Derecho y familia

LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EN EL DERECHO

Una mirada comparada

Nicolás Espejo Yaksic
Editor

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Centro de Estudios Constitucionales SCJN

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación

PO
K310
R476r

La responsabilidad parental en el derecho : una mirada comparada / editor Nicolás Espejo Yaksic ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; [autores y autoras] Amira Aftab [y otros diecinueve] ; presentación Ministro Arturo Zaldívar ; preámbulo John Eekelaar. – Primera edición. – Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
1 recurso en línea (li, 778 páginas : ilustraciones, cuadros ; 23 cm.). – (Derecho y familia)

Contenido: Principios y Avances Regionales. Potestades, derechos y responsabilidades parentales : comprendiendo la responsabilidad parental / Nicolás Espejo Yaksic – Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana / Marisa Herrera y Fabiola Lathrop – La responsabilidad parental en Europa / Josep Ferrer-Riba – Perspectivas Constitucionales y Legales Comparadas. La responsabilidad parental en Irlanda / Louise Crowley – La responsabilidad parental en la Argentina vista desde el bloque de constitucionalidad / Aída Kemelmajer de Carlucci – Paternidad y responsabilidad parental en el derecho constitucional familiar alemán / Anne Sanders -- La responsabilidad parental en la jurisprudencia constitucional de Colombia / Alma Beltrán y Puga – Derechos, responsabilidades parentales y la Constitución de Sudáfrica / Julia Sloth-Nielsen, Rachel Sloth-Nielsen – La aplicación del modelo de la responsabilidad parental en México / Daniel Delgado Ávila -- La responsabilidad parental en Australia / Meda Couzens y Amira Aftab – Temas Sobre Responsabilidad Parental. El escrutinio judicial sobre los derechos parentales / Margaret Ryznar -- Responsabilidad parental y decisiones médicas en el derecho inglés / Jonathan Herring -- Responsabilidades parentales en plural : conflictos contemporáneos en la relación entre progenitores e hijos / Marisa Herrera – La doble regulación jurídica del poder familiar en Brasil y su carácter selectivo y discriminación en contra de los negros y los pobres / Rafael de Sampaio Cavichioli – Estrategias que promueven la responsabilidad parental de padres y madres privados de libertad / Alejandra Cortázar, Joseph Strauss, Karla Rost – Corresponsabilidad parental post-separación en Chile / Fabiola Lathrop Gómez

Material disponible en PDF.

ISBN 978-607-552-198-5

1. Paternidad – Responsabilidad – Derecho comparado – Ensayos 2. Interés superior de la niñez – Patria potestad – Normas constitucionales 3. Sujetos del derecho de familia – Protección de los Derechos humanos 4. Progenitores – Hijos – Obligaciones reciprocas 5. Perdida de la patria potestad 6. Guarda y custodia I. Espejo Yaksic, Nicolás, editor II. Aftab Amira, autor III. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo IV. Eekelaar, John, escritor de prólogo V. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales VI. ser.
LC K705

Primera edición: agosto de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

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

Marisa Herrera** y Fabiola Lathrop***

* Una primera versión de este trabajo ha sido publicada en la Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia (32, enero-junio, 2017):143-173, doi: «https://doi.org/10.18601/01234366.n32.0». Aquí se presenta este trabajo actualizado y ampliado.

** Marisa Herrera es abogada y Doctora 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; profesora titular de "Derecho de Familia", Universidad de Palermo, Argentina.

*** Fabiola Lathrop es abogada; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile; Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca; y profesora titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

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. El desarrollo habría sido bastante dispar; al menos es lo que acontece con la figura de la responsabilidad parental. Pocos Estados han introducido modificaciones sustanciales en el régimen jurídico de las relaciones entre padres e hijos. Otros se habrían quedado a mitad de camino. Un tercer grupo no habría tomado nota sobre los avances que incentiva dicha herramienta legal internacional, observando una deuda pendiente con los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. ¿Qué Estados han cumplido con dicha manda, cómo y en qué sentido para estar acorde con los postulados de la Convención? Éste es el interrogante clave que transversaliza 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.

1. Introducción

Recuperada la democracia en varios países latinoamericanos,[1] 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.

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 ser interpelados y en consecuencia, reconstruidos, 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 más clásicos —como la filiación y el divorcio—y más modernos —como la violencia intrafamiliar y de género, la protección psico-socio-jurídica de la infancia y la justicia familiar, entre otros—. Este proceso se llevó a cabo gracias al influjo de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante Convención) y, en menor medida, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.[2] Varios son los principios de derechos humanos que emanan de ambos instrumentos legales: la condición de

[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.

[2] Cabe recordar que su artículo 16 expone que "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".

los niños[3] como sujetos de derecho y, derivado de ello, el de autonomía progresiva, ambos enmarcados en el principio rector del interés superior del niño;[4] la preservación de los vínculos o lazos familiares y el respeto a la vida familiar e igualdad y no discriminación,[5] por destacar los más elocuentes, 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

---

[3] A modo de aclaración general, no se desconocen los avances que se han logrado en el campo del lenguaje escrito con fines de ampliarlo y pluralizarlo desde la perspectiva de género utilizándose el símbolo @ o la x. Aquí se utiliza de manera tradicional el masculino, sólo para facilitar la lectura.

[4] Amplísima es la bibliografía existente en torno a este principio rector, sólo a modo de ejemplo se trae a colación la Observación General No. 14 sobre "el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 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 24/01/2017).

[5] Centrándonos 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 sólo 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 del matrimonio" (*Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrafo 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 No. 242, párrafo 98).

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 cuidado.[6] De este modo, el régimen jurídico de la responsabilidad parental en la región observa 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 parentalidad,[7] en absoluta coherencia con el lugar de relevancia que están ocupando en la agenda pública los derechos de las minorías.[8]

En general, no existe una concepción integrada sobre los principios que deberían regular las relaciones de familia, incluidas las existentes entre

---

[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 1o. de agosto de 2015 y que introduce modificaciones sustanciales en el campo del Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia.

[7] Espejo, N., 2014.

[8] Nuevamente a modo de ejemplo, cabe recordar la cantidad de países que, de manera ascendente, van aceptando la figura del "matrimonio igualitario", es decir, van ampliando la institución del matrimonio a las parejas del mismo sexo. En orden cronológico ascendente, el primer país que permitió a una pareja del mismo sexo contraer matrimonio fue Holanda (2001), seguido de Bélgica (2003); Canadá y España (2005); Sudáfrica (2009); Noruega y Suecia (2009); al igual que en Argentina (2010), se sumaron Portugal e Islandia y posteriormente; Dinamarca (2012); Uruguay, Francia y Nueva Zelanda (2013); el Reino Unido integrado por Inglaterra, Gales y Escocia (durante el 2013 y 2014); Luxemburgo (2015); Eslovenia (2015) y Finlandia cuya legislación entró 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 (en «http://www.telam.com.ar/notas/201610/168867-matrimonio-igualitario-taiwan.html» (Consultado el 23 junio de 2020.) Grupo de legislaciones a los cuales se deben agregar Estados Unidos, Brasil y Colombia por decisión judicial e Irlanda en el 2015 por referéndum popular. Sin perder de vista la situación chilena en el que se destaca el acuerdo amistoso arribado –por iniciativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos entre el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH) y el Estado chileno en el que, entre otras cuestiones, acordaron iniciar un proceso de debate público a los fines de redactar un proyecto de ley de matrimonio igualitario que debe presentarse al Congreso dentro del primer semestre del 2017 (se trata del Caso P-946-12 de fecha 11/06/2016, en «http://www.movilh.cl/documentacion/2016/Acuerdo-MOVILH-Estado.pdf» (Consultado el 23/06/20.)

progenitores e hijos.[9] La dogmática jurídica sobre la responsabilidad parental no ha sido capaz de establecer cuáles son los principios sobre los que debería estructurarse su régimen jurídico, para aprovechar el lugar de relevancia y protagonismo asumido por la Convención. ¿Acaso este instrumento legal internacional de tal envergadura no es hábil para reconceptualizar la noción y contenido de las relaciones entre progenitores e hijos si se toman como punto de partida los principios centrales que emanan de dicha normativa central?

Es necesario destacar una fuerte carencia teórica con claros efectos prácticos en esta oportunidad revisionista. Probablemente, ello 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: la responsabilidad parental ejercida por progenitores del mismo sexo; la figura del *step-parent* en el contexto de la familia ensamblada;[10] 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 aportó o no su material genético pero el niño es criado por ambas—; y todo lo relacionado al 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 claves en el derecho civil con alto impacto en el derecho de familia, como son la capacidad civil y la representación legal con fuerza en el campo de los derechos personalísimos.[11]

---

[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, Famá, Herrera, 2006). En Chile cuenta con defensores (Lathrop, 2017 y Schmidt, 2005) y detractores (Corral, 2004).

[10] No se ha desarrollado el concepto de "nuevas parentalidades", que busca hacer la distinción entre ser un progenitor (parentesco reconocido en un vínculo legal) y desarrollar o cumplir las funciones parentales. Véase Bainham, 2009.

[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

Es sabido que, al suscribirse la Convención durante la década de 1990, el interés superior del niño se erigió como eje rector. En esta línea, la protección del derecho del niño a ser oído[12] y el respeto por su autonomía progresiva[13] han sido recogidos de manera 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 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 progresiva[14] y coparentalidad.[15] Este verdadero "choque de cultura legislativa" entre leyes de protección

---

salud y educación sexual integral del niño y del adolescente (Código de la Niñez y la Adolescencia, artículo 14).

[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 grado de madurez del niño (Código Civil, Chile, artículo 242; Código de la Niñez y la Adolescencia, Paraguay, artículo 93; Código de los Niños y Adolescentes, Perú, artículo 85). 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 (Código de la Niñez y Adolescencia, Praguay, artículo 106 inciso final). Los énfasis (subrayados) que se observan en el texto principal y en las notas 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 del Código Civil 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 (Estatuto del Niño y del Adolescente, artículo 142).

[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

integral de infancia y 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 inclusivas y democráticas, 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 ella. Ejemplo de ello es el Código Civil chileno que permite 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 aquél por el tiempo que estime más conveniente".[16]

Desde la perspectiva opuesta, la reforma integral de la legislación civil argentina vigente desde el 1o. de agosto de 2015, que regula las relaciones de familia en su Libro Segundo, constituye una excepción al ser una normativa 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 que "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

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 […]".

[16] Código Civil, Chile, artículo 234, inciso tercero.

orientación sicopedagógica a cargo de centros educativos o entidades de protección de menores o de la familia". Esta misma línea se sigue en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en el artículo dedicado a la "Protección al maltrato", disponiendo en la parte pertinente que "Las niñas, niños y adolescentes deben ser tratados con respeto a su persona e individualidad y no pueden ser sometidos a castigos corporales, psicológicos o a cualquier otro trato ofensivo que atente contra su dignidad, sin perjuicio del derecho de la madre y padre de dirigirlos, orientarlos y corregirlos moderada y adecuadamente".[17]

A continuación, se analiza cuál es el panorama legislativo sobre los principales tópicos que conforman la responsabilidad parental en los 12 sistemas jurídicos nacionales compulsados 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 región.[18] Básicamente, nos detendremos en los siguientes aspectos: denominación; concepto y contenido; titularidad y ejercicio; y, especialmente, 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 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, teniéndose en cuenta el grado de desarrollo psico-cognitivo en

[17] Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, El Salvador, artículo 38, último párrafo.
[18] 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.

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, debe salirse de la lógica ancestral y supuesta contradicción entre autonomía de la voluntad (individual) y el orden público (lo social familiar), y reconvertirlo en un conectivo no un contradictorio; es decir, proteger la autonomía y la 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 hábil para profundizar y actualizar el estudio sobre una figura clásica del derecho de familia. ¿Cuáles son las principales tensiones y los 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",[19] 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.

2. 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

[19] Gil *et. al*, 2006; Kemelmajer, 2014; Herrera, 2015.

progenitores e hijos. Diferente es lo que acontece en el contexto europeo, en que el concepto "responsabilidad parental" —proveniente de la Children Act de 1989 del derecho inglés— se encuentra generalizado.[20] Si bien algunos países han replicado la noción de "responsabilidad parental", como Colombia[21] y Argentina,[22] en general; los códigos civiles o de familia latinoamericanos continúan refiriéndose a la "patria potestad" —como sucede en Uruguay,[23] Ecuador,[24] Paraguay,[25] Perú[26] Venezuela[27] y Chile—[28] a la "autoridad parental" como en Bolivia[29] y El Salvador;[30] o al "poder familiar", como en Brasil.[31]

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 ecuatoriano[32] y el Código Civil chileno

---

[20] El Comité de Expertos sobre 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 (traducción propia)].

[21] El artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia utiliza esta denominación. Sin embargo, el artículo 288 de Código Civil colombiano continúa hablando de "patria potestad".

[22] Nuevo Código Civil y Comercial, Argentina, artículos 638 y ss.

[23] Código de la Niñez y la Adolescencia, Uruguay, artículo 30.

[24] Código de la Niñez y la Adolescencia, Ecuador, artículos 104 y ss.

[25] Código de la Niñez y la Adolescencia, Paraguay, artículos 70 y ss.

[26] Código de los Niños y Adolescentes, Perú, artículos 74 y ss.

[27] Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Venezuela, artículos 347 y ss.

[28] El Título X del Libro I del Código Civil chileno tiene por nombre "De la Patria Potestad".

[29] Código de las Familias y Proceso Familiar, Bolivia, Capítulo Primero del Título IV, denominado "Autoridad de la madre, del padre o de ambos", aprobado en el 2014.

[30] Título II, "De la autoridad parental" (Código de Familia, El Salvador, artículos 206 al 246).

[31] En el Código Civil de Brasil se habla de "poder familiar", en uno de los artículos 1.630 y siguientes del Código Civil. La expresión "poder familiar" fue introducida en Brasil por la Ley No. 12.010 de 2009.

[32] El caso de Ecuador es paradigmático en cuanto a la superposición de conceptos. Esta legislación adopta el concepto de "corresponsabilidad parental" (Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 100) pero mantiene la "patria potestad" como institución (Código de la Niñez y Adolescencia, artículos 104 y ss.).

reformado en 2013.[33] De esta forma, aún existe en estos países la "patria potestad" y otras instituciones del derecho de familia que no han sido derogadas o "releídas" 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 la 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 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 Código Civil y Comercial 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; en igual sentido en las relaciones de pareja al receptarse el término "cónyuges" y no "esposa" o "esposo". En esta misma línea se dejó de hablar de presunción de "paternidad matrimonial", para hablar de presunción de "filiación matrimonial" o "filiación presumida por ley"; 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 sexo.[34] De lo contrario, los hijos nacidos en el marco de un matrimonio conformado por dos personas

[33] El artículo 224 del Código Civil 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 a una ley de protección integral de la infancia y adolescencia. Véase Minyersky y Herrera, 2008.

[34] Herrera, M., 2015, pp. 406-407.

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 hace tiempo también ha estado 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. Todo lo contrario, tienen los mismos derechos que todo adulto, más un *plus* de derechos derivados de situación de vulnerabilidad y especialidad que los rodea. De allí que varias legislaciones específicas sobre este grupo etario utilizan los términos "niños" o "crianzas",[35] de conformidad con las denominaciones que recepta la Convención de niños, niñas y adolescentes. Una vez más se observa cómo los textos legislativos específicos dedicados a la niñez y 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 focalizándose 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 la noción de "niños" de la de "adolescentes". La primera está reservada para las personas menores de edad hasta los 13 años, y para "adolescentes", quienes se encuentran en la franja entre los 13 y 18 años de edad.[36] 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, como son: Bolivia,[37] Brasil,[38] Colombia,[39] Ecuador[40] y Perú.[41]

[35] Estatuto da Criança e do Adolescente, Brasil, en su versión original.
[36] Código Civil y Comercial, Argentina, artículo 25.
[37] Código Niña, Niño y Adolescente, Bolivia, artículo 5.
[38] Estatuto del Niño y del Adolescente, Brasil, artículo 2.
[39] Código de la Infancia y la Adolescencia, Colombia, artículo 3.
[40] Código de la Niñez y Adolescencia, Ecuador, artículo 4.
[41] Código de los Niños y Adolescentes, Perú, artículo I.

3. 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 edad.[42] Sólo Colombia, de manera llamativa, restringe la definición de derechos y define responsabilidad parental como "un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil"[43] y, por tanto, subsume la primera a la segunda como si fuera una relación de género y especie.[44] 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 conjunta 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 mismo;[45] en tanto, en lo relativo a los aspectos personales cotidianos del hijo se utiliza el concepto de "cuidado personal".[46] No existe en Chile, a diferencia de todos sus países hermanos, un instituto global que contenga la reglamentación del estatuto personal como patrimonial con respecto al hijo.[47]

---

[42] Código Civil y Comercial, Argentina, artículo 638. El artículo 252 del Código Civil de Uruguay se refiere a la patria potestad, pero la define de manera similar a la ley argentina.
[43] Código de la Infancia y la Adolescencia, Colombia, artículo 14.
[44] El artículo 288 del Código Civil colombiano define a la patria potestad como "el conjunto de derechos que la Ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone".
[45] Código Civil, Chile, artículo 243.
[46] Código Civil, Chile, artículo 225.
[47] Lathrop, 2005, pp. 3-6.

Por su parte, no todos los países de la región enumeran el contenido que integra la figura de la responsabilidad parental, como sí lo hace Perú al referirse a los elementos personales y patrimoniales, como: *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*) Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente; *e*) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos; *f*) Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil; *g*) Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención; *h*) Recibir ayuda de ellos atendiendo a su condición y sin perjudicar su atención; *i*) Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran, y *j*) Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el artículo 1.004 del Código Civil.[48]

Este sendero, aunque 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."[49] Tras ello, se explicitan los principios sobre los cuales se construye el régimen de responsabilidad afirmándose que "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". En este contexto, el artículo 646 enumera los deberes de los

[48] Código de los Niños y Adolescentes, Perú, artículo 74.
[49] Código de los Niños y Adolescentes, Perú, artículo 638.

progenitores en relación con los hijos: *i*) Cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo; *ii*) Considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo; *iii*) 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; *iv*) Prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos; *v*) 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 *vi*) Representarlo y administrar el patrimonio del hijo.

4. 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 ser familiares o no, o de manera más gravosa, a través de la figura de la adopción.[50] Además, es sabido que se puede delegar el ejercicio de la responsabilidad parental y por tanto, ver desmembrada la titularidad y el ejercicio.[51]

La regla para determinar la titularidad depende de la relación de filiación determinada por la presunción legal, reconocimiento o sentencia judicial cuando se trata de la filiación por naturaleza o biológica y, de manera

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

[51] 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 que el Código Civil (artículo 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 (Código Civil, artículos 1.583 No.1 y 1.584 No.5), Ecuador (Código Civil, artículo 269) y Colombia (Código Civil, artículo 254).

más contemporánea, por voluntad procreacional debidamente exteriorizada en el correspondiente consentimiento informado, cuando se trata de niños nacidos de reproducción asistida; esta última regulada de manera autónoma en el Código Civil y Comercial argentino, que reconoce la existencia de tres causas de fuente filial: naturaleza, adoptiva y derivada de las técnicas de reproducción humana asistida.[52]

La titularidad es conjunta si la filiación está determinada por ambos progenitores, con total independencia de su estado civil, la edad o sexo de los hijos.[53] 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 compulsados.

En los supuestos de doble filiación —determinación filial con ambos progenitores— y éstos conviven, la titularidad y el ejercicio está en cabeza de ambos y sólo 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 para salir del país y deben contar con el consentimiento expreso de ambos padres), el resto de los actos que realiza un progenitor se presume que cuenta con el consentimiento presunto del otro.

Otro un principio unánime es 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 parental queda en cabeza del progenitor presente y/o capaz. Se trata de situaciones de excepción en el que por diferentes razones —físicas o jurídicas— el hijo queda bajo el cuidado y el ejercicio

[52] Código Civil y Comercial, Argentina, artículo 558.

[53] 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" (Código Civil, artículo 421).

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 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 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 hijo.[54] ¿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 coloca de resalto una realidad jurídica compleja que se asoma de manera incipiente en la región y coloca en tela de juicio un principio básico en el campo de la filiación como es el "binarismo".

Nos referimos a la llamada "pluriparentalidad": 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 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 criados por estos tres adultos. Aquí, los registros civiles intervinientes hicieron lugar al reconocimiento efectuado por el

[54] Código Civil y Comercial, Argentina, artículo 641 inc. e) última parte.

hombre y emitió una nueva partida, constando el triple vínculo filial.[55] Después se han presentado planteos en la justicia tendientes a que se decrete la inconstitucionalidad del artículo 558 del Código Civil y Comercial que, en su última parte, dispone que "Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación"; y el consecuente reconocimiento de tres filiaciones en supuestos que comprometen las tres fuentes filiales: filiación biológica,[56] adoptiva[57] y derivada de técnicas de reproducción humana asistida.[58]

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 multiparentalidad solicitado por un matrimonio conformado por dos mujeres y un hombre, quienes había celebrado un "pacto de filiación". En virtud de éste, 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 con 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."[59] En otro precedente posterior, el Superior Tribunal Federal de Brasil, con fecha de 22 de septiembre de 2016, reconoció la triple filiación. Se trata de una situación fáctico-jurídica bastante común como es

[55] Peralta, 2014; Herrera *et. al*, 2015.
[56] Juz. Civl. Fam. y Suc., Única Nom., Monteros, 07/02/2020, "L.F.F. c/ S.C.O. s/ filiación". En: «http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/02/fallos48522.pdf» (Consultada el 23/06/20).
[57] Juzgado de Familia, No. 4, La Plata, 20/02/2017, y auto ampliatorio del 06/03/2017, "B. A. J. M. s/ adopción acciones vinculadas", inéditos (comentado en Fernández y Herrera, 2018) y Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de 3a. Nominación, Córdoba, 18/02/2020. En:«https://www.justiciacordoba.gob.ar/JusticiaCordoba/Inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=22011».
[58] Juzgado de Familia Nro. 2 de Mar del Plata, 24/11/2017, "C. M. F. y otros s/ materia a categorizar", RDF 2018-III. Cita Online: AR/JUR/103023/2017.
[59] 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, 12/02/2015. En: «http://s.conjur.com.br/dl/tj-rs-autoriza-registro-multiparental.pdf» (Consultada el 03/10/2015).

la existencia de una filiación en cabeza de un hombre sobre quien opera la presunción de paternidad por ser el marido de la madre, pero no resulta ser el progenitor biológico. El caso compromete a una adolescente que sabe esta historia, quien tiene un fuerte lazo afectivo con el padre jurídico. Al enterarse que no es hija de él decide buscar a su progenitor biológico. "Durante una de las audiencias celebradas en primera instancia, F. G. declara que su propósito real no era impugnar el vínculo establecido de antemano a favor de I. G., sino que se le reconozcan los mismos derechos que titularizan los hijos que sí fueron reconocidos por A. N., dejando entrever así cierta motivación de índole patrimonial".[60] De esta manera, el tribunal concluyó que "la paternidad socioafectiva, anotada o no en el Registro Público, no impide el reconocimiento del vínculo de filiación concomitante basado en el origen biológico, con todas sus consecuencias patrimoniales y extra-patrimoniales."

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

5.1. Precisiones previas

Las legislaciones latinoamericanas no distinguen de manera clara el cuidado personal del niño de quien comparte su residencia habitual (salvo Venezuela, que habla de "residencia").[61] 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

[60] De La Torre y Silva, 2017.

[61] "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." (Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Venezuela, artículo 359).

responsabilidad parental es ejercida por el progenitor a quien se "confían" los hijos; mientras que el otro progenitor queda "suspendido" en el ejercicio de la responsabilidad parental.[62] En Chile, el cuidado personal de los hijos se confía a quien "conviva" con ellos en caso de que los progenitores vivan separados.[63] Íntimamente vinculada con ello está la preferencia materna para la atribución del cuidado personal que receptan 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 género. Además, replican estereotipos de género fundados en una manda de "orden natural" fuertemente anclados al sistema legal, que se extienden al judicial cuando se deben resolver conflictos de cuidado tras la ruptura de la unión. Este elemento impide una verdadera democratización de las relaciones familiares.[64]

En Ecuador, si no hay acuerdo o éste es inconveniente para el interés superior del niño, la "patria potestad" de menores de 12 años se confía a la madre; si son mayores de 12 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. Si ambos presentan iguales condiciones, se prefiere a la madre.[65] En Paraguay, la preferencia materna es a favor de los hijos menores de cinco años;[66] en Perú, de tres años[67] y en Uruguay, de dos años[68] (sin embargo, a la luz del reconocimiento del matrimonio a las parejas del mismo sexo,[69] se entiende que tal preferencia materna se encontraría tácitamente derogada).[70]

---

[62] Código Civil, Perú, artículo 420.
[63] Código Civil, Chile, artículo 225, inciso tercero.
[64] Lathrop, 2010.
[65] Código de la Niñez y Adolescencia, Ecuador, artículo 106.
[66] Código de la Niñez y la Adolescencia, Paraguay, artículo 93.
[67] Código de los Niños y Adolescentes, Perú, artículo 84.
[68] Código de la Niñez y la Adolescencia, Uruguay, artículo 35. Esta regla que convive con el artículo 174 del Código Civil 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.
[69] Según la Ley 19.075 de 2013.
[70] Esto ha sido sostenido por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er turno, sentencia No.166 del año 2012 y No.0010-000825/2013.

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 parecidas.[71] En Uruguay, el juez debe tener en cuenta que el hijo debe permanecer con el progenitor con quien convivió el mayor tiempo, siempre que lo favorezca.[72] 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 necesarios.[73]

Chile, por su parte, sigue el modelo anglosajón y otras legislaciones más recientes, como la catalana de 2010, al derogar la preferencia materna para la atribución del cuidado personal[74] 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 manutención 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

[71] Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Venezuela, artículo 349.
[72] Código de la Niñez y la Adolescencia, Uruguay, artículo 35. Asimismo, en Perú, el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable (Código de los Niños y Adolescentes, artículo 84).
[73] Código de la Niñez y Adolescencia, Ecuador, artículo 123.
[74] La Ley 20.680, de junio de 2013, modificó el artículo 225 del Código Civil 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 del Código Civil anteriormente vigente, que establecía que los hijos menores de cinco años quedaban a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Esta última norma había sido fuertemente criticada en la doctrina de este país por considerarla inconstitucional. *Cfr.* Lloveras y Salomón, 2009, p. 376.

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 atendiendo el interés superior del hijo.[75]

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, al considerar que este es el sistema legal que mejor responde a la manda que surge del artículo 18.1 de la Convención.[76] Por su parte, clasifica el cuidado personal compartido bajo dos modalidades: indistinto o alternado. El artículo 650 aclara que "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 hijo[77] al entender que este sistema es el que mejor responde al interés de los hijos al respetar la presencia y protagonismo de ambos progenitores en su vida cotidiana.

Incluso en los supuestos de cuidado unipersonal, el artículo 654 del Código Civil y Comercial argentino 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 bienestar del hijo. Y cuando

[75] Código Civil, Chile, artículo 225-2.
[76] Véase *supra* nota núm. 14.
[77] Código Civil y Comercial, Argentina, artículo 651.

exista un conflicto entre los progenitores por el cuidado de los hijos, la nueva normativa civil y comercial le indica a los jueces que a los fines de resolver que 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 respeto del centro de vida del hijo, aclarándose que el progenitor no custodio tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente (artículo 653). Además, el artículo 656 expresa que

> 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";[78] y siguiendo 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 año 2012.

5.2. 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.

[78] Cataldi, 2015; Fernández, 2015; Grosman, 2014; Herrera, 2014; Molina de Juan, 2014.

Escasas legislaciones latinoamericanas reconocen derechos adicionales a este progenitor que no ejerce el cuidado personal. Es el caso excepcional de Argentina que ya hemos mencionado.[79] Algo similar sucede en la legislación brasileña.[80]

Por su parte, varias legislaciones de la región reconocen el derecho del niño a mantener relaciones con sus progenitores y 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 conviviente.[81]

Desde otra perspectiva, el derecho de comunicación compromete el derecho a la identidad en su faz dinámica o como se lo denomina en la doctrina y jurisprudencia brasileña, la "socioafectividad".[82] 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 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 éste así lo exige.[83] En Ecuador, Perú y Paraguay también puede establecerse un régimen de contacto respecto de parientes y otras personas ligadas afectivamente al hijo.[84]

---

[79] Véase *supra* punto 5.1. sobre "precisiones previas".

[80] Código Civil, Brasil, artículo 1584 no.3.

[81] 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".

[82] Lobo, 2010; Dias, 2009.

[83] Código de la Niñez y la Adolescencia, Uruguay, artículo 38.

[84] Código de la Niñez y Adolescencia, Ecuador, artículo 124; Código de los Niños y Adolescentes, Perú, artículo 90; Código de la Niñez y la Adolescencia, Paraguay, artículo 95.

En general, se advierte que el contenido y el modo como se llevan a cabo en 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 a las nuevas tecnologías.[85] Por otra parte, también sucede que en algunas ocasiones se llegan a acuerdos en los cuales se recepta 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 dado 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 determinado.[86] La mayoría de las legislaciones contemplan medidas de índole civil para el progenitor obstaculizador. A modo ejemplar, la legislación chilena establece la recuperación del tiempo perdido cuando ha mediado obstaculización, y la dictación de órdenes de arrestos o de multas proporcionales.[87] En Perú se señala que "el incumplimiento del régimen

[85] Lathrop, 2013, p. 177.

[86] 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. *Cfr*. Wallbank, 2009, p. 307.

[87] Ley de Menores 16.618, Chile, artículo 48. La Ley 20.680 de 2013 introdujo modificaciones en orden a fortalecer la protección de este régimen. Así, el artículo 229, inciso quinto, del Código Civil —podría decirse que aspiracionalmente— establece que "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) del Código Civil ordena al juez, al momento de decidir sobre el cuidado personal del hijo, entre otros criterios y circunstancias: "La actitud de cada uno de los padres 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

establecido judicialmente puede sancionarse con apremios y en caso de resistencia podrá originar la variación de la tenencia".[88] En Argentina, el Código Civil y Comercial recepta 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 amplia es la que ha permitido que los jueces puedan tomar medidas bien diferentes y acordes con la complejidad planteada como, por ejemplo, ordenar trabajo comunitario a favor de una madre que impedía, sistemáticamente, el contacto entre el progenitor no conviviente y su hijo.[89]

De acuerdo con 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 que 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 éste 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 Familia.[90] Asimismo, cabe destacar una experiencia reciente en algunas provincias argentinas denomi-

---

personal del hijo el progenitor que no obstaculiza la relación de los hijos con la persona que no convive con ellos.

[88] Código de los Niños y Adolescentes, Perú, artículo 90.

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

[90] Lathrop, 2013, pp.129-135.

nadas "Puntos de Encuentro Familiar" siguiéndose algunas legislaciones autonómicas españolas. Se trata de un recurso institucional de carácter interdisciplinario y especializado que interviene ante conflictivas familiares complejas como cuando un progenitor impide al otro relacionarse con su hijo, o tal restricción es con algún pariente como abuelos o tíos.[91]

También se observa el creciente aumento en la iniciación de causas por sustracción y consecuente restitución internacional de niños.[92] La práctica indica que buena parte de los hechos constitutivos de estos ilícitos se encuentran asociados a situaciones de incumplimiento de regímenes de cuidado personal y de comunicación.

Estos elementos demuestran la débil virtualidad práctica de dichos 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 lleva adelante cada Autoridad de Aplicación nacional. Se pretendió llevar adelante una "Ley Modelo" para unificar criterios en los procesos de restitución, pero hasta la fecha no se ha implementado este tipo de medidas.[93]

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

[91] Alesi, 2015; Lathrop, 2015.
[92] Las solicitudes de restitución, tanto entrantes como salientes, han aumentado en Chile de 39 en 2016 a 86 en 2019. Del 2016 al 2018, 59 de las demandas de sustracción que conoció la oficina internacional de la Corporación de Asistencia Judicial fueron salientes, es decir, en que el niño o la niña debía volver a Chile. Que las solicitudes aumenten año a año se explica por la alta conflictividad familiar, así como por el incremento de los proceso migratorios y de las familias transnacionales. Véase: «http://www.cajmetro.cl/cuenta-publica-de-la-corporacion-de-asistencia-judicial-de-la-region-metropolitana/» compulsada el 23/06/20.
[93] Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños. En: «http://by.com.uy/oea.org/wp-content/uploads/2011/12/ley-modelo.pdf». (Consultada el 26/01/2017).

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 conflictivas familiares severas debe centrarse en las políticas públicas a los fines de concientizar y reeducar los roles parentales en general. A la par, 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 una respuesta 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 apunta al fondo de la cuestión y además, puede generar efectos contrarios o iatrogénicos.

5.3. 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 familiar.[94] Así, rupturas menos litigiosas benefician el mantenimiento del vínculo progenitores e hijos tras la separación de los adultos. Los cambios operados en el campo del divorcio giran, en gran medida, por su grado de aceptación social, al entenderse que se trata de decisiones de índole personal en proyectos de vida que cada vez son más extensos; siendo posible que el compañero que uno elige en la juventud no sea la persona con quien se quiera seguir adelante dicho proyecto cuando se llega a la mediana edad y aún le resta 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 separar la relación entre adultos que

[94] Esta característica se observa de manera menos intensa que en el contexto europeo. Véanse Maclean, 2007, pp.1-7; y Roberts, Fehlberg, Maclean, Smyth, 2011.

ha dejado de funcionar del vínculo entre progenitores e hijos que perdura en un contexto pacífico y de no confrontación; siendo esto beneficioso para todo el grupo familiar. Por otra parte, esta realidad social permite 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 más proclives en aceptar una mayor autonomía de los progenitores en materias que podrían impactar la vida de los hijos después de la ruptura, pero cuando no llegan a acuerdos, la intervención del juez y su equipo interdisciplinario deviene imperiosa.[95]

Esta creciente preocupación por el interés del hijo en casos de divorcio se manifiesta, al menos, en dos aspectos concretos. Por una parte, 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 autoridad.[96] Por otra parte, la centralidad de los hijos y que ellos sean los menos perjudicados por la ruptura de la pareja que se manifiesta en el progresivo reconocimiento y regulación de la corresponsabilidad parental. Permitiendo así regímenes de comu-

[95] 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. Véase Espejo y Lathrop, 2014, p. 137.

[96] Véase los artículos 21, 27 y 55 de la Ley de Matrimonio Civil chilena y el artículo 439 del Código Civil y Comercial de la Nación argentino. En otros países, la ley acota el impacto de la separación en los hijos, regulando acuerdos en contextos de un "divorcio remedio" (Código Civil, Perú, artículos 340-342). 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 No.19.968; en Uruguay, Código General del Proceso, artículo 350.2).

nicación y contacto más flexibles, como asimismo, la posibilidad de desarrollar el cuidado del hijo y vivir con él de manera compartida.[97]

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 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 ha sido, mayoritariamente debe ser acordada sin que pueda ser impuesta por el juez aun a petición de una sola de las partes.[98]

Así, en Chile es posible pactar cuidado personal compartido, pero no puede el juez ordenarlo aunque lo solicite uno de los progenitores.[99] Asimismo, en Uruguay la ley establece que los progenitores podrán determinar la "tenencia" de común acuerdo.[100] En Venezuela, excepcionalmente, también podrá convenirse el cuidado personal compartido cuando fuere conveniente al interés del hijo.[101] 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 niño.[102]

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 éste con el pro-

---

[97] Véase los artículos 1583º y 1584º del Código Civil de Brasil, reformado en 2008. Véase Kemelmajer de Carlucci 2012.
[98] 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 sólo convenido por los progenitores sino también imponible por el juez. Véase Chechile, 2007.
[99] Código Civil, Chile, artículo 225, inciso cuarto.
[100] Código Civil, Uruguay, artículo 177 y Código de la Niñez y la Adolescencia, Uruguay, artículo 24.
[101] Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Venezuela, artículo 349.
[102] Código de los Niños y Adolescentes, Perú, artículo 81.

genitor, agregando que de no haber acuerdo entre los progenitores y siempre que sea posible debe establecerse el cuidado personal compartido.[103]

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".[104] La titularidad, excepto situaciones extremas, 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 tanto, presumiéndose que los actos que realiza uno de los progenitores cuenta con la conformidad tácita del otro.[105] 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 subsistiendo, aun en estos casos, un deber de información mínimo por parte del progenitor conviviente hacia el no conviviente, para evitar la extinción completa 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

[103] Código Civil, Brasil, artículo 1.584.
[104] Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan, 2015.
[105] Excepto ciertos actos de gravedad, como salir del país, ingresar a comunidades religiosas o contraer matrimonio cuando se trata de hijos de entre 16 a 18 años de edad (artículo 645).

funciones que se cumplen al interior de la familia y, a la par, conduce 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 hijos.[106]

Sin embargo, datos estadísticos —de 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 las familias.[107] 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 casados o no, sean de igual o de diferente sexo— a elegir libremente el apellido de sus hijos, pudiendo escoger el de uno de ellos o 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 civil.[108]

---

[106] Lathrop, 2009, pp. 209-213.
[107] Para conocer un panorama general sobre las políticas de cuidado en la región y desigualdades de género, se recomienda compulsar: Rico y Robles, 2016.
[108] Herrera, 2015; Muñiz, 2014; Basterra, 2015.

6. 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 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 los que 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, un sistema universitario, legislativo y judicial, salvo escasas excepciones, que continúa anclado a 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 perspectiva, 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; 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 la Argentina, al regular de manera integral un nuevo Código Civil y Comercial en el que se introdujeron modificaciones sustanciales en la regulación de las relaciones de familia. Así, además de los cambios que observa la figura de la responsabilidad parental ya mencionados, prevé de manera especial normas referidas a la denominada "familia ensamblada"[109] de manera propositiva y no negativa,

[109] Código Civil y Comercial, Argentina, artículos 672 a 676.

reconociéndosele a los "progenitores afines" un cúmulo de derechos y obligaciones mínimos que hacen a la vida cotidiana de los niños que conviven con ellos.[110]

En general, las legislaciones de la región obedecen a un concepto funcional de familia; ello, no obstante, ciertos esfuerzos de adecuación de políticas familiares y de la propia normativa interna a los postulados de la Convención. Continúa 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. 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 parentales.[111]

---

[110] Alesi, 2015; Cazzani y Sánchez, 2015; Herrera, 2014; Huais et al., 2014.

[111] 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 a 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. *Cfr.* Eekelaar, 2012, p. 126.

Bibliografía

Alesi, M. B. (2015), "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. (dir.), *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental, mayo 2015,* Buenos Aires: La Ley, pp. 197-218.

_____ (2015), "Puntos de Encuentro Familiar en la Provincia de Chubut", en: Graham, M. y Herrera, M. (dir.), *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia*. Buenos Aires: INFOJUS- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, pp. 509-539.

Bainham, A. (2009), "Is Anything Now Left of Parental Rigths?", en: Gilmore, S., Herring, J., Probert, R., *Responsible parents and Parental responsibility*. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, pp. 23-42.

Basterra, M. I. (2015), "El principio de igualdad y la elección del apellido de los hijos en el Código Civil y Comercial", *La Ley,* Revista del Código Civil y Comercial 2015, (agosto), pp. 79-85.

Cataldi, M. M. (2015), "El ejercicio de la responsabilidad parental y la noción de coparentalidad", en Herrera, M. y Kemelmajer de Carlucci, A., (dir.), *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental, mayo 2015*. Buenos Aires: La Ley, pp. 127-146.

Cazzani, G. E. y Sánchez, L. A. (2015), "La figura del progenitor afín y su obligación alimentaria", *La Ley*, Derecho de Familia y de las Personas 2015, (junio), pp. 3-9.

Chechile, A. (2007), "Derecho del hijo a la responsabilidad de ambos padres en su crianza y educación", en Grosman, C., (dir.), y Herrera, M. (coord.) *Hacia una armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y países asociados*, Buenos Aires: Lexis Nexis, pp. 293-313.

Corral, H. (2004), "Algunas reflexiones sobre la Constitucionalización del Derecho privado", en «https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/05/constitucionalizaciond-privado.pdf». (Consultada el 23/06/20).

De la Torre, N. y Silva, S. A. (2017), "Ampliando el campo de la pluriparentalidad: poliamor, socioafectividad y biología", 6(310). Cita Online: AR/DOC/4218/2017.

Dias, M. B. (2009), "Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos afectivos", *Revista Jurídica UCES*, (13), pp. 83-90.

Eekelaar, J. (2012), *Family Law and Personal Life*, Oxford: Oxford University Press.

Espejo Yaksic, N. y Lathrop, F., (2014), "Relaxation and dissolution of marriage in Latin America: Trends and challenges", en Eekelaar, John, (ed.), *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, Oxford: Routledge.

Espejo Yaksic, N. (2014), "Transplanting Parental Responsibility in Latin America", conferencia dictada en el "International Colloquium on Parental Responsibility: Comparative Perspectives", celebrado en el Kellogg College, Oxford University, Sep. 23-24.

Fernández, S. E. (2015), "La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial ¿cuánto de autonomía progresiva? Construyendo equilibrios", en Herrera, M. y Kemelmajer de Carlucci, A., (dir.),

Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental, mayo 2015, Buenos Aires: La Ley, pp. 181-196.

Fernández, S. y Herrera, M. (2018), "Uno más uno, tres. La adopción como causa fuente de la pluriparentalidad", RDF, 83(145). Cita Online: AR/DOC/2892/2018.

Gil, A., Famá, M. V. y Herrera, M. (2006), *Derecho constitucional de familia*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar.

Grosman, C. (2014), "Un cuarto de siglo en la comprensión de la responsabilidad parental", *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia*, (66), pp. 227-255.

Herrera, M. (2015), "El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género", *La Ley 2015-A*, pp. 927-940.

_____ (2015), *Manual de Derecho de las Familias*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

_____ (2014), "Compartir: Una idea cardinal del régimen del ejercicio de la responsabilidad parental hoy (por interpretación) y mañana (por ley)", Rubinzal online, (293).

_____ (2014), "La noción de socioafectividad como elemento 'rupturista' del derecho de familia contemporáneo", *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, (66), pp. 75-113.

Herrera, M., Duprat, C. y Pellegrini, M. V. (2015), "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,* pp. 93-110.

Huais, M. V., Tissera Costamagna, R. y Vilela Bonomi, M. V. (2014), "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), pp. 173-195.

Kemelmajer de Carlucci, A. y Molina de Juan, M. F. (2015), "Una visión transversal de la ley, la sociedad y la praxis judicial en la responsabilidad parental: El desafío de compartir", *Diario La Ley,* pp. 1-3.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2014), "Capítulo Introductorio", en Herrera, M. y Lloveras, N., *Tratado de Derecho de Familia*, pp. 9-93.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2012), "La guarda compartida. Una visión comparativa", *Revista de Derecho Privado*, (Edn. Especial).

Lathrop, F. (2017), "Constitucionalización y jurisprudencia constitucional en el derecho de Familia chileno", *Estudios Constitucionales*, 15(1), pp. 329-372.

_____ (2015), "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, pp. 797-810.

_____ (2013), *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/Thomson Reuters.

_____ (2010), "(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), pp. 147-184.

_____ (2009), "La corresponsabilidad parental", en Varios Autores, *Estudios de Derecho Civil IV. Sextas Jornadas de Derecho Civil. Olmué,* Santiago de Chile: Legal Publishing, pp. 209-213.

_____ (2005), *Cuidado Personal de los Hijos. Análisis de Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia*, Santiago de Chile: Puntolex.

Lloveras, N. y Salomón, M. (2009), *El Derecho de Familia. Desde la Constitución Nacional.* Buenos Aires: Editorial Universidad.

Lobo, P. (2010), "Socioafectividade no direito de familia: A persistente trajectoria de um conceito fundamental", en Dias, M. B., Fereira Bastos, E., Martins Moraes, N. M. (coord), *Afeto e Estruturas Familiares*, Belo Horizonte: IBDFAM- Del Rey editora, pp. 453-472.

Maclean, M. (2007), "Introduction: Conflicted Contact between Parents and Children after Separation", en Maclean, M., (ed.) *Parenting after Partnering: Containing Conflict after Separation*, Oxford y Oregon: Hart Publishing, Oñati International Series in Law and Society, pp. 1-7.

Minyersky, N. y Herrera, M. (2008), "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-Editores del Puerto, pp. 43-70.

Molina de Juan, M. F. (2014), "El derecho a la coparentalidad. Una sentencia con alto impacto en el derecho familiar", La Ley 2014-C, (568).

Muñiz, J. (2014), "El nombre de los hijos en los matrimonios de personas del mismo sexo", *Revista Interdisciplina de Derecho y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, (67), pp. 225-236.

Peralta, M. L., (2014), "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), pp. 53-70.

Rico, N. y Robles, C., 2016. "Políticas de Cuidado en América Latina. Forjando la igualdad", en «https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40628/1/S1600887_es.pdf». (Consultada el 23/06/20).

Roberts, C., Fehlberg, B., Maclean, M., Smyth, B. (2011), "Caring for children after parental separation: would legislation for shared parenting time help children?", University of Oxford-Department of Social Policy and Intervention, (Family Policy Briefing 7, May), pp. 1-16.

Schmidt, C. (2005), "La constitucionalización del Derecho de Familia". En: Martinic, M. D., Tapia, M., (dir.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro*, Santiago: LexisNexis, Tomo II, pp. 1235-1244.

Wallbank, J. (2009), "Parental responsibility and the responsible parent: managing the "problem of contact", en Gilmore, S., Herring, J., Probert, R., *Responsible parents and parental responsibility*, Oxford y Oregon: Hart Publishing, pp. 95-313.

Fallos, leyes u otros

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, 12/02/2015, en «http://s.conjur.com.br/dl/tj-rs-autoriza-registro-multiparental.pdf». (Consultada el 03/10/2015).

Caso P-946-12 de fecha 11/06/2016, Chile, en «http://www.movilh.cl/documentacion/2016/Acuerdo-MOVILH-Estado.pdf». (Consultado el 23/06/20).

Código Civil, Brasil.

Código Civil, Chile.

Código Civil, Colombia.

Código Civil, Ecuador.

Código Civil, Perú.

Código Civil, Uruguay.

Código de Familia, El Salvador.

Código de la Infancia y la Adolescencia, Colombia.

Código de la Niñez y la Adolescencia, Ecuador.

Código de la Niñez y la Adolescencia, Paraguay.

Código de la Niñez y la Adolescencia, Uruguay.

Código de las Familias y Proceso Familiar, Bolivia.

Código de los Niños y Adolescentes, Perú.

Código General del Proceso, Uruguay.

Código Niña, Niño y Adolescente, Bolivia.

Comité de los Derechos del Niño (2012), "Observación General No. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)" en «http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf» (Consultada el 24/01/2017).

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.

Estatuto del Niño y del Adolescente, Brasil.

Juzgado Civil, Familiar y Sucesorio, Única Nom., Monteros, 07/02/2020, "L.F.F. c/ S.C.O. s/ filiación" en «http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/02/fallos48522.pdf» (Consultada el 23/06/20).

Juzgado de Familia, nro. 4, La Plata, 20/02/2017, y auto ampliatorio del 06/03/2017, "B. A. J. M. s/ adopción acciones vinculadas", inéditos.

Juzgado de Familia Nro. 2 de Mar del Plata, 24/11/2017, "C. M. F. y otros s/ materia a categorizar", RDF 2018-III. Cita Online: AR/JUR/103023/2017.

Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de 3a.Nominación, Córdoba, 18/02/2020, en «https://www.justiciacordoba.gob.ar/JusticiaCordoba/Inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=22011»

Ley de Menores 16.618, Chile.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, El Salvador.

Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños, en «http://by.com.uy/oea.org/wp-content/uploads/2011/12/ley-modelo.pdf» (Consultada el 26/01/2017).

Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Venezuela

Nuevo Código Civil y Comercial, Argentina.

Ley que crea los Tribunales de Familia No. 19.968, Chile.

Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er turno, sentencia No. 166 del año 2012 y No.0010-000825/2013.

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

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 10, 11, 12 y 16.5 puntos. Agosto de 2021.

http://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/

Este libro es resultado de la continuidad al trabajo de investigación comparada sobre derecho constitucional familiar impulsado por el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de México. Desde el año 2019, el Centro ha venido impulsando una reflexión teórica y crítica sobre las prácticas jurisdiccionales en materias normadas por el sistema constitucional y el derecho familiar. Si en la publicación *La Constitucionalización del Derecho de Familia* se buscaba dar cuenta de las diversas formas en que las relaciones familiares han pasado a ser una materia de especial preocupación constitucional, la presente obra entra en un campo de especial interés para este debate: las relaciones jurídicas entre los progenitores y sus hijos e hijas.

Los trabajos aquí contenidos dan cuenta de una suerte de desplazamiento progresivo del eje de las relaciones parento-filiales: desde la potestad o poder paterno, hacia el ejercicio equitativo y permanente –entre padres y madres– de una responsabilidad específica por el cuidado y bienestar integral de sus hijos e hijas. Este desplazamiento consolida una tendencia, ya de larga data, respecto a la disminución y recomprensión de los antiguos poderes omnímodos concedidos históricamente al padre sobre sus hijos. En su concepción moderna, representada en varios ejemplos del derecho comparado que se revisan en esta obra, las facultades, autoridades o derechos parentales no desaparecen, pero se justifican y ejercen en función de la protección de los derechos de los niños y las niñas y su desarrollo holístico. Esto resulta imprescindible para comprender la noción misma de parentalidad y su relación con los derechos fundamentales, en un sistema constitucional y democrático de derecho.

Suprema Corte
de Justicia de la Nación