidad parental?

Las legislaciones latinoamericanas muestran una variedad de denominaciones para referirse al régimen jurídico que rige las relaciones entre progenitores e hijos. Diferente es lo que acontece en el contexto europeo, en donde el concepto de “responsabilidad parental” –proveniente de la *Children Act* de 1989 del de-

18 Ver, entre tantos otros, GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; FAMÁ, MARÍA VICTORIA y HERRERA, MARISA, *Derecho constitucional de familia*, Buenos Aires, Ediar, 2006; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “Capítulo introductorio”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA; HERRERA, MARISA y LLOVERAS, NORA, *Tratado de derecho de familia*, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, 9 ss.; HERRERA, MARISA, NATALIA DE LA TORRE y SILVIA FERNÁNDEZ (colab.), *Manual de derecho de las familias*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2015; entre tantos otros.

recho inglés– se encuentra generalizado¹⁹. Si bien algunos países han replicado la noción de “responsabilidad parental” –como Colombia²⁰ y Argentina²¹–, en general, los códigos civiles o de familia latinoamericanos continúan refiriéndose a la “patria potestad” –como sucede en Uruguay²², Ecuador²³, Paraguay²⁴, Perú, Venezuela²⁵ y Chile²⁶– o a la “autoridad parental” –como acaece en Bolivia²⁷ y El Salvador²⁸.

Si bien existen legislaciones que han introducido principios modernos como el de igualdad parental o corresponsabilidad parental, no han modificado la denominación de algunas instituciones. Ello sucede en el código de la niñez y adolescencia ecuatoriano²⁹ y el código civil chileno reformado en 2013^[30]. De esta forma, aún existen en estos países la “patria potestad” y otras instituciones del

-
- 19 El Comité de Expertos de Derecho de Familia (CJ-FA) del Consejo de Europa reconoce la relación legal que existe entre un progenitor y un hijo con el término “*parental responsibility*”. Al mismo tiempo, la Comisión Europea de Derecho de Familia (CEFL) ha promovido desde 2007 los principios del derecho de familia europeos que, salvo algunas diferencias con la legislación de Inglaterra y Gales, define la responsabilidad parental en términos muy similares a la *Children Act* de 1989, Section 3.1: “*all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property*” (todos los derechos, deberes, poderes, responsabilidades y autoridad que son concedidos a los progenitores respecto de un hijo, en relación a su persona y sus bienes).
- 20 El artículo 14 del código de la infancia y la adolescencia utiliza esta denominación. Sin embargo, el artículo 288 c. c. colombiano continúa hablando de “patria potestad”.
- 21 Arts. 638 ss. c. c. y co.
- 22 Art. 30 c. de la infancia y la adolescencia.
- 23 Arts. 104 ss. c. de la niñez y la adolescencia.
- 24 Arts. 70 ss. c. de la niñez y la adolescencia.
- 25 Arts. 347 ss. Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.
- 26 En Bolivia se utilizan las palabras “autoridad de la madre, del padre o de ambos” en el artículo 35 del código de las familias y el proceso familiar. En Brasil se habla de “poder familiar” en los artículos 1.630 y siguientes c. c. La expresión “poder familiar” fue introducida en Brasil por la Ley 12.010 de 2009; excepcionalmente, su Ley 8.069, de 13 de julio de 2009, utiliza la expresión “responsabilidad parental”.
- 27 Capítulo Primero del Título IV, denominado “Autoridad de la madre, del padre o de ambos”, del código de las familias y proceso familiar aprobado en 2014.
- 28 Título II, “De la autoridad parental” (arts. 206 a 246 c. de familia).
- 29 El caso de Ecuador es paradigmático en cuanto a la superposición de conceptos. Esta legislación adopta el concepto de “corresponsabilidad parental” (art. 100 código de la niñez y adolescencia) pero mantiene la “patria potestad” como institución (arts. 104 ss. c. de la niñez y adolescencia).
- 30 El artículo 224 c. c. consagra la corresponsabilidad parental; sin embargo, los artículos 243 y siguientes hablan de “patria potestad”. El nuevo código civil y comercial argentino ha abandonado el concepto de “patria potestad” para reemplazarlo por el de “responsabilidad parental”. Sin embargo, cierta legislación especial continúa utilizando el concepto anterior. En todo caso, ya antes de la entrada en vigencia del nuevo código se criticaba que la Ley 26.061 de 2005 –de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes– hubiese reiterado el concepto de “patria potestad”, por ser impropio de una ley de protección integral de la infancia y la adolescencia. Ver MINYERSKI, N. y HERRERA, M. “Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061”, en GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO (comp.), *Protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes*, Buenos Aires, Fundación Sur Argentina y Editores del Puerto, 2008, 43-70.

derecho de familia que no han sido derogadas o “re-leídas” a la luz de la Convención, con las consiguientes antinomias que ello produce.

En la vereda contraria se encuentra la reciente legislación argentina que modificó de manera integral y sustancial todo el sistema legal civil, en el que las relaciones de familia han tenido un gran protagonismo dado el tenor y grado de modificaciones incorporadas. Dentro del Libro Segundo, focalizado en las “Relaciones de familia”, su Título VII se dedica a la “Responsabilidad parental”. A la par, cabe destacar que Argentina fue el primer país en América Latina en admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo al sancionar la Ley 26.618 en el año 2010. Esta normativa fue clave para presionar sobre la necesidad de adecuar su legislación civil a este cambio estructural que posibilitaba, desde el plano jurídico, que un niño pudiera tener dos madres o dos padres. Por ello el nuevo código civil y comercial de la Nación (en adelante, CCyC) alude de manera neutra al concepto de “progenitores” –el mismo que se utiliza en el presente ensayo–, evitando referencias al sexo –como “madre” para la mujer y “padre” para el varón. Y en igual sentido en las relaciones de pareja, al acogerse el término “cónyuge” en lugar de “esposa” o “esposo”. En esta misma línea se dejó de hablar de presunción de “paternidad matrimonial” para pasar a decir presunción de “filiación matrimonial”; así, se presume que el cónyuge de quien da a luz es el otro progenitor por determinación legal derivada del matrimonio, sin importar que el matrimonio sea conformado por una pareja de igual o diferente sexo³¹. De lo contrario, los hijos nacidos en el marco de un matrimonio conformado por personas de diverso sexo tendrían doble vínculo filial y no así los nacidos de un matrimonio conformado por dos personas del mismo sexo, incurriéndose en una abierta violación del principio de igualdad en perjuicio de los hijos en familia homoparentales.

Por último, en materia de denominaciones, un término que también hace tiempo es puesto en crisis es el de “menores”. Es sabido que las personas menores de edad son sujetos de derechos y, como tales, no son “menos” que ningún adulto. Por el contrario, tienen los mismos derechos que todo adulto más un *plus* de derechos derivados de la situación de vulnerabilidad y especialidad que los rodea. De allí que varias legislaciones específicas sobre este grupo etario utilicen los términos “niños” o “crianças”³², de conformidad con las denominaciones que adopta la Convención. Una vez más se observa cómo los textos legislativos específicos dedicados a la niñez y la adolescencia más contemporáneos utilizan un lenguaje más moderno y acorde con la Convención que las legislaciones civiles o de familia, más antiguas y que continúan focalizadas en la noción de “menores”.

La excepción por incidencia directa del principio de autonomía progresiva es la legislación argentina, cuyo código civil y comercial diferencia entre “niños” y “adolescentes”. El primer término está reservado para las personas menores

31 Ver HERRERA, M. *Manual de derecho de las familias*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2015, 406-407.

32 *Estatuto da Criança e do Adolescente*.

de edad hasta los 13 años, y el segundo para quienes se encuentran en la franja entre 13 y 18 años de edad³³. Al respecto, algunos países de la región siguen esta clasificación y en otros, por el contrario, la edad divisoria se encuentra en los 12 años. Esta última postura legislativa es seguida por varios países, entre ellos Bolivia³⁴, Brasil³⁵, Colombia³⁶, Ecuador³⁷ y Perú .

II. Concepto y contenido

La responsabilidad parental es definida en América Latina como el conjunto de *derechos y deberes* que la ley atribuye a los progenitores en cuanto a la persona y los bienes de sus hijos menores de edad³⁸. Solo Colombia, de manera llamativa, restringe la definición a *derechos* y define responsabilidad parental como “un *complemento* de la patria potestad establecida en la legislación civil”³⁹, y por lo tanto subsume la primera bajo la segunda como si fuera una relación de género y especie. De este modo, la responsabilidad parental sería sinónimo de lo que se conoce como “tenencia”, “cuidado personal” o “tuición” en otras legislaciones de la región, y no del género, es decir, la figura que nuclea todas las relaciones jurídicas de carácter civil que se derivan del vínculo entre padres e hijos.

El contenido de la responsabilidad parental también sufre algunas variaciones en las distintas legislaciones del continente latinoamericano. Si bien en la amplia mayoría se integra por relaciones personales (cuidado, comunicación, alimentos, representación) y patrimoniales (usufructo o renta, administración y disposición de bienes de los hijos), no en todos es así. Por ejemplo, en Chile subsiste el concepto de “patria potestad” en referencia a la administración de los bienes del hijo y la representación legal del mismo⁴⁰, en tanto, en lo relativo a los aspectos personales cotidianos del hijo, se utiliza el concepto de “cuidado personal”⁴¹. No existe en Chile, a diferencia de todos sus países hermanos, un instituto global que contenga la reglamentación del estatuto tanto personal como patrimonial con respecto al hijo⁴².

33 Art. 25 c. c. y co.

34 Art. 5 Código Niña, Niño y Adolescente.

35 Art. 2 Estatuto del Niño y del Adolescente.

36 Art. 3 Código de la Infancia y la Adolescencia.

37 Art. 4 Código de la Niñez y Adolescencia.

38 Art. 638 Código Civil y Comercial argentino, y artículo 252 c. c. de Uruguay, entre otros.

39 Art. 14 c. de la infancia y la adolescencia.

40 Art. 243 c. c.

41 Art. 225 c. c.

42 Una crítica de este tratamiento dual de las relaciones filiales en Chile puede verse en LATHROP, F. *Cuidado personal de los hijos. Análisis de Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia*, Santiago de Chile, Puntotex, 2005, 3-6.

Por su parte, no todos los países de la región enumeran el contenido que integra la figura de la responsabilidad parental. Perú sí lo hace al referirse a los elementos personales y patrimoniales, como son: a) velar por el desarrollo integral de los niños y adolescentes; b) proveer a su sostenimiento y educación; c) dirigir su proceso educativo y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes; d) vivir con ellos; e) representarlos en los actos de vida civil mientras no adquieran la capacidad y responsabilidad civil; y, f) administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieren⁴³. Este sendero, pero más completo, es el que adopta la legislación argentina al abrir el Título VII del Libro Segundo dedicado a la responsabilidad parental definiéndola como “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”⁴⁴. Tras ello, se explicitan los principios sobre los cuales se construye el régimen de responsabilidad, afirmándose:

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 (art. 639).

En este contexto, el artículo 646 pasa a enumerar los deberes de los progenitores en relación a los hijos: a) cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo; b) considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo; c) 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; d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos; e) respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo; y, f) representarlo y administrar el patrimonio del hijo.

III. Titularidad y ejercicio en situaciones de convivencia entre los progenitores

La titularidad de la responsabilidad parental recae en los progenitores, excepto en situaciones extremas en las que se suspende, priva o extingue, dando lugar al ingreso de otras figuras como la tutela a cargo de terceras personas que pueden

43 Art. 74 Código de los Niños y Adolescentes.

44 Art. 638.

ser familiar o no, o de manera más gravosa, a la figura de la adopción⁴⁵. Además, es sabido que se puede delegar el ejercicio de la responsabilidad parental y por lo tanto ver desmembrada la titularidad y el ejercicio⁴⁶.

La regla para determinar la titularidad depende de la relación de filiación determinada por presunción legal, reconocimiento o sentencia judicial cuando se trata de la filiación por naturaleza o biológica, y de manera más contemporánea, por voluntad procreacional debidamente exteriorizada en el correspondiente consentimiento informado cuando se trata de niños nacidos de reproducción asistida, como se regula de manera autónoma en el código civil y comercial argentino que reconoce la existencia de tres fuentes de filiación: naturaleza, adoptiva y derivada de las técnicas de reproducción humana asistida⁴⁷.

La titularidad es conjunta si está determinada la filiación con ambos progenitores, con total independencia de su estado civil, la edad o el sexo de los hijos⁴⁸. Ellos están llamados a ejercerla conjuntamente o por separado, dependiendo de si viven juntos o no. Aquí se ensambla la interacción y retroalimentación entre titularidad y ejercicio, cuestión que está presente en todos los ordenamientos jurídicos comparados.

En los supuestos de doble filiación –determinación filial con ambos progenitores– y en caso de que estos convivan, la titularidad y el ejercicio están en cabeza de ambos y solo ante la falta de acuerdo se recurre al juez. Salvo aquellos actos de suma gravedad o importancia para la vida de los hijos, como contraer matrimonio cuando son menores de edad o salir del país –en que deben contar con el consentimiento expreso de ambos–, el resto de los actos que realiza un progenitor se presume que cuentan con el consentimiento del otro.

Es también un principio unánime que cuando un progenitor fallece, está ausente con presunción de fallecimiento o padece una discapacidad severa por la cual está restringida su capacidad civil, el ejercicio de la responsabilidad pa-

45 Argentina (art. 638 Código Civil y Comercial), Uruguay (art. 30 Código de la Niñez y la Adolescencia), Ecuador (art. 283 c. c.), Paraguay (art. 70 Código de la Niñez y la Adolescencia), (art. 35 de Código de las Familias y del proceso familiar), Perú (art. 74 Código de los Niños y Adolescentes), Venezuela (art. 347 Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), Colombia (art. 288 c. c.), Brasil (arts. 1.631 a 1.633 c. c.), y Chile (arts. 222 y 243 c. c.).

46 Excepcionalmente, en casos muy particulares, es posible que un tercero pueda ejercer ciertos derechos y deberes que provienen de la responsabilidad parental (no la responsabilidad parental en bloque). Es el caso chileno, en donde el código civil (art. 226) permite al juez, en caso de inhabilidad de los progenitores, otorgar el cuidado personal del hijo a un tercero, especialmente a los ascendientes. Algo muy similar sucede en Brasil (arts. 1.583 n.º 1 y 1.584 n.º 5 c. c.), Ecuador (art. 269 c. c.) y Colombia (art. 254 c. c.). En Uruguay, los progenitores pueden acordar la entrega del ejercicio del cuidado personal a un tercero (art. 117 c. c.).

47 Artículo 558 c. c. argentino.

48 Esta es la realidad en la región, salvo en Perú. En este país, si el hijo ha sido reconocido por ambos progenitores no existiendo matrimonio entre ellos, el juez determina a quién corresponde la patria potestad, atendiendo a la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados los progenitores y, en todo caso, a los intereses del “menor” (art. 420 c. c.).

rental queda en cabeza del progenitor presente y/o capaz. Se trata de situaciones de excepción en que por diferentes razones –físicas o jurídicas– el hijo queda bajo el cuidado y el ejercicio de la responsabilidad de uno solo de los progenitores. Ello también acontece en los casos en que los niños cuentan con un solo vínculo filial en el que tanto la titularidad como el ejercicio lo ostenta el único progenitor.

La decisión legislativa novedosa es la que adopta el código civil y comercial argentino en el supuesto especial de niños que cuentan con una filiación determinada y la restante lo es por sentencia judicial derivada de una acción de reclamación filial que arroja resultado positivo. En la gran mayoría de las legislaciones de la región, el ejercicio de la responsabilidad sigue en cabeza de quien ya ostentaba de manera individual la filiación como sanción al otro progenitor emplazado por sentencia judicial. En la nueva legislación argentina ese es el principio, pero admite que el progenitor emplazado judicialmente también pueda ejercer conjuntamente con el progenitor originario y único hasta ese momento, siempre que ello sea en beneficio o interés del hijo⁴⁹. ¿Acaso un padre emplazado por sentencia que desconocía de su paternidad no podría después encariñarse y tener un buen lazo afectivo con su hijo y ejercer, en consecuencia, la responsabilidad parental de manera conjunta con la madre?

Por último, se resalta una realidad jurídica compleja que se asoma de manera incipiente en la región y pone en tela de juicio un principio básico en el campo de la filiación como lo es el “binarismo”. Nos referimos a la llamada “pluriparentalidad”, esto es, la posibilidad de que una persona posea más de dos vínculos filiales. Ello repercute de manera directa en la responsabilidad parental. En Argentina, durante el año 2015 se presentaron dos casos ante el Registro Civil referidos a niños nacidos por técnicas de reproducción humana asistida en el marco de un matrimonio conformado por dos mujeres. En ambos casos, quien aportó el material genético era amigo de la pareja, y cumplía también el rol de padre: esos niños fueron criados por estos tres adultos. Aquí, los registros civiles intervinientes hicieron lugar al reconocimiento efectuado por el hombre y emitieron una nueva partida, constando el triple vínculo filial⁵⁰.

En Brasil también se han planteado pedidos similares pero en el ámbito judicial. Un ejemplo es el fallo de la Cámara Civil Octava del Tribunal de Justicia del Estado de Río Grande, en 2015, en el que se hizo lugar al reconocimiento de

49 Art. 641 inc. e) última parte, Código Civil y Comercial.

50 Ver PERALTA, M. L. “Filiaciones múltiples y familias multiparentales: la necesidad de revisar el peso de lo biológico en el concepto de identidad”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia*, 68, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, 53-70; y HERRERA, M.; DUPRAT, C. y PELLEGRINI, M. V. “Filiación e identidad: principales desafíos del derecho filial contemporáneo en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista Código Civil y Comercial*, ed. especial, XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, La Ley y Thomson Reuters, 2015, 93-110.

multiparentalidad solicitado por un matrimonio conformado por dos mujeres y un hombre, quienes habían celebrado un “pacto de filiación”. En virtud de este pacto, los tres requirentes se comprometieron recíprocamente en todo lo relativo al ejercicio del poder familiar, derecho sucesorio, guarda, visitas y alimentos. La Cámara revocó el rechazo decidido en la instancia anterior y declaró procedente “el pedido de reconocimiento de la multiparentalidad en relación a la hija, debiendo rectificarse el registro civil, a fin de que conste también como progenitora la esposa de la madre, con inclusión de los respectivos abuelos maternos”⁵¹.

IV. El ejercicio de la responsabilidad parental en casos de separación

A. Precisiones previas

Las legislaciones latinoamericanas no distinguen claramente entre quien se ocupa del cuidado personal del niño y quien comparte su residencia habitual (salvo Venezuela que habla de “residencia”⁵²). Tampoco se indica legalmente quién o quiénes toman las decisiones de importancia relativas a la vida del hijo (que impactan su vida futura) y las cuestiones cotidianas relacionadas con su cuidado.

En la región se discute sobre la “guarda”, “tenencia” o “cuidado personal” y no sobre la “residencia” de los hijos. En Perú, por ejemplo, la responsabilidad parental es ejercida por el progenitor a quien se “confían” los hijos, mientras que el otro progenitor queda, mientras tanto, “suspendido” en el ejercicio de la responsabilidad parental⁵³. En Chile, el cuidado personal de los hijos se confía a quien “conviva” con ellos en caso de que los progenitores vivan separados⁵⁴.

Íntimamente vinculada con ello se encuentra la preferencia materna para la atribución del cuidado personal que acogen diversas legislaciones. Como punto de partida, esta regla conculca un principio constitucional-convencional básico como es el de igualdad y no discriminación en razón del sexo. Además, replica estereotipos de género fundados en un mandato de “orden natural” fuertemente anclada en el sistema legal y que se extiende al judicial cuando se deben resolver

51 Cámara Civil Octava del Tribunal de Justicia de Río Grande do Sul, L.P.R., R.C. y M.B.R. s/Acción civil declaratoria de multiparentalidad, 12 de febrero de 2015, disponible en: <http://s.conjur.com.br/dl/tj-rs-autoriza-registro-multiparental.pdf> Consultada el 3 de octubre de 2015.

52 “El padre y la madre decidirán de común acuerdo acerca del lugar de residencia o habitación de los hijos o hijas. Cuando existan residencias separadas, el ejercicio de los demás contenidos de la responsabilidad de crianza seguirá siendo ejercido por el padre y la madre” (art. 359 Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes).

53 Art. 420 c. c.

54 Art. 225 inc. tercero c. c.

conflictos de cuidado tras la ruptura de la unión. Este elemento impide una verdadera democratización de las relaciones familiares⁵⁵.

En Ecuador, si no hay acuerdo o este es inconveniente para el interés superior del niño, la “patria potestad” de menores de doce años se confía a la madre; si son mayores de doce años se confía al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que esté en mejores condiciones de prestar dedicación y ambiente familiar; y si ambos presentan iguales condiciones, se prefiere a la madre⁵⁶. En Paraguay, la preferencia materna es a favor de los hijos menores de cinco años⁵⁷; en Perú, de tres años⁵⁸ y en Uruguay, de dos⁵⁹; sin embargo, a la luz del reconocimiento del matrimonio a las parejas del mismo sexo⁶⁰, se entiende que tal preferencia materna se encontraría tácitamente derogada⁶¹.

En algunos países esta regla de preferencia convive con criterios orientadores para la atribución de la responsabilidad parental, cuidado personal y régimen de contacto. En Venezuela, en caso de desacuerdo respecto a lo que exige el interés de los hijos para la “patria potestad”, los progenitores deben guiarse por la práctica que les haya servido para resolver situaciones parecidas⁶². En Uruguay, el juez ha de tener en cuenta que el hijo debe permanecer con el progenitor con quien convivió el mayor tiempo, siempre que esto lo favorezca⁶³. En Ecuador, el juez debe regular el régimen de contacto teniendo en consideración la forma en que el progenitor ha cumplido sus obligaciones parentales, y los informes técnicos que se estimen necesarios⁶⁴.

Chile, por su parte, sigue el modelo anglosajón y otras legislaciones más recientes como la catalana del año 2010 al derogar la preferencia materna para la

55 Para una crítica de la regla de atribución preferente a la madre antes de la modificación de 2013 ver LATHROP, F. “(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno”, *Revista Ius et Praxis*, 16(2), 2010, 147-184.

56 Art. 106 Código de la Niñez y Adolescencia.

57 Art. 93 Código de la Niñez y la Adolescencia.

58 Art. 84 Código de los Niños y Adolescentes.

59 Art. 35 Código de la Niñez y la Adolescencia. Esta regla convive con el artículo 174 c. c. que establece que, salvo que el juez estime motivos graves, debe preferir a la madre como tenedora de todos los hijos menores de cinco años.

60 Según Ley 19.075 de 2013.

61 Esto ha sido sostenido por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1.º turno, sentencia n.º 166 de 2012 y n.º 0010-000825/2013.

62 Art. 349 Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

63 Art. 35 Código de la Niñez y la Adolescencia. Asimismo, en Perú, el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable (art. 84 Código de los Niños y Adolescentes).

64 Art. 122 Código de la Niñez y Adolescencia.

atribución del cuidado personal⁶⁵ y adoptar un régimen y ejercicio del cuidado personal unipersonal y compartido, siendo que el juez y los progenitores deben considerar y ponderar conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias: a) la vinculación afectiva entre el hijo y sus progenitores, y demás personas de su entorno familiar; b) la aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad; c) la contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro progenitor, pudiendo hacerlo; d) la actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular; e) la dedicación efectiva que cada uno de los progenitores procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades; f) la opinión expresada por el hijo; g) el resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar; h) los acuerdos de los progenitores antes y durante el respectivo juicio; i) el domicilio de los progenitores; y, j) cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo⁶⁶.

En esta lógica, la legislación argentina adopta como regla el cuidado personal compartido, es decir, el principio de mantener la presencia de ambos progenitores en el cuidado de su hijo tras la ruptura del vínculo de pareja, esto por considerar que este es el sistema legal que mejor responde al mandato que surge del artículo 18.1 de la Convención⁶⁷. Por su parte, clasifica el cuidado personal compartido bajo dos modalidades: indistinto o alternado. El artículo 650 aclara: “En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado”. Como se puede observar, la ley llama a preferir, ya sea a pedido de uno o de ambos progenitores o incluso de oficio, la modalidad indistinta, salvo que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo⁶⁸, al entender que este sistema es el que mejor responde al interés de los hijos por cuanto respeta la presencia y protagonismo de ambos progenitores en su vida cotidiana.

65 La Ley 20.680, de junio de 2013, modificó el artículo 225 c. c. chileno que entregaba a la madre el cuidado personal de los hijos menores de 18 años. En este mismo sentido, el nuevo código civil y comercial argentino derogó el artículo 206 c. c. anteriormente vigente, que establecía que los hijos menores de cinco años quedaban a cargo de la madre, salvo causas graves que afectaran el interés del menor. Esta última norma había sido fuertemente criticada en la doctrina de ese país por considerarla inconstitucional. Ver LLOVERAS, N. y SALOMÓN, M. *El derecho de familia. Desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Universidad, 2009, 376.

66 Art. 225-2 c. c.

67 Ver *supra* nota 15.

68 Art. 651 c. c. y co.

Incluso en los supuestos de cuidado unipersonal, el artículo 654 CCyC impone al progenitor a cargo del cuidado el deber de informar al otro sobre cuestiones atinentes a la educación, salud y otras referidas a la persona y bienes del hijo. Y cuando exista un conflicto entre los progenitores por el cuidado de los hijos, la nueva normativa civil y comercial indica a los jueces que, a los fines de resolver qué progenitor estará a cargo del cuidado del hijo, se deberá ponderar: a) la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro; b) la edad del hijo; c) la opinión del hijo; d) el mantenimiento de la situación existente y el respeto del centro de vida del hijo, aclarándose que el progenitor no custodio tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente (art. 653). Además, el artículo 656 expresa: “Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición”. De este modo, la legislación argentina se aleja de toda asignación o preferencia legal fundada en el estado civil, edad o sexo de los hijos, u orientación sexual de los progenitores, reafirmando el principio de igualdad y no discriminación fundada en diferentes “categorías sospechosas”⁶⁹, siguiéndose los lineamientos generales que provienen de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el mencionado caso *Atala Riffo y otros contra Chile* del 24 de febrero de 2012.

B. Sobre el derecho-deber de comunicación

El progenitor que no ejerce el cuidado personal tiene, fundamentalmente, un derecho de comunicación con su hijo. Se trata de un derecho bifronte, ya que también se le reconoce al hijo su derecho a mantener comunicación con el progenitor no conviviente. Este derecho se deriva de manera directa del mencionado artículo 18.1 de la Convención.

Escasas legislaciones latinoamericanas reconocen derechos adicionales a este progenitor que no ejerce el cuidado personal. Es el caso excepcional de

69 Para profundizar sobre el cambio de paradigma en la regulación de la responsabilidad parental en el régimen argentino, ver, entre otros, CATALDI, M. M. “El ejercicio de la responsabilidad parental y la noción de coparentalidad”, en HERRERA, M. y KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (dirs.), *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: filiación y responsabilidad parental*, mayo, Buenos Aires, La Ley, 2015, 127-146; FERNÁNDEZ, S. E. (2015) “La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial ¿cuánto de autonomía progresiva? Construyendo equilibrios”, en *ibíd.*, 181-196; GROSMAN, C. “Un cuarto de siglo en la comprensión de la responsabilidad parental”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia*, 66, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, 227-255; HERRERA, M., “Compartir: una idea cardinal del régimen del ejercicio de la responsabilidad parental hoy (por interpretación) y mañana (por ley)”, *Rubinzal online*, RC D 293/2014; MOLINA DE JUAN, MARIEL F., “El derecho a la coparentalidad. Una sentencia con alto impacto en el derecho familiar”, *La Ley* 2014-C, Buenos Aires, La Ley, 2014, 568.

Argentina que ya hemos mencionado⁷⁰; y de Bolivia, donde el progenitor que no ejerce el cuidado personal tiene derecho a supervigilar la educación y el mantenimiento de los hijos⁷¹. Algo similar sucede en la legislación brasileña⁷².

Por su parte, varias legislaciones de la región reconocen el derecho del niño a mantener relaciones con sus progenitores y con su familia en general luego de la separación, y a que se regule un régimen de contacto con ellos, tratándose de un verdadero derecho-deber de seguir relacionado con el progenitor no conviviente⁷³.

Desde otra óptica, el derecho de comunicación compromete el derecho a la identidad en su faz dinámica o, como se lo denomina en la doctrina y jurisprudencia brasilera, la “socioafectividad”⁷⁴. Por ello las leyes de protección integral de la región reconocen un lugar de preferencia a la familia nuclear y también a la ampliada, admitiéndose este derecho a personas con quienes no se tiene ningún vínculo jurídico de parentesco sino de pura afectividad, como las “madres de crianza”, una “madrina” o “padrino”. En Uruguay, el régimen de contacto es en orden preferencial, para progenitores, abuelos y familiares e, incluso, para otras personas que mantengan vinculación afectiva estable con el hijo si el interés de este así lo exige⁷⁵. En Ecuador, Perú y Paraguay también puede establecerse un régimen de contacto respecto de parientes y otras personas ligadas afectivamente al hijo⁷⁶.

En general, se advierte que el contenido y el modo en que se lleva a cabo este régimen de comunicación no se encuentran especificados en la ley. Sin embargo, la jurisprudencia se ha encargado de distinguir sus manifestaciones: visitas, estancias y otro tipo de comunicaciones, incluyendo las que son posibles gracias

70 Ver *supra* 5.1, sobre “precisiones previas”.

71 Art. 257 c. de familia.

72 Art. 1584 n.º 3 c. c. brasileño.

73 El derecho a mantener relación con ambos progenitores también se deriva de lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención al disponer: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres (progenitores) contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres (progenitores) o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

74 Ver LOBO, P. “Socioafetividade no direito de família: A persistente trajetória de um conceito fundamental”, en DIAS, M. B.; FERREIRA BASTOS, E., MARTINS MORAES, N. M. (coords.), *Afeto e estruturas familiares*, Belo Horizonte, IBDFAM-Del Rey editora, 2010, 453-472. Un panorama general sobre la noción de socioafectividad y, en particular, sobre la “filiación socioafectiva” se puede ver en DIAS, MARIA BERENICE, “Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos afectivos”, en http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/711/Filiaci%C3%B3n_socioactiva.pdf?sequence=1 Consultado el 4 de octubre de 2015.

75 Art. 38 Código de la Niñez y la Adolescencia.

76 Art. 106 Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, art. 90 Código de los Niños y Adolescentes de Perú, art. 95 Código de la Niñez y la Adolescencia de Paraguay.

a las nuevas tecnologías⁷⁷. Por otra parte, también sucede que en algunas ocasiones se arriba a acuerdos en los cuales se adopta un régimen de comunicación amplio y por ende, en el plano fáctico, no se observa gran diferencia con los supuestos de cuidado personal compartido. Aquí habría más una distinción jurídica y simbólica (un progenitor tiene a su cargo del “cuidado” y el otro un régimen de comunicación amplio) que en el ámbito afectivo, dada la fuerte presencia y vinculación sin limitaciones de ningún tipo de horarios, lugares, etc. entre el padre no conviviente y el niño.

Las problemáticas más complejas de este derecho-deber surgen cuando se incumple, es decir, lo relativo a su efectividad, eficacia y eficiencia de los mecanismos de protección del régimen de comunicación determinado⁷⁸. La mayoría de las legislaciones contemplan medidas de índole civil para el progenitor obstaculizador. A modo de ejemplo, la legislación chilena establece la recuperación del tiempo perdido cuando ha mediado obstaculización, y la dictación de órdenes de arresto o de multas proporcionales⁷⁹. En Perú se señala que “el incumplimiento del régimen establecido judicialmente puede sancionarse con apremios y en caso de resistencia podrá originar la variación de la tenencia”⁸⁰. En Argentina, el código civil y comercial adopta una previsión bien amplia ante el incumplimiento del régimen de comunicación al expresar en el artículo 557: “El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado medidas razonables para asegurar su eficacia”. Esta previsión bien amplia es la que ha permitido que los jueces puedan tomar medidas bien diferentes y acordes con la

77 Ver LATHROP, F. *El cuidado personal y la relación directa y regular. Estudio exploratorio en los tribunales de familia de la Región Metropolitana*, Santiago de Chile, Abeledo-Perrot y Thomson Reuters, 2013, 123-124; 177.

78 Como se ha señalado, en el contexto del régimen de comunicación con el hijo, finalmente, la decisión en orden a facilitar tal contacto es lo que hace, a un progenitor que reside con el hijo, un progenitor responsable desde el punto de vista de sus funciones parentales. Ver WALLBANK, J. “Parental responsibility and the responsible parent: Managing the ‘problem of contact’”, en GILMORE, S.; HERRING, J. y PROBERT, R., *Responsible parents and parental responsibility*, Oxford y Portland, Hart Publishing, 2009, 307.

79 Art. 48 Ley de Menores 16.618. La Ley 20.680 de 2013 introdujo modificaciones en orden a fortalecer la protección de este régimen. Así, el artículo 229 inciso quinto del c. c. –podría decirse que aspiracionalmente– establece: “El padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre, conforme a lo preceptuado en este artículo”. En este mismo sentido, la nueva redacción que la Ley 20.680 de 2013 dio al artículo 225-2 d) c. c. ordena al juez, al momento de decidir sobre el cuidado personal del hijo, tener en cuenta, entre otros criterios y circunstancias: “La actitud de cada uno de los padres (progenitores) para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular; para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el artículo 229 inciso quinto”. La reforma de 2013 quiso fortalecer el ejercicio de la responsabilidad parental favoreciendo al “friendly parent”, es decir, permitiendo al juez considerar que es más apto para ejercer el cuidado personal del hijo el progenitor que no obstaculiza la relación de los hijos con la persona que no convive con ellos.

80 Art. 90 Código de la Niñez y la Adolescencia.

complejidad planteada, como, por ejemplo, ordenar trabajo comunitario respecto de una madre que impedía sistemáticamente el contacto entre el progenitor no conviviente y su hijo⁸¹.

Considerando la legislación chilena, en situaciones complejas los jueces se inclinan por establecer un funcionamiento detallado del régimen de contacto con el fin de evitar conflictos futuros entre las partes. Asimismo, se ordenan regímenes más rígidos de lo normal. Los casos más recurrentes en los que se restringe o suspende este derecho-deber son los referidos a violencia intrafamiliar y los de vulneración grave de derechos, como cuando hay antecedentes de abuso sexual por parte del progenitor que no ejerce el cuidado personal o por parte de alguna persona con quien este conviva. En estos casos de grave conflictividad, el régimen de comunicación puede quedar supeditado al cumplimiento de alguna terapia u otra obligación impuesta por el tribunal; o se ordena para la materialización del régimen recurrir a casas de parientes, terceros neutrales e, incluso –aunque marginalmente en la actualidad– a las dependencias mismas de los tribunales de familia⁸². Asimismo, cabe destacar una experiencia reciente en algunas provincias argentinas denominada “Puntos de Encuentro Familiar”, que se inspira en algunas legislaciones autonómicas españolas. Se trata de un recurso institucional de carácter interdisciplinario y especializado que interviene ante conflictos familiares complejos, como cuando un progenitor impide al otro progenitor o a otros parientes, como abuelos o tíos, relacionarse con su hijo⁸³.

También se observa el creciente aumento en la iniciación de causas por sustracción y consecuente restitución internacional de niños⁸⁴. La práctica indica que buena parte de tales hechos constitutivos de estos ilícitos se encuentran asociados a situaciones de incumplimiento de regímenes de cuidado personal y de comunicación.

81 Tribunal de Familia, 2do, 1ra Circunscripción, Mendoza, 19/12/2016, E., C. F. y U., A. M. c/ D., M. C. s/ ejecución, inédito.

82 Esta información es extraída de LATHROP. *El cuidado personal y la relación directa y regular*, cit., 129-135.

83 Ver ALESI, M. B. “Puntos de encuentro familiar en la Provincia de Chubut”, en GRAHAM, M. y HERRERA, M. (dirs.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencia*, Buenos Aires, INFOJUS-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, 509-539; y LATHROP, F. “Protección interdisciplinaria de los regímenes de relación directa y regular: los puntos de encuentro familiar”, en FERNÁNDEZ, S. (dir.), *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2015, 797-810.

84 En el año 2006 se registraron en Chile 12 ingresos por sustracción de menores de edad y 11 ingresos por secuestro internacional de menores de edad. Instituto Nacional de Estadísticas (INE), *Justicia. Informe Anual 2006*, 127 y 134, disponible en: http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/justicia/justicia.php Consultado el 25 de febrero de 2014. En el año 2015 se constata un aumento a 66 ingresos por el delito de sustracción de menores y 18 ingresos por el delito de secuestro internacional de menores. Instituto Nacional de Estadísticas (INE), *Justicia. Informe Anual 2015*, 30 y 56, disponible en: http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicaciones/pdf/justicia_web.pdf Consultado el 15 de noviembre de 2016.

Estos elementos demuestran la débil virtualidad práctica de estos mecanismos y el escaso impacto disuasivo que presentan en contextos de conflictividad. En Latinoamérica no existe intervención sistematizada sobre este tipo de conflictos, más allá de lo que dispone la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, debido a las dificultades en la comunicación y procedimientos que afronta cada autoridad de aplicación nacional. Se pretendió impulsar una “Ley Modelo” para unificar criterios en los procesos de restitución, pero hasta la fecha no se ha implementado este tipo de medidas⁸⁵.

Por último, cabe referirse a las medidas de tipo penal ante el incumplimiento del derecho-deber de comunicación. En los países en los que sí las hay, como en Argentina de conformidad con la Ley 24.270 que regula el delito de “impedimento de contacto”, el abordaje penal tiene escasa utilidad práctica.

Es por ello que el replanteo crítico sobre cómo mejorar la intervención en este tipo de conflictos familiares severos debe centrarse en las políticas públicas a los fines de concientizar y reeducar acerca de los roles parentales en general. Igualmente se debe contar con un sistema judicial con integración interdisciplinaria que permita un abordaje con una perspectiva más amplia, profunda y compleja de las problemáticas que se le presenten. Estos mecanismos generan unas respuestas a largo plazo más sostenidas y beneficiosas para todo el grupo familiar, a diferencia de lo que acontece con las sanciones penales, a las cuales se les atribuye una eficacia más inmediata pero, por otro lado, no apuntan al fondo de la cuestión y, además, pueden generar efectos contrarios o iatrogénicos.

C. Algunos cambios sustanciales en el abordaje de la responsabilidad parental ante las situaciones de ruptura

En caso de ruptura, las relaciones parentales parecen cada vez menos determinadas por las expectativas de roles convencionales y más por sentimientos personales en contextos de quiebre familiar⁸⁶. Así, rupturas menos litigiosas benefician el mantenimiento del vínculo entre progenitores e hijos tras la separación de los adultos. Los cambios operados en el campo del divorcio obedecen, en gran medida, a su mayor aceptación social, al entenderse que se trata de decisiones de índole personal en el proyecto de vida –cuya expectativa es cada vez más exten-

85 Ver: <http://by.com.uy/oea.org/wp-content/uploads/2011/12/ley-modelo.pdf> Consultado el 26 de enero de 2017.

86 Esta característica se observa de forma menos intensa que en el contexto europeo. Ver MACLEAN, M. “Introduction: Conflicted Contact between Parents and Children after Separation”, en MACLEAN, M. (ed.), *Parenting after Partnering: Containing Conflict after Separation*, Oñati International Series in Law and Society, Oxford y Portland, Hart Publishing, 2007, 1-7; y ROBERTS, C.; FEHLBERG, B., MACLEAN, M. y SMYTH, B. “Caring for children after parental separation: Would legislation for shared parenting time help children?”, *Family Policy Briefing 7 Legislating to encourage shared time*, University of Oxford-Department of Social Policy and Intervention, 2011, 1.

sas—, siendo aceptado que el compañero elegido en la juventud no sea la persona con quien se quiera continuar dicho proyecto cuando se llega a la mediana edad, restando aún por vivir un cuarto de siglo. En esta línea argumental, el divorcio forma parte de las decisiones que las personas adoptan en la vida como algo doloroso pero no traumático, pudiéndose producir la terminación de la relación de pareja entre adultos y perdurando simultáneamente el vínculo entre progenitores e hijos en un contexto pacífico y de no confrontación; lo cual resulta beneficioso para todo el grupo familiar. Por otra parte, esta realidad social permitiría la construcción de vínculos de pareja más genuinos o menos hipócritas, ya que no habría un mandato social que cumplir fundado en el matrimonio para toda la vida, es decir, el deber de continuar en pareja con alguien en contra de los propios deseos.

El derecho de familia de la región está en proceso de distinguir entre los efectos de la separación y del divorcio respecto de la pareja, por una parte, y de los hijos, por otra. De esta forma, las legislaciones son proclives a aceptar una mayor autonomía de los progenitores en materias que podrían impactar la vida de los hijos después de la ruptura, pero cuando no se arriba a acuerdos, la intervención del juez y su equipo interdisciplinario deviene imperiosa⁸⁷.

Esta creciente preocupación por el interés del hijo en casos de divorcio se manifestaría, al menos, en dos aspectos concretos. En primer lugar, en la obligación legal impuesta a la pareja de presentar al tribunal un acuerdo que regule el futuro económico y la vida personal de sus hijos, el cual deberá ser revisado por dicha autoridad⁸⁸. Por otra parte, en la centralidad de los hijos y en que ellos sean los menos perjudicados por la ruptura de la pareja, lo que se manifiesta en el progresivo reconocimiento y regulación de la corresponsabilidad parental, permitiéndose regímenes de comunicación y contacto más flexibles, como asimismo la posibilidad de desarrollar el cuidado del hijo y vivir con él de forma compartida⁸⁹.

87 Esta libertad en la regulación de las consecuencias económicas que conlleva la ruptura para la pareja, en específico para los ex cónyuges, es limitada en algunos países por el principio de protección al cónyuge más débil (usualmente la mujer). Así sucede en el artículo 3 inciso primero de la Ley de Matrimonio Civil chilena. Ver ESPEJO, N. y LATHROP, F. “Relaxation and dissolution of marriage in Latin America: Trends and challenges”, en EERELAAR, JOHN (ed.), *Routledge Handbook of Family Law and Policy*. Oxford, Routledge, 2014, 137.

88 Ver los artículos 21.º, 27.º y 55.º de la Ley de Matrimonio Civil chilena y el artículo 439 c. c. y co. argentino. En otros países, la ley acota el impacto de la separación en los hijos, regulando acuerdos en contextos de un “divorcio remedio” (ver arts. 340.º-342.º c. c. peruano). Este acuerdo debe ser aprobado por un juez que resuelve conforme a un procedimiento de familia contencioso, oral y, en mayor o menor medida, con caracteres de especialización e interdisciplina (en Chile, Ley que crea los Tribunales de Familia, n.º 19.968; en Uruguay, art. 350.2 Código General del Proceso).

89 Ver los artículos 1583.º y 1584.º c. c. de Brasil, reformado en 2008. Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “La guarda compartida. Una visión comparativa”, *Revista de Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, ed. especial, 2012.

Desde hace algunos años se ha comenzado a demandar en América Latina el reconocimiento legal de una serie de cambios producidos en la estructura familiar, como lo es la función del padre varón en el cuidado de los hijos y, por supuesto, el cuidado personal compartido o alternado. Sin embargo, pocas legislaciones latinoamericanas han reconocido estas figuras y, en los casos en que lo han hecho, mayoritariamente deben ser acordadas, sin que puedan ser impuestas por el juez aun a petición de una sola de las partes⁹⁰.

Así, en Chile es posible pactar cuidado personal compartido pero no puede el juez ordenarlo aunque lo solicite uno de los progenitores⁹¹. Asimismo, en Uruguay la ley establece que los progenitores podrán determinar la “tenencia” de común acuerdo⁹². En Venezuela, excepcionalmente, también podrá convenirse el cuidado personal compartido cuando fuere conveniente al interés del hijo⁹³. En Perú, en cambio, de no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, el juez tiene mayor libertad pues puede disponer la “tenencia compartida”, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño⁹⁴.

Brasil ha dado un paso más adelante al permitir que sea decretada por el juez en atención a las necesidades específicas del niño, o en razón de la distribución del tiempo necesario para la convivencia de este con el progenitor, agregando que de no haber acuerdo entre los progenitores y siempre que sea posible debe establecerse el cuidado personal compartido⁹⁵.

En cuanto a la aplicación de estas nuevas figuras, podemos afirmar que existen inconveniencias al determinar qué ámbitos son los que se comparten: crianza o residencia y, en este último caso, la medida de la alternancia. Ello, no obstante el esfuerzo por adecuar la legislación interna al interés superior, y al principio de igualdad y corresponsabilidad parental.

En este sentido, Argentina constituye la excepción en la región. Así, el código civil y comercial distingue tres niveles de vinculación entre progenitores e hijos: titularidad, ejercicio y cuidado personal. En los tres, el principio central gira en torno a la noción de “compartir”⁹⁶. La titularidad, excepto situaciones extremas,

90 En este sentido, se ha señalado que los países de la región debieran transitar hacia la generalización del cuidado personal compartido como régimen primario, no solo convenido por los progenitores sino también imponible por el juez. Ver CHECHILE, A., “Derecho del hijo a la responsabilidad de ambos padres en su crianza y educación”, en GROSAN, C. (dir.); HERRERA, M. (coord.), *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, 293-313.

91 Art. 225 inciso cuarto c. c.

92 Art. 177 c. c. y artículo 24 Código de la Niñez y la Adolescencia.

93 Art. 349 Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

94 Art. 81 Código de los Niños y Adolescentes.

95 Art. 1584 c. c.

96 Sobre este aspecto, ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y MOLINA DE JUAN, M. F. “Una visión transversal de la ley, la sociedad y la praxis judicial en la responsabilidad parental: el desafío de compartir”, *La Ley*, 2015, 1-3.

es compartida. Lo mismo sucede con el ejercicio de la responsabilidad parental, en la cual la ruptura de la pareja no influye, continuando el ejercicio conjunto y, por lo tanto, presumiéndose que los actos que realiza uno de los progenitores cuentan con la conformidad tácita del otro⁹⁷. Por su parte, el cuidado personal también es por regla compartido en sus dos modalidades: alternado o indistinto, previéndose como excepción el cuidado personal unipersonal, y subsistiendo aun en estos casos un deber de información mínimo por parte del progenitor conviviente hacia el no conviviente para evitar la extinción total de toda vinculación entre progenitores e hijos.

El reconocimiento de esta figura, conocida como “coparentalidad” en estos países, tiene su explicación en que hombre y mujer están compartiendo progresivamente ámbitos que históricamente habían sido espacios exclusivos de uno u otro. La participación laboral femenina ha aumentado en todos los países de la región, cuestión que ha redefinido las funciones que se cumplen al interior de la familia y conducido hacia la disolución paulatina y progresiva de los “binomios” mujer-hogar y progenitor-proveedor. A su vez, puede observarse una creciente preocupación de los padres (varones) por mantener un contacto más fluido con sus hijos⁹⁸.

Sin embargo, datos estadísticos –como demandas por cuidado personal, régimen de comunicación y alimentos, y cifras sobre el uso del tiempo libre– demuestran la tensión existente entre ciertas demandas progresivas de algunas organizaciones sociales y la verdadera asunción de roles que se sostiene estar generándose en la familia⁹⁹. Resulta pertinente confrontar la legitimidad de estas reivindicaciones con la efectiva coparticipación en el desarrollo de las funciones parentales: aunque se observa una mayor participación de los varones en las tareas domésticas y de cuidado de los hijos, los datos siguen siendo elocuentes en cuanto a la fuerte asignación femenina de estas labores.

Por último, en aquellos países que extienden la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo (Argentina, Brasil, Colombia, Uruguay y algunos estados de México), la consecuencia obligada es el reconocimiento de que en el seno de una familia puede no existir necesariamente un hombre o una mujer. Este impacto se produce en los roles de cuidado y, en general, acarrea consecuencias jurídicas en la responsabilidad parental. Ejemplo de ello lo encontramos en Argentina en materia de apellido de los hijos. El artículo 64 de la legislación civil faculta a los progenitores –estén o no casados, sean de igual o de diferente sexo– a elegir libremente el apellido de sus hijos, pudiendo escoger el de uno de ellos o

97 Excepto ciertos actos de gravedad, como salir del país, ingresar a comunidades religiosas o contraer matrimonio cuando se trata de hijos de entre 16 y 18 años de edad (art. 645).

98 Ver LATHROP, F. “La corresponsabilidad parental”, en AA.VV., *Estudios de derecho civil IV. Sextas Jornadas de Derecho Civil. Olmué, Santiago de Chile*, Santiago, Legal Publishing, 2009, 209-213.

99 *Ibíd.*

el de ambos en el orden que lo deseen. Ante el supuesto excepcional de falta de acuerdo, el régimen legal supletorio es el sorteo ante el registro civil¹⁰⁰.

Conclusiones

La vertiginosidad de las reformas legales llevadas a cabo en la región una vez ratificada la Convención no fue acompañada de un profundo estudio dogmático en torno a cómo impactó en la una de las tantas figuras del derecho de familia como lo es la responsabilidad parental. Este dinamismo impidió advertir la complejidad y dimensión de los cambios, coadyuvado por la falta de especialización, adecuada difusión y socialización de los procesos de reforma entre los operadores del derecho y también entre quienes se interesan o trabajan de manera directa con los vínculos entre progenitores e hijos por fuera del ámbito jurídico. Ello se debe a varias razones, entre ellas, a un sistema universitario, legislativo y judicial que, salvo escasas excepciones, continúa anclado en criterios legales tradicionales, incapaces de (re)interpretar la normativa vigente conforme a los nuevos principios y/o a las normas del derecho internacional de los derechos humanos.

Desde otra óptica, se puede aseverar que la consagración formal de los derechos contenidos en la Convención no ha alcanzado la efectividad deseada: diversas instituciones del derecho de familia están construidas bajo paradigmas anteriores a la Convención y siguen su curso tradicional centradas en la noción del mantenimiento del *statu quo*, es decir, no han sido suficientemente actualizadas a los principios democráticos señalados a lo largo del presente ensayo.

Esta consideración crítica no rige para Argentina que, al regular de manera integral un nuevo código civil y comercial, aprovechó la oportunidad para introducir modificaciones sustanciales en la regulación de las relaciones de familia. Así, prevé en especial normas referidas a la denominada “familia ensamblada”¹⁰¹ de manera propositiva y no negativa, reconociéndose a los “progenitores afines” un cúmulo de derechos y obligaciones mínimos que hacen a la vida cotidiana de los niños que conviven con ellos¹⁰².

100 Ver, entre otros, HERRERA, M. “El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género”, *La Ley* 2015-A, Buenos Aires, La Ley, 2015, 927-940; MUÑOZ, J. “El nombre de los hijos en los matrimonios de personas del mismo sexo”, *Revista Interdisciplina de Derecho y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, 67, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, 225-236; BASTERRA, M. I. “El principio de igualdad y la elección del apellido de los hijos en el Código Civil y Comercial”, *Revista del Código Civil y Comercial* 2015 (agosto), Buenos Aires, La Ley, 2015, 79-85.

101 Argentina, arts. 672 a 676 Código Civil y Comercial.

102 Ver, entre otros, ALESI, M. B. “Deberes y derechos de los padres (progenitores) e hijos afines (modelos de duplicación y sustitución de la función parental en la familia ensamblada)”, en HERRERA y KEMELMAJER DE CARLUCCI (dirs.), *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., 197-218; CAZZANI, G. E. y SÁNCHEZ, L. A. “La figura del progenitor afín y su obligación alimentaria”, *Derecho de familia y de las personas*, Buenos Aires, La Ley, 2015, 3-9; HERRERA, M. “La noción de socioafectividad como elemento ‘rupturista’ del derecho de familia contemporáneo”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia* 66, cit.,

En general, las legislaciones de la región obedecen a un concepto funcional de familia; ello pese a ciertos esfuerzos de adecuación de políticas familiares y de la propia normativa interna a los postulados de la Convención. Continúan existiendo un “padre” y una “madre” vinculados por un matrimonio con perspectivas de convivencia de larga duración, hijos propios y roles de género perfectamente definidos, con las mujeres responsabilizadas de lo doméstico y los hombres de lo extra doméstico. ¿Es posible salirse de estas lógicas ancestrales tan diferentes a lo que muestra la realidad social contemporánea? La respuesta positiva se impone, y ello es lo que ha acontecido con la reforma integral adoptada por la legislación civil argentina.

Por último, cabe destacar que, tal como se esgrimió, la legislación es un instrumento hábil de por sí y en soledad, muy pobre o débil para lograr cambios sociales profundos en contextos de quiebre familiar. De esta forma, se palpa la necesidad de que las políticas públicas en materia de familias en plural sean encaminadas a todas las personas –hombres y mujeres, cualquiera sea su orientación sexual– en tanto progenitores para el adecuado ejercicio de su responsabilidad frente a los hijos. Las políticas públicas referidas a la post-separación deberían fortalecer instituciones que faciliten la conciliación de la vida laboral y familiar, así como la implementación de planes de parentalidad y programas de habilidades parentales¹⁰³.

Bibliografía

ALESI, M. B. “Deberes y derechos de los padres (progenitores) e hijos afines (Modelos de duplicación y sustitución de la función parental en la familia ensamblada)”, en HERRERA, M. y KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (dirs.), *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: filiación y responsabilidad parental*, mayo, Buenos Aires, La Ley, 2015, 197-218.

ALESI, M. B. “Puntos de Encuentro Familiar en la Provincia de Chubut”, en GRAHAM, M. y HERRERA, M. (dirs.), *Derecho de las familias, infancia y adolescen-*

75-113; HUAIS, M. V.; TISSERA COSTAMAGNA, R. y VILELA BONOMI, M. V. “Nuevos paradigmas en las relaciones de familia: la figura del progenitor afín y su obligación alimentaria”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia* 67, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, 173-195.

103 EEKELAAR señala que si el gobierno desea educar a los progenitores en cuanto a las virtudes de un actuar responsable en estas materias, una estrategia es persuadirlos para que cooperen con el otro. El autor señala que en Estados Unidos y Canadá los progenitores que se han separado están a menudo obligados a asistir a clases sobre habilidades parentales. Asimismo señala que puede contribuir a este deseo el fortalecimiento de la sensibilidad hacia los intereses de los hijos, mediante la información y la mediación. Ver EEKELAAR, J. *Family Law and Personal Life*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 126.

- cia, Buenos Aires, INFOJUS-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, 509-539.
- BAINHAM, A. "Is anything now left of parental rights?", en GILMORE, S.; HERRING, J. y PROBERT, R., *Responsible parents and parental responsibility*, Oxford y Portland, Hart Publishing, 2009, 23-42.
- BASTERRA, M. I. "El principio de igualdad y la elección del apellido de los hijos en el Código Civil y Comercial", *Revista del Código Civil y Comercial*, agosto, Buenos Aires, La Ley, 2015, 79-85.
- CATALDI, M. M. "El ejercicio de la responsabilidad parental y la noción de coparentalidad", en HERRERA, M. y KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (dirs.), *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: filiación y responsabilidad parental*, mayo, Buenos Aires, La Ley, 2015, 127-146.
- CAZZANI, G. E. y SÁNCHEZ, L. A. "La figura del progenitor afín y su obligación alimentaria", *Derecho de Familia y de las Personas*, junio, Buenos Aires, La Ley, 2015, 3-9.
- CHECHILE, A. "Derecho del hijo a la responsabilidad de ambos padres en su crianza y educación", en GROSMAN, C. (dir.), HERRERA, M. (coord.), *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*. Buenos Aires, LexisNexis, 2007, 293-313.
- CORRAL, H. "Algunas reflexiones sobre la Constitucionalización del Derecho privado", 2004, tomado de: <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/05/constitucionalizaciond-privado.pdf> compulsado el 7 de octubre de 2015.
- DÍAS, M. B., "Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos afectivos", disponible en: http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/711/Filiaci%C3%B3n_socioactiva.pdf?sequence=1 Consultado el 4 de octubre de 2015.
- EKELAAR, J. *Family Law and Personal Life*. Oxford, Oxford University Press, 2012.
- ESPEJO, N. y LATHROP, F. "Relaxation and dissolution of marriage in Latin America: Trends and challenges", en EKELAAR, J. (ed.), *Routledge Handbook of Family Law and Policy*. Oxford, Routledge, 2014.
- ESPEJO, N. "Transplanting parental responsibility in Latin America", conferencia dictada en el International Colloquium on Parental Responsibility:

Comparative Perspectives, celebrado en el Kellogg College, Oxford University, septiembre 23 y 24 de 2014.

FERNÁNDEZ, S. E. “La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial, ¿cuánto de autonomía progresiva? Construyendo equilibrios”, en HERRERA, M. y KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (dirs.), *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: filiación y responsabilidad parental*, mayo, Buenos Aires, La Ley, 2015, 181-196.

GIL DOMÍNGUEZ, A.; FAMÁ, M. V. y HERRERA, M. *Derecho constitucional de familia*. Buenos Aires, Ediar, 2006, t. I.

GROSMAN, C. “Un cuarto de siglo en la comprensión de la responsabilidad parental”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia*, 66, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, 227-255.

HERRERA, M. “Compartir: una idea cardinal del régimen del ejercicio de la responsabilidad parental hoy (por interpretación) y mañana (por ley)”, *Rubinzal online*, RC D 293/2014.

HERRERA, M. “El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género”, *La Ley* 2015-A, Buenos Aires, La Ley, 2015, 927-940.

HERRERA, M. “La noción de socioafectividad como elemento ‘rupturista’ del derecho de familia contemporáneo”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, 66, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, 75-113.

HERRERA, M. *Manual de derecho de las familias*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2015, 406-407.

HERRERA, M.; DUPRAT, C. y PELLEGRINI, M. V. “Filiación e identidad: principales desafíos del derecho filial contemporáneo en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista Código Civil y Comercial*, edición especial, xxv Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, La Ley Thomson Reuters, 2015, 93-110.

HUAIS, M. V.; TISSERA COSTAMAGNA, R. y VILELA BONOMI, M. V. “Nuevos paradigmas en las relaciones de familia: la figura del progenitor afín y su obligación alimentaria”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, 67, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, 173-195.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. “La guarda compartida. Una visión comparativa”, *Revista de Derecho Privado*, edición especial, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2012.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M. y LLOVERAS, N. *Tratado de derecho de familia*, t. I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y MOLINA DE JUAN, M. F. “Una visión transversal de la ley, la sociedad y la praxis judicial en la responsabilidad parental: el desafío de compartir”, *La Ley*, 2015, 1-3.
- LATHROP, F. “Protección interdisciplinaria de los regímenes de relación directa y regular: los puntos de encuentro familiar”, en FERNÁNDEZ, S. (dir.), *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2015, 797-810.
- LATHROP, F. “(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno”, *Ius et Praxis*, 16(2), 2010, 147-184.
- LATHROP, F. “La corresponsabilidad parental”, en AA.VV., *Estudios de derecho civil IV. Sextas Jornadas de Derecho Civil*. Olmué, Santiago de Chile, Chile, Legal Publishing, 2009, 209-213.
- LATHROP, F. *Cuidado personal de los hijos. Análisis de Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia*, Santiago de Chile, Puntotext, 2005, 3-6.
- LATHROP, F. *El cuidado personal y la relación directa y regular. Estudio exploratorio en los tribunales de familia de la Región Metropolitana*, Santiago de Chile, Abeledo-Perrot y Thomson Reuters, 2013.
- LLOVERAS, N. y SALOMÓN, M. *El derecho de familia. Desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2009.
- LOBO, P. “Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental”, en DIAS, M. B.; FERREIRA BASTOS, E., MARTINS MORAES y N. M. (coords.), *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte, IBDFAM-Del Rey editora, 2010, 453-472.
- MACLEAN, M. “Introduction: Conflicted contact between parents and children after separation”, en MACLEAN, M. (ed.), *Parenting after Partnering: Contai-*

- ning Conflict after Separation*, Oñati International Series in Law and Society, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2007, 1-7.
- MINYERSKI, N. y HERRERA, M. “Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061”, en GARCÍA MÉNDEZ, E. (comp.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, Buenos Aires, Fundación Sur Argentina y Editores del Puerto, 2008, 43-70.
- MOLINA DE JUAN, M. F., “El derecho a la coparentalidad. Una sentencia con alto impacto en el derecho familiar”, *La Ley* 2014-C, Buenos Aires, La Ley, 568.
- MUÑIZ, J. “El nombre de los hijos en los matrimonios de personas del mismo sexo”, *Revista Interdisciplina de Derecho y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, 67, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, 225-236.
- PERALTA, M. L. “Filiaciones múltiples y familias multiparentales: la necesidad de revisar el peso de lo biológico en el concepto de identidad”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia*, 68, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, 53-70.
- ROBERTS, C.; FEHLBERG, B., MACLEAN, M. y SMYTH, B. “Caring for children after parental separation: Would legislation for shared parenting time help children?”, *Family Policy Briefing 7 Legislating to encourage shared time*, University of Oxford, Department of Social Policy and Intervention, 2011.
- SCHMIDT, C. “La constitucionalización del derecho de familia”, en MARTINIC GALETOVIC, M. D. y TAPIA RODRÍGUEZ, M. (dirs.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro*, Santiago, LexisNexis, t. II, 2005, 1235-1244.
- WALLBANK, J. “Parental responsibility and the responsible parent: Managing the ‘problem of contact’”, en GILMORE, S.; HERRING, J. y PROBERT, R., *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford y Portland, Hart Publishing, 2009, 95-313.