

Coparentalidad - (des)igualdad. Hacia un feminismo emancipador en el derecho de las familias

Marisa Herrera*

Introducción

Con las energías renovadas de un nuevo Encuentro Nacional de Mujeres en su edición número 33 que ha tenido como núcleo destacado la multitudinaria marcha por barrios periféricos de la ciudad de Trelew al grito –entre tantos otros– de “Mujer, escucha, únete a la lucha”, nos concentramos a problematizar una temática que hace tiempo merecía dedicarle especial atención. Nos referimos al entrecruzamiento entre coparentalidad, interés superior del niñx y feminismo emancipador. Básicamente, si el Código Civil y Comercial (CCyC) en vigencia desde el 1° de agosto del 2015, que recepta como regla el principio de coparentalidad, es decir, el ejercicio de la responsabilidad parental y cuidado personal compartido –ya sea en modalidad indistinta como la que pregona la normativa civil, como la alternada– pasa el test de constitucionalidad y convencionalidad desde la obligada perspectiva de género, siempre sin perder de vista otro eje rector como lo es el interés superior del niño y la consecuente condición de sujeto de derecho.

He aquí una primera consideración que nos parece sustancial: no se trata de proteger a una persona (mujer y/o niñx)¹ en pos o a

* Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Investigadora Independiente del CONICET. Profesora adjunta regular de la Facultad de Derecho (UBA). Profesora titular de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas (UNLPam) y de la Facultad de Derecho (UNDAV). Integrante del equipo de redacción del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en temas de infancias, adolescencias, familias, géneros y bioética.

1. El uso de la x es un posicionamiento político teniéndose en cuenta que el lenguaje no es neutro, tal como lo hemos dejado en claro al escribir la primera obra jurídica en la que se sigue esta misma postura (Herrera, Marisa; De La Torre, Natalia; Fernández, Silvia, *Derecho Filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*, Buenos Aires, La Ley, 2018).

costa de vulnerar derechos de otrxs (mujer y/o niñxs); sino de inclinarse siempre por aquellas posturas que tienen en cuenta la satisfacción de ambas categorías que integran o se incluyen dentro de una noción clave desde el enfoque de derechos humanos como lo es el de “vulnerabilidad”.² ¿Acaso es casualidad que el sistema internacional como regional de los derechos humanos se ocupe, entre otras cosas, de visibilizar ciertos grupos o actores sociales sistemáticamente discriminados, silenciados o excluidos como las mujeres a través de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW), los niñxs y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), las personas con discapacidad en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, o de manera más reciente, los adultos mayores en la Convención Interamericana sobre derechos de las Personas Mayores? Esta es la lógica que resalta Butler al afirmar que

... lo universal empieza a ser articulado precisamente a través de los desafíos a la formulación que ya existe, y el desafío proviene de aquellos a quienes no incluye, de aquellos que no tienen derecho a ocupar el lugar del “quien”, pero que, sin embargo, exigen que lo universal como tal les incluya.³

De este modo, cuando lo universal no es tal o para ser y parecer tal, se deben llevar adelante diversas acciones tendientes a lograr que las desigualdades se transformen en igualdades, la lucha interna entre los diferentes vulnerables no debería replicar lógicas de exclusión, sumisión o potestades que siempre han girado en torno a las mujeres y a los niñxs y adolescentes en sus propios ámbitos de incumbencia.

La segunda consideración que merece ser remarcada en esta oportunidad se focaliza en una necesaria crítica hacia los “absolutos”, o lo que también se podría denominar “fundamentalismos”, al con-

2. Sólo a modo de ejemplo, cabe traer a colación las Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf> (fecha de consulta: 17/10/2018).

3. Me interesa destacar esta frase de Butler citada y analizada en un trabajo de recomendable lectura: Bedin, Paula, “Debates y redefiniciones en torno a la universalidad: hegemonía y movimientos sociales. Convergencias y divergencias entre Judith Butler y Chantal Mouffe”, en *Crítica Contemporánea. Revista de Teoría Política*, N° 5, diciembre de 2015. Disponible en: <http://cienciassociales.edu.uy/wp-content/uploads/sites/4/2015/12/Bedin.pdf> (fecha de consulta: 16/10/2018).

siderar que ningún principio o regla puede tener excepciones y, por lo tanto, esgrimirse críticas sin tener en cuenta que la realidad social contemporánea es compleja, plural y diversa y por lo tanto, la capacidad de advertir tales divergencias y diferencias debería ser hábil para ampliar y profundizar el campo de estudio. ¿Acaso las ciencias sociales no son de por sí ciencias no exactas? En este contexto, se entiende que se incurriría en una falacia o en limitaciones severas en la perspectiva de análisis si se defendiera a rajatabla y en abstracto un principio o regla sin observar posibles excepciones. ¿Es posible defender la noción de coparentalidad en el marco de una situación de violencia o de abuso? La respuesta negativa se impone. Sucede que el CCyC de conformidad con lo dispuesto en su artículo 2 dedicado a la “Interpretación”, se autoimpone leerse en “modo coherente con todo el ordenamiento”, por lo tanto, la Ley N° 26485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales como todo el *corpus iuris* en materia de infancia y adolescencia integran el ordenamiento junto con la legislación civil y comercial que debe estar en absoluta coherencia.

Un ejemplo elocuente de esta coherencia, coordinación e interacción constantes –y saliendo de la temática en estudio a los fines de ampliar el campo de análisis y así profundizar la perspectiva integral que se propone y se brega del derecho– es el fallo de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén de fecha 06/07/2018.⁴ Aquí se aborda una de las figuras que incorpora el CCyC en clave de género⁵ como lo es la denominada “compensación económica” que básicamente, tiende a compensar –valga la redundancia– el desequilibrio económico producido o que tenga “por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura” (art. 441) o el cese de la unión convivencial (art. 524). Es decir, aquel cónyuge o conviviente que se dedicó al cuidado de los hijos o que por tal razón ha dejado de estar inserta

4. Cám. Apel. Civ. Com. Lab. y Min., Sala I de Neuquén, “M. F. C. vs. C. J. L. s. Compensación económica”, 06/07/2018, RC J 5312/18.

5. Herrera, Marisa, “El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género”, en *LL online* (ref.: AR/DOC/160/2015); Highton, Elena, “Una etapa histórica: la mujer en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *LL online* (Ref.: AR/DOC/2598/2015); Molina de Juan, Mariel, “Justicia penal, perspectiva de género y violencia económica”, en *LL online* (Ref.: AR/DOC/1586/2017).

en el mercado laboral formal o de continuar perfeccionándose o desarrollándose en el ámbito profesional, tiene derecho a solicitar una retribución económica. Este derecho debe ejercerlo dentro de los seis meses de dictada la sentencia de divorcio en el caso de matrimonio o de acontecido el cese de la unión convivencial. ¿Qué se debate en la sentencia patagónica? Si es posible aplicar este plazo de caducidad cuando la ruptura de la unión convivencial fue a causa de una situación de violencia de género. Con acierto, la Cámara revocó la decisión de la instancia anterior que había denegado el pedido de compensación al entender que se encontraba caduco el derecho, ya que consideró que

... no se ha valorado desde una perspectiva de género cuál es la situación de las mujeres en relaciones afectivas con esta distribución de roles, fuera del matrimonio [...] no pueden soslayarse las particulares circunstancias que originaron el presente trámite. El “cuadro de situación nos permite concluir que la Sra. M. se retiró de la vivienda como consecuencia del episodio denunciado, en un estado de confusión y vulnerabilidad, y a fin de proteger su propia integridad psico-física y la de su hija. Tal conducta, claramente, no responde a una decisión personal profunda y meditada sobre el cese de la convivencia”.

Este caso es hábil para demostrar cómo una institución como la caducidad en términos generales es razonable,⁶ pero no lo sería en la situación planteada de violencia de género. En otras palabras, cómo la noción de vulnerabilidad y la consecuente interpretación coherente y sistémica de todo el ordenamiento jurídico obliga a advertir y defender las excepciones a la regla.

Realizadas estas consideraciones generales que promueven la necesaria mirada integral del derecho sin caer en reduccionismos o especialidades que, en algunas oportunidades, limitan el estudio de la problemática que se analiza, avanzamos en el entrecruzamiento entre coparentalidad, feminismo emancipador e interés superior del niño.

6. Para profundizar sobre los fundamentos de la caducidad en las compensaciones económicas compulsar Molina de Juan, Mariel, *Compensación Económica*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2018, pp. 101-103.

Algunas nociones básicas

El código derogado establecía un sistema por el cual, ante la ruptura de la pareja –casada o no, es decir, matrimonial o extramatrimonial fundado en el principio de igualdad– la mal llamada “tenencia” recaía en favor de las madres de todos aquellos hijxs menores de 5 años, “salvo causas graves que afecten el interés del menor” (art. 206 derogado). Esta normativa había generado una gran cantidad de aceradas críticas. En primer lugar, la noción de “tenencia” se condice más con la idea de los hijxs como objeto de los progenitores y no como sujetos de derecho, cuestión resuelta en la legislación civil vigente que ha reemplazado ese término por el de “cuidado personal”. En consonancia con ello, en el articulado en cuestión se aludía al “menor” sabiendo que, fundado en dicho argumento, las personas menores de edad no son “menos” a nadie, sino que se trata de niñxs de 0 a 13 años de edad, o de adolescentes de 13 hasta que se alcanza la mayoría de edad, a los 18 años (art. 25, CCyC). Ahora bien, desde la cuestión de fondo, la crítica doctrinaria más fuerte se fundaba en el derecho de los hijxs a vincularse con ambos progenitores, tal como lo asevera la CDN en el artículo 18, cuyo primer párrafo dispone que

Los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

Esto es en consonancia con lo dispuesto en el artículo 9 del mismo cuerpo normativo al establecer la excepcionalidad de toda separación de los niñxs de sus padres. En esta línea, cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su carácter de intérprete último de la Convención Americana de Derechos Humanos que ostenta jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Carta Magna), en el resonado caso “Fornerón y otra c/ Argentina” del 27/04/2012, puso de resalto que

... este Tribunal ha indicado que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia.

En este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquel, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.⁷

Agregándose en esta sentencia –siguiéndose la postura asumida con anterioridad en otro resonado caso, “Atala Riffo y otros c/ Chile” del 24/02/2012– que

... la Corte ha señalado que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.⁸

¿Acaso la aludida preferencia materna no es funcional y reafirma estereotipos de género y profundiza desigualdades? ¿No sigue centrada en una idea tradicional de familia? Precisamente, esto es lo que pretende colocar en tensión la *CEDAW* al establecer en su artículo 16 referido a la obligación de los Estados partes de adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos vinculados a las relaciones familiares, en particular “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” (inc. d).

La puesta en crisis de la preferencia materna estrechamente vinculada con la familia tradicional se agravó tras la sanción de la Ley N° 26618, que reconoce el derecho a contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo. Sucede que esta normativa derogó tal preferencia sólo para el caso de los matrimonios conformados entre personas del mismo sexo, adoptándose una variable igualitaria para la asignación del

7. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Fornerón y otra c/ Argentina”, 27/04/2012, Considerando 47. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf (fecha de consulta: 17/10/2018).

8. *Ibidem*, Considerando 50.

cuidado personal como lo es el interés superior del niñx.⁹ Esta decisión legislativa dio lugar a que se dijera:

... lamentamos que los bienvenidos “vientos de cambio” en las relaciones familiares que se perfilan luego de la sanción de la Ley N° 26618 no hayan alcanzado algunos aspectos de las relaciones paterno/materno filiales asentadas en las uniones de igual o distinto sexo. Ello en tanto es precisamente, el reconocimiento legal –y por tanto, simbólico– de la homoparentalidad, que descarta de plano la división sexual de roles en la crianza de los hijos, el que permite reforzar la discriminación inherente a las reglas jurídicas masculinas y heterosexuadas que determinan la atribución del cuidado personal del hijo tras la ruptura de la convivencia.¹⁰

Este doble desajuste en términos de géneros (mujer y diversidad sexual) es respondido en el CCyC al receptar el régimen de coparentalidad y a la par o a esos fines, adoptar un lenguaje inclusivo al referirse al término progenitor/es en vez de madre/padre.

De este modo, la preferencia materna no podía ser mantenida por triple fundamento: 1) perspectiva de género, 2) igualdad en razón de la orientación sexual y 3) interés superior del niñx, advirtiéndose que todo hijx tiene derecho a vincularse con sus progenitores (cualquiera sea su identidad) y por lo tanto, *a priori* y en abstracto, entender que no hay un progenitor principal (el que tiene la “tenencia”) y otro secundario o periférico (quien “visita”); sino que ambos son importantes en la vida de los hijxs y tiene derecho a que se respete el vínculo afectivo y jurídico que se forja en cada uno de estos binomios.¹¹

9. El art. 4 de la Ley N° 26618 sustituyó el entonces art. 206 del código derogado manteniendo que “Los hijos menores de CINCO (5) años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor”, y agregando que “En casos de matrimonios constituidos por ambos cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo, el juez resolverá teniendo en cuenta el interés del menor”.

10. Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria; Herrera, Marisa, *Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2010, p. 476.

11. Se tiene en cuenta la crítica que hace Margrit Eichler tanto al modelo patriarcal como al modelo de responsabilidad individual de la familia, en el que se propone un modelo de responsabilidad social. Sucede que este último continúa centrado en la perspectiva binaria hombre-mujer y en esa lógica, también al criticarse el modelo individual de familia, se lo hace desde la noción tradicional de familia focalizado en la idea de hombre proveedor-mujer cuidadora y la realidad social contemporánea se la observa un tanto más compleja y dinámica (Eichler, Margrit, “Cambios familiares: familias, políticas e

Asimismo, y a la luz de la obligada perspectiva sistémica, cabría agregar que el régimen de coparentalidad estaría en absoluta consonancia con dos deudas pendientes en la agenda feminista como lo son las políticas de cuidado y la modificación del régimen de licencias. En este sentido, cabe traer a colación las observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Argentina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹² que recomienda al país “reforzar las disposiciones legislativas y las políticas públicas con presupuestos asignados, destinadas a lograr la igualdad de derechos para el hombre y la mujer” y, dentro de este extenso espectro, priorizar en el fortalecimiento y extensión de

... un sistema público de cuidados integral que elimine las brechas sociales y territoriales, a través de la efectiva implementación del plan de igualdad de oportunidades, y promover más activamente políticas de conciliación entre la vida laboral y familiar para hombres y mujeres.

Y la adopción e implementación de “medidas efectivas, incluso medidas temporales, contra los estereotipos sociales contra las mujeres a nivel nacional, provincial y municipal”.

Ahora bien, sería dable ir más allá de todo este constructo jurídico que ha tenido un fuerte desarrollo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional y comparada,¹³ y que la legislación civil y comercial sólo se encargó de legalizar y consolidar, siendo que la coparentalidad como principio o régimen legal de preferencia no ocupa to-

igualdad de género”, en Facio, Alda; Fries, Lorena (edits.), *Género y Derecho*, Colección Contraseña, Estudios de Género, Serie Casandra, Santiago, La Morada, 1999, p. 443 y ss).

12. Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, E/C.12/ARG/CO/4.

13. Amplísima es la bibliografía nacional en torno a la entonces denominada “tenencia compartida” ahora conceptualizada bajo la noción de “coparentalidad”. Sólo se citan algunos trabajos que también destacan el estado del arte en el derecho comparado como ser: Chechile, Cecilia, “Derecho del hijo a la responsabilidad de ambos padres en su crianza y educación”, en Grosman, Cecilia P. (dir.); Herrera, Marisa (coord.), *Hacia una armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y Países Asociados*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 293 y ss; Grosman, Cecilia P., “El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o la separación de los padres: ¿utopía o realidad posible?”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída; Pérez Gallardo, Leonardo B. (coords.), *Nuevos perfiles del Derecho de Familia. Libro Homenaje a la profesora Dra. Olga Mesa Castillo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 179 y ss; Herrera, Marisa; Latrhop, Fabiola, “Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 32, pp. 143-173. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5024/6012>

das las respuestas jurídicas en materia de relación entre progenitores e hijxs, sino que la cuestión es mucho más compleja aún.

Repensando las reglas de juego: las mismas reglas con otra perspectiva

Centradas en la idea de que el régimen de coparentalidad es el que mejor responde o se condice con los diferentes principios y derechos constitucionales-convencionales que atañen a diferentes colectivos (mujeres, niñxs y diversidades), cabría entonces indagar en torno a cómo debería ser la lectura de tal régimen jurídico para que, finalmente, la protección de la igualdad jurídica sobre la base de la desigualdad real no sea una utopía y, en definitiva, se sigan reafirmando modelos familiares patriarcales. Este sería el desafío que se pretende sintetizar en esta oportunidad.

De base, comprender que la preferencia materna y el presumir que los hijxs quedan bajo el cuidado y responsabilidad de las madres por presunción –y privilegio– legal, no sólo reafirma estereotipos de género tradicionales, sino que profundiza el mandato y la correspondiente culpa¹⁴ que ello genera fundado en el binomio difícil de romper de mujer-madre. ¿Acaso las mujeres no debemos ser las primeras en repudiar campañas como la que se observa en la actualidad en contra de la reforma y profundización de la Ley N° 26150 de Educación Sexual Integral con el *hashtag* #ConMisHijosNoTeMetas? Campaña gráfica que protagoniza una mujer-madre quien se opone a que le brinden educación sexual a su hijo –en masculino– como si los derechos sexuales y reproductivos fueran una materia que le compete a los adultos y dentro de ellos, a las madres. Precisamente, a dicha campaña también se la vincula directamente con dos fuertes críticas desde el feminismo: la defensa de la familia (así en singular) y la pretendida –en términos peyorativos– “ideología de género”. Con relación a esto último, cabe destacar que en diciembre de 2017 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) puso de resalto su preocupación por la decisión del Ministerio de Educación y Ciencias de Paraguay de prohibir la

14. Conocida también como doble carga o responsabilidad.

difusión y utilización de materiales referentes a la “teoría y/o ideología de género”, al entender que ello supone un retroceso para los derechos de las mujeres, de las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas y de las niñas y niños a recibir una educación libre de estereotipos basados en ideas de inferioridad o de subordinación. En ese sentido, se expuso que “Este tipo de medidas suponen una grave omisión del deber del Estado de proteger a la niñez de toda forma de violencia y de discriminación, en todos los ámbitos, y especialmente en la escuela”, agregándose que es alarmante que

... la perspectiva de género sea peyorativamente referida como “ideología de género”. La perspectiva de género es una herramienta clave para combatir la discriminación y la violencia contra las mujeres y contra las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas; y un concepto que busca visibilizar la posición de desigualdad y de subordinación estructural de las mujeres a los hombres en razón de su género.¹⁵

En esta línea, cabe traer a colación la Recomendación General N° 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y la Observación General N° 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta en 2014,¹⁶ en la que se profundiza sobre el empoderamiento de mujeres y niñas, alegándose que

Los Estados partes tienen la obligación de cuestionar y cambiar las ideologías y estructuras patriarcales que impiden a las mujeres y las niñas ejercer plenamente sus derechos humanos y libertades. Para que las mujeres y las niñas superen la exclusión social y la pobreza que muchas padecen y que incrementan su vulnerabilidad a la explotación, las prácticas nocivas y otras formas de violencia por razón de género, es preciso equiparlas con las destrezas y competencias necesarias para hacer valer sus derechos, incluido el de adoptar decisiones autónomas e informadas sobre sus propias vidas. En

15. Oficina de Prensa y Comunicación de la CIDH, “CIDH lamenta la prohibición de la enseñanza de género en Paraguay”. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/208.asp> (fecha de consulta: 16/10/2018).

16. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer Observación General N° 31 y Comité de los Derechos del Niño Observación General N° 18 sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta, 2014. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9925.pdf> (fecha de consulta: 15/10/2018).

este contexto, la educación es un instrumento importante para empoderar a las mujeres y las niñas de manera que reivindicquen sus derechos.¹⁷

Agregándose que

La infancia y, como tarde, la adolescencia temprana son puntos de partida para prestar asistencia tanto a los niños como a las niñas y apoyarlos para que cambien las actitudes basadas en el género y asuman papeles y formas de conducta más positivos en el hogar, en la escuela y en la sociedad en general. Esto conlleva facilitar los debates con ellos acerca de las normas sociales, las actitudes y las expectativas que están asociadas con la feminidad y la masculinidad tradicionales y los papeles estereotipados vinculados al sexo y al género, así como trabajar en colaboración con ellos para apoyar un cambio personal y social dirigido a eliminar la desigualdad basada en el género y promover la importancia de valorar la educación, en especial la educación de las niñas, en un esfuerzo por erradicar las prácticas nocivas que afectan específicamente a las preadolescentes y las adolescentes.¹⁸

En este contexto, sostener decisiones legislativas que mantienen la preferencia materna en el cuidado y responsabilidad de los hijxs, no sólo impide el difícil y complejo sendero hacia la erradicación de prácticas nocivas que consolidan expectativas asociadas a la feminidad tradicional, sino que también, y a la par, reafirman sentimientos de culpa en la construcción del vínculo con los hijxs, dado el importante rol que ocupan las mujeres en el mercado laboral más allá de la persistente brecha salarial y otras tantas discriminaciones existentes y persistentes en el campo laboral y sindical. ¿Acaso no constituye una decisión legislativa emancipadora salirse de todo tipo de preferencia en el cuidado de los hijxs para pasar y profundizar en la noción de co-responsabilidad/parentalidad? ¿Acaso la ley no tiene un fuerte valor pedagógico? ¿El Estado no tiene el deber, a través de diferentes acciones –entre ellas la ley– de colaborar para modificar patrones de conductas que han sido sumamente opresivas en términos de género? En esta línea crítica, cabría preguntarse qué incidencia han tenido en la configuración y gravedad de la violencia de género la educación y formación tradicional, estratificada, verticalista y patriarcal. En otras palabras, la necesidad de indagar acerca de las virtudes del sistema

17. *Ibíd.*, párr. 61.

18. *Ibíd.*, párr. 67.

de coparentalidad con la consecuente flexibilidad en los roles parentales, signados por una vinculación e interacción de carácter horizontal, constituyen elementos centrales para la elaboración de políticas de prevención de uno de los actos de mayor gravedad en términos de conculcación de derechos humanos, como lo es la violencia de género.

En definitiva, esta supuesta y falsa contradicción entre coparentalidad y enfoque de género podría ser vista como un caso más en el que se asevera –con acierto– que a veces los opuestos se encuentran, se parecen o se identifican; o de manera más coloquial, el conocido giro de 360 grados. Es decir, partir del mismo punto de partida que hace tiempo se viene interpellando y que, a pesar de la resistencia de las voces autorales conservadoras que siempre han primado en el derecho de familia en singular, ahora se las estaría observando desde aquellas posturas que, en teoría, defienden con la misma firmeza que aquí el derecho de las familias en plural. ¿Las paradojas del feminismo?

Las excepciones existen y no hay que temerles

La coparentalidad es la regla, tal como lo dispone el CCyC en varios articulados consignados dentro del Título VII dedicado a la “Responsabilidad parental”, otra denominación que también ha sido modificada, en reemplazo de la perimida “patria potestad”, ya que ella era entendible en el contexto del código originario en el que las mujeres éramos consideradas “incapaces de hecho” relativas; concepción diametralmente opuesta a la actual. Además, en la lógica velezana, los hijxs eran también considerados “incapaces” y objeto a la potestad del *pater* familia, por lo cual la noción de responsabilidad parental se condice con la revolución copernicana que ha operado en el campo del derecho de la infancia y adolescencia. En este contexto, fácilmente se advierte que, así como la noción de responsabilidad parental ha sufrido cambios en el plano terminológico por doble presión: los avances en el campo de los derechos de las mujeres y de los derechos de niñxs y adolescentes, también lo ha sido en lo relativo a su contenido por incidencia, en gran parte, de la mencionada coparentalidad.

El artículo 641 referido al ejercicio de la responsabilidad parental establece que esta corresponde a ambos progenitores cuando ellos conviven (inc. a), como así también cuando no conviven (inc. b). ¿Acaso la

separación de los adultos tiene que impactar de manera directa en la relación con los hijxs? Precisamente, como lo que se pretende es diferenciar el vínculo entre los adultos del relativo a progenitores e hijxs, la ley sigue presumiendo –salvo prueba en contrario, o sea, la excepción– que la interacción entre estos últimos no debería verse afectada por la ruptura entre los primeros; máxime cuando es sabido que las parejas en la actualidad se separan mejor o de manera menos conflictiva, o al menos, el CCyC también colabora para ello al derogar el divorcio causado, tanto objetivo como subjetivo o por culpa. ¿Acaso no es sabido que los divorcios conflictivos repercutían de manera directa –y negativa– en los hijxs? Por su parte, en materia de cuidado personal, el CCyC regula dos tipos: el cuidado personal compartido y el unilateral; a su vez, el compartido observa dos modalidades: alternado e indistinto. Al respecto, la legislación civil y comercial se inclina como regla, por el cuidado personal compartido en modalidad indistinta (art. 651),¹⁹ siendo el cuidado personal unilateral la excepción (art. 653).²⁰ En esta lógica, incluso cuando los hijxs se quedan al cuidado de uno de los progenitores, al otro le cabe el correspondiente derecho de comunicación (art. 652).²¹ Esta sería, de manera harto sintética, la estructura básica del régimen jurídico vigente y el que bregaba la doctrina y la jurisprudencia pre-reforma por imperativo constitucional-convencional. Pero esta misma fuerza legal prevé excepciones, y ello sucede cuando la regla no es posible de ser sostenida a la luz del interés superior del niño en su triple faceta de ser: un derecho, un principio y una norma de procedimiento.²²

19. Art. 651: “Reglas generales. A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo”.

20. Art. 653: “Cuidado personal unilateral. Deber de colaboración. En el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el juez debe 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. El otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente”.

21. Art. 652: “Derecho y deber de comunicación. En el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo”.

22. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1). Disponible en: <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf> (fecha de consulta: 16/10/2018).

Es en este punto en el que se vuelve a retomar una idea esbozada anteriormente, referida a las excepciones y, en especial, a las situaciones de violencia (en sentido amplio) como consideración clave a ser tenida en cuenta para colocar en crisis la regla, es decir, la coparentalidad. En este marco, así como el CCyC no puede partir del principio de que todas las mujeres somos, por el sólo hecho de ser mujer, las preferidas por la ley para hacernos cargo de manera única de nuestros hijos, tampoco puede presumir que todos los padres son violentos; máxime, si se recuerda que el ordenamiento jurídico reconoce las familias homoparentales (art. 14 bis de la Constitución Nacional), y a quienes les cabe el principio de progresividad y no regresividad que es dable reforzar en los tiempos que corren.

Cuando existe una situación de violencia, el principio de coparentalidad debe ceder, y la excepción del cuidado personal unilateral adquirir protagonismo convirtiéndose ella en la regla; más aún cuando se trata de situaciones de abuso sexual, adquiriendo la suspensión de la comunicación un papel primordial. Centrados en las voces más actuales, es dable destacar que esta postura es avalada por la Corte IDH en un interesante fallo del 08/03/2018 en el caso “V.R.P., V.P.C. y otros c/ Nicaragua”.²³ Se trata de la responsabilidad del Estado por las supuestas irregularidades y situaciones de impunidad en el proceso penal seguido por el delito de violación sexual cometido en contra de la niña que en el momento del hecho contaba con ocho años de edad por parte de su progenitor, miembro del Frente Sandinista para la Liberación Nacional. En esta oportunidad, la máxima instancia judicial regional en materia de derechos humanos reiteró que

... en casos de violencia contra la mujer, las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En su artículo 7.b), dicha Convención obliga de manera específica a los Estados partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. De este modo, ante un acto de violencia contra una mujer, sea cometida por un agente estatal o por un particular, resulta especialmente importante que

23. Corte IDH, “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, 08/03/2018. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf (fecha de consulta: 17/10/2018).

las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección.²⁴

En este contexto, y tras puntualizarse que en el caso se debe llevar adelante “un enfoque interseccional que tenga en cuenta la condición de género y edad de la niña”, se alude al artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos en consonancia con el *corpus iuris* en materia de derechos de infancia y adolescencia, y por lo tanto, la existencia de una “obligación estatal reforzada de debida diligencia”.²⁵ En consonancia con ese plus o refuerzo que se explicita, se señala que

... si bien el debido proceso y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de las niñas, niños y adolescentes, el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior se erija en una consideración primordial en todas las decisiones administrativas o judiciales que se adopten.²⁶

Sin perderse de vista que

Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones, con el objeto de que la participación de la niña, niño o adolescente se ajuste a su condición y no redunde en perjuicio de su interés genuino.²⁷

De esta doctrina contenciosa regional se pueden extraer los siguientes aportes: 1) el deber reforzado del Estado –en especial el Poder Judicial– al intervenir en los casos de mayor gravedad en términos de vulneración de derechos humanos como es el abuso sexual infantil, lo cual vale no sólo para los procesos penales, sino también para los civiles al ordenar la inmediata interrupción de la comunicación entre víctima y victimario; agregándose que tras la reforma introducida al CCyC por

24. *Ibídem*, párr. 152.

25. *Ibídem*, párrs. 154 *in fine* y 155.

26. *Ibídem*, párr. 158.

27. *Ibídem*, párr. 159.

la Ley N° 27363, el procesamiento por el delito de abuso sexual trae como medida accesoria la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental y la condena, la privación de dicha responsabilidad parental;²⁸ y 2) la participación cuidada de los Niños, Niñas y Adolescentes (NNA), no sólo en lo relativo a la escucha sin sufrir el agravamiento de la situación de violencia a través de medidas revictimizantes por parte de la justicia, sino también mediante la intervención con asistencia letrada especializada. Precisamente, la voz de los NNA en los casos de vulnerabilidad y violencia más extrema como lo es la violencia sexual, es lo que ponderó –con acierto– la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso resuelto el 19/09/2017,²⁹ siguiéndose lo expresado por el Procurador en su dictamen, en el que se puso de resalto de manera general que

Como habitualmente ocurre en supuestos como el de autos, la principal prueba de cargo es el relato de la víctima. En virtud de las dificultades probatorias características de este tipo de delitos, especialmente cuando se cometen en perjuicio de menores y en un contexto intrafamiliar, determinar si la declaración del niño en cámara Gesell es verosímil o no resulta esencial para el esclarecimiento del caso.

Y tras esta aseveración general, se tuvieron en cuenta los informes de las profesionales especializadas del Cuerpo Médico Forense en los que expusieron que

El niño efectuó una narración acorde a su edad y a su compromiso psíquico, [...] que se hallaba afectado fuertemente por factores emocionales, que dichas perturbaciones emergían con fuerza al narrar lo que le había acontecido, y que la figura masculina/paterna aparecía en la psiquis del niño como amenazante y destructiva; con la consecuente “credibilidad integral al testimonio de P”, y los “indicadores propios aunque inespecíficos de abuso sexual” y negaron la existencia de “elementos que puedan hacer presumir la influencia de terceros en su relato”, así como de “rasgos de irrealidad, fantasía o sobrecarga imaginaria”.

28. Para profundizar sobre esta modificación ver Herrera, Marisa; De la Torre, Natalia, “Privación automática de la responsabilidad parental y derechos humanos: de vulnerabilidad y vulnerabilidades en plural”, en *LL online* (Ref.: AR/DOC/1182/2017).

29. CSJN, “RMA s/ querella”, 19/09/2017. Disponible en: *elDial.com* (Ref.: AAA289), publicado el 13/10/2017.

De este modo, se revocó lo dispuesto en instancia anterior –absolución– y se ordenó dictar un nuevo pronunciamiento.

Así, defender la coparentalidad como sistema jurídico central o principio general en la relación jurídica entre progenitores e hijxs, lejos está de avalar la violencia en todas sus formas y menos aún, en sus peores formas como lo es el abuso sexual,³⁰ que constituye la violencia más gravosa hacia NNA.

Dicho esto, cabe hacer otra distinción para seguir mostrando ciertas complejidades y grises que observan las relaciones de familia. Nos referimos a los casos de obstrucción de vínculos cuando no se presenta ni se asoma planteo de abuso sexual alguno. ¿Existen situaciones en las cuales los progenitores –madres y padres, en relaciones de igual o diverso sexo– impiden el vínculo afectivo o comunicación con el otro? La respuesta positiva se impone. Obstrucción que no sólo se observa en el plano nacional (por ejemplo, progenitores que sin dar aviso al otro progenitor se mudan de domicilio), sino también en el internacional mediante los procesos de restitución o sustracción internacional de niñxs. Admitir la existencia de estas situaciones que conculcan el derecho a la

30. Como síntesis, cabe destacar lo expresado por Virginia Berlinerblau al destacar que “A medida que las investigaciones en el campo del abuso sexual infantil devienen más sofisticadas, el estudio de sus consecuencias dañosas ha progresado desde la descripción de meros síntomas, hacia un esfuerzo en conceptualizar el daño psíquico que produce en el niño [...] Diferentes estudios y autores describen lo que se observa a diario en la clínica forense: el ASI afecta negativamente el desarrollo de la personalidad, la conducta sexual y el comportamiento de las NNYA víctimas. Suelen, además, superponerse victimizaciones diversas, complejizando y potenciando estos efectos negativos. Y existe la dificultad de identificar el factor exacto inductor de cada afectación, porque la susceptibilidad individual al daño varía. La fortaleza particular de cada ser NNYA ante las adversidades descarta la formulación de una relación causal única entre el abuso sexual y las secuelas. Por esta y otras variables, el modo en que se manifiestan los efectos de la victimización sexual es variable. Incluso existen mecanismos que hacen que los efectos de haber sido víctima puedan no ser notorios o no ser evidentes en la conducta del niño –con lo que no se reconoce el daño oculto–. Son frecuentes los casos en los que la victimización pasa desapercibida para los adultos del entorno y por lo tanto el niño no es atendido adecuadamente, manteniéndose la afectación “latente” hasta etapas posteriores del desarrollo. Luego puede desatarse con gran fuerza, asociada generalmente a situaciones desencadenantes que difieren de la victimización inicial. Sin embargo, en la literatura científica se han encontrado factores que son mencionados por diversos autores y que muestran similitudes en relación a la gravedad de la victimización sexual y de los factores que agravan el daño” (Berlinerblau, Virginia, “Un fallo que contempla la función clínica reparadora del derecho”, *Revista Derecho de Familia*, 2014-III-14).

comunicación de los niñxs con uno de los progenitores, nada tiene que ver con el falso síndrome³¹ denominado SAP. Precisamente, como ya se adelantó, el CCyC deroga el régimen del divorcio causado por uno incausado con el objetivo, de evitar que cualquier contienda entre los adultos repercuta de manera negativa en la relación con los hijxs. ¿Cuántas veces la supuesta infidelidad de uno de los cónyuges, o el abandono del hogar que hiciera la mujer fundado en situaciones de violencia, traía aparejada la amenaza por parte del otro de ser tildado de “culpable” y el consecuente temor de que ello pudiera tener alguna repercusión en la relación con los hijxs? En este marco, es necesario diferenciar supuestos muy diversos que encierran problemáticas entre los adultos con clara incidencia o impacto en los hijxs, de problemáticas que afectan directamente a los hijxs por actos de violencia hacia uno de los progenitores y/o a los hijxs. De allí la importancia de distinguir conceptos como el de coparentalidad, comunicación, impedimento de contacto, violencia y abuso sexual que son bien disímiles, so pena de incurrir en un reduccionismo analítico.

Como se ha explicado en alguna oportunidad,³² en el derecho brasileño bajo la denominación de alienación parental se regulan tanto

31. Desde el vamos, se debe poner en crisis la idea de que exista un “síndrome” porque para ser tal, se debería dar una cantidad de requisitos o conjuntos “sintomáticos” o cuadros clínicos que se repiten, reiteran o concurren en tiempo y forma y se verifican a través de estudios apropiados; nada de esto ocurre en torno al SAP. ¿Acaso alguien podría sostener la existencia de un “síndrome” por parte de aquellas personas que pretenden adoptar y que ante el paso del tiempo sin lograrlo, deciden llevar adelante maniobras ilegales para alcanzar, a cualquier costo, ser padres? En este marco, pretender elevar al rango de “síndrome” determinadas conductas sociales conduce a un reduccionismo analítico con el efecto negativo que se deriva de ello por las consecuencias perversas que se derivan al comprometer la violencia más extrema hacia niñxs y adolescentes como lo es el abuso sexual intrafamiliar (Giberti, Eva, *Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes. Un daño horroroso que persiste en el interior de las familias*, Buenos Aires, Noveduc, 2015).

32. Herrera, Marisa, “Responsabilidad civil y Responsabilidad parental: daños por la obstrucción del derecho de comunicación entre padres e hijos. Los límites del derecho”, publicado en LL 2011-A, que ha sido criticado por algunas voces feministas al punto de decir que allí se “promovía” el falso SAP, cuando allí no se profundizaba sobre este tema, sino que sólo se procedió a analizar el primer fallo (una vez más, nos referimos al campo de la excepción) en el que un tribunal –la sala II de la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca– tuvo que expedirse en un reclamo de daños y perjuicios incoado por un padre contra la madre, quien omitió información relevante (que el hijo tenía una enfermedad en el recto) y, por lo tanto, el médico tratante había diagnosticado un cuadro compatible con abuso sexual, habiendo estado privado de la libertad y 7 años sin tener contacto con su hijo, focalizándose en el artículo en la cuestión de

las situaciones de abuso sexual como la figura del impedimento de contacto.³³ En cambio, en el derecho argentino –principalmente– se ha vinculado este falso síndrome para desacreditar la palabra de los NNA víctimas de abuso sexual y así impedir el proceso penal y cualquier restricción de contacto con el victimario (con el consecuente cuidado que se deriva de tal prohibición de comunicación). ¿Acaso, tal como se ha visto en el caso de la Corte IDH, ante la situación de violencia sexual, no se refuerza el deber de actuación/intervención de protección por parte del Estado? Ello se cumple siempre, si de mínima o de base se procede a dictar las medidas pertinentes tendientes a interrumpir el vínculo entre víctima y victimario. De este modo, sería imposible jurídicamente incurrir en el delito de impedimento de contacto (Ley N° 24270) cuando el apartamiento se encuentra justificado al priorizar un derecho (integridad), por sobre cualquier derecho que pudiera alegar el progenitor, presunto autor del abuso sexual. Es evidente que el principio de razonabilidad se inclina a favor del más vulnerable a quien le cabe la aplicación del principio *pro minoris* o *pro debilis*.

Ahora bien, al falso SAP –de manera excepcional– se lo ha vinculado en el derecho argentino a situaciones en las cuales no está comprometido el abuso sexual, sino conductas obstruccionistas. Un ejemplo de ello se observa en el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires del 22/06/2016, en el que un padre obstaculiza el vínculo con la madre y los hijos, quienes también se niegan a relacionarse con ella, sin aludirse a situación de abuso sexual alguna. Aquí, Pettigiani en su voto destacó de manera clara y elocuente que

... la tesis del doctor Gardner carece de consenso científico. Tanto para la Organización Mundial de la Salud como para la Asociación Americana de Psiquiatría, el SAP no posee comprobación médica y por eso las dos principales nomencladoras del diagnóstico psicopatológico profesional a escala mundial (el CIE-10 y el DSM) han rechazado hasta ahora su inclusión en la lista de síndromes [...] Otro tanto sucede con los pronunciamientos desfavorables a su conceptualización clínica como síndrome, realizados por la Asociación Americana de Psicología [...] la

la cuantificación del daño al tratarse de un trabajo dedicado a la responsabilidad civil (derecho de daños). ¿Este análisis de un fallo excepcional es hábil para afirmar que se promueve el SAP? La respuesta negativa una vez más se impone.

33. Ley N° 12319/2010.

Asociación Médica Americana, la Asociación Americana de Psicólogos, la Asociación Española de Neuropsiquiatría [...] En la misma tesitura se encuentran los pronunciamientos contrarios a su rigor científico, efectuados por el Colegio de Psicólogos de la Provincia de Buenos Aires [...] y la Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de La Plata ...

Ahora bien, más allá de este debate, es posible apreciar de las constancias de la causa que si bien de las pericias realizadas emana la necesidad de fortalecer el vínculo materno filial, que se encuentra dañado, no surge de ellas la verificación de una incidencia paterna que pueda ser calificada de alienante en perjuicio de los menores [...] Una situación de permanente y creciente confrontación y continua desautorización mutua y desacuerdo que ha desdibujado el rol dual de autoridad de los padres, impidiendo la conformación de un subsistema parental en el cual se puedan impartir normas y educación en forma simultánea y coparticipativa, con aliento a la libre circulación de los niños por ambos contextos materno y paterno. En la superficie, los menores justifican la selección de ese contexto alegando malos tratos de parte de su madre, así como que esta habría realizado actos con el objeto de perjudicar su vinculación con su padre (como el cambio de turno en el colegio al que asistían) [...]. Asimismo, expresan cierta preferencia por el entorno familiar alternativo construido por el padre con su nueva pareja, en desmedro del reformulado por la madre [...] Pero su verdadera causa no posee relación alguna con la eventual impericia o negligencia de la progenitora para el ejercicio de su función materna, sino que se encuentra definida por la posición que los niños han tomado en el conflicto adulto, que ha abolido la coparentalidad y los ha obligado a tomar partido, manifestando una solidaridad mayor con el subsistema paterno, en oposición al materno.

En este marco, se asevera que

A pesar de las denuncias cruzadas de manipulación, las actitudes de los menores no pueden ser atribuidas a una posible alienación parental. Pues a partir de las constancias de la causa, en este estado, a falta de una específica opinión terapéutica en dicho sentido, no es posible apreciar que el progenitor de los niños haya incurrido en las conductas compatibles con dicho cuadro, como tampoco –más allá de su eventual falta de aliento para que los niños compartan más actividades con su madre [...] en una deliberada actitud obstruccionista sobre el vínculo afectivo habido entre esta y sus hijos, dirigida a impedir o dificultar que los vea o ejerza su responsabilidad parental (Herrera, Marisa, “Responsabilidad civil y Responsabilidad parental: daños por la obstrucción del derecho de comunicación

entre padres e hijos. Los límites del derecho”, en *LL* 2011-A-1091; también, Jáuregui, Rodolfo G., “Un caso doloroso y una adecuada solución que limita el ejercicio abusivo e irregular de la responsabilidad parental”, en *LLBA*, febrero de 2013, p. 23). Más bien, como fuera expuesto, los menores han sido colocados por ambos padres, por sus constantes e irreconciliables enfrentamientos, en la difícil situación de tener que elegir entre uno de ellos para sobrevivir al conflicto adulto, y en ese trance, en general, la autoridad materna ha resultado afectada.³⁴

También resulta interesante traer a colación otro precedente dictado por la máxima instancia judicial mendocina con fecha 16/08/2016.³⁵ Se trata de un matrimonio que tiene un hijo, I., nacido en el año 2000, y que al divorciarse, su cuidado (en ese entonces, denominada “tenencia”) había quedado a cargo de la madre con un régimen de comunicación que no era pacífico. El 13/04/2009 se presenta el padre con su hijo y solicita la guarda provisoria y que se ordene la prohibición de acercamiento de la madre. Acompaña un informe psicológico del niño, en el que la profesional refiere una relación conflictiva de I. con su mamá, episodios de violencia verbal y física, maltrato, temor del niño por su propia vida; y un vínculo de contención y afecto por parte de su papá. En este contexto, el juez ordena mantener al niño bajo la guarda provisoria de su padre, hasta tanto se tramite el proceso de fondo para determinar el cuidado personal. Luego de rendidas distintas pruebas e informes psicológicos, el 10/09/2009 la jueza ordena

34. SCBA, “S., D. contra D., M. N. Tenencia de hijos”, 22/06/2016. Disponible en: <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=134193> (fecha de consulta: 17/10/2018). Como se puede observar, aquí se lleva adelante una correcta interpretación del trabajo mencionado en la nota anterior, ya que admitir que hay situaciones que impiden o dificultan el vínculo entre un progenitor y su hijx por parte del otro progenitor, no implica en absoluto avalar la existencia de un falso síndrome, ni mucho menos afirmar que los abusos sexuales intrafamiliares no existen o son inventados. Hacer decir lo que no se dice, además de ser un acto de elocuente tergiversación, constituye una animosidad que en nada colabora –todo lo contrario– a profundizar en dos temas de gravedad y que vulneran derechos humanos de niñas y adolescentes –más uno que otro– como lo son el abuso sexual intrafamiliar por un lado, y las desavenencias vinculares, por el otro. Ello, claramente, cuando tal desavenencia o impedimento no se funda en la sospecha de abuso sexual, siendo este supuesto de suma envergadura para procederse con urgencia a interrumpir de manera cautelar toda comunicación. En otras palabras, este supuesto constituye la principal excepción a la regla de la coparentalidad.

35. SC, Mendoza, Sala I, “F., M. C. por sí y p. s. h. m. s/ medida autosatisfactiva p/ rec. ext. de inconstit. – casación”, 16/08/2016. Disponible en: *LL Online* AR/JUR/82007/2016

el reintegro del niño a su madre, con un régimen de comunicación a favor del padre de alta frecuencia. Para decidir en tal sentido, se considera que no se confirmó a lo largo del proceso la existencia de hechos de violencia en cabeza de la madre que justificaran privarla del cuidado de su hijo, disponiéndose además de manera obligatoria terapia vincular por parte de todo el grupo familiar. Cuando se intenta hacer efectiva la sentencia y reintegrarse el niño a su madre, el hijo opone una gran resistencia, por lo cual la justicia dispuso que el reintegro fuere paulatino, fijando un régimen de comunicación diario en presencia de un asistente social del Cuerpo de Delegados y en la guardería de los juzgados de Familia. Finalmente, los primeros días de marzo del 2010, el niño vuelve a vivir con su madre. El 15/03/2010 la jueza celebra una audiencia con el niño en la que manifiesta que está bien con su mamá y que por 30 días no quiere ver a su papá y “que hará lo que diga su mamá; que si su mamá lo deja, lo ve, y si no, no” (*sic*). A partir de esa fecha, el padre no pudo tener más contacto con su hijo, reiterando el niño en una nueva audiencia que no desea ver al padre y que “todo lo que dijo antes respecto a su madre fue mentira”. En este contexto, se ordena un régimen provisorio de revinculación entre el niño y su padre, a los fines de restablecer el contacto filial, teniendo en cuenta la ausencia total de comunicación paterno/filial; además impone a la madre la obligación de cumplir con el régimen de comunicación bajo apercibimiento de disponer las sanciones que pudieran corresponder. Esa resolución es apelada por la madre, la Cámara de Apelaciones de Familia hace lugar en forma parcial a los recursos de apelación interpuestos y rechaza de manera temporal el pedido de revinculación inmediata e inaudita parte y a la par, dispone que ambos progenitores y su hijo realicen terapia familiar bajo mandato. Esta decisión es apelada y el caso llega a la Suprema Corte de Justicia de Mendoza cuando el hijo ya cuenta con casi 16 años de edad. ¿Qué se resuelve? Por aplicación del artículo 26 del CCyC que recepta el principio de autonomía progresiva de NNA y por lo tanto, que toda persona desde los 16 años debe ser considerado como un adulto para el cuidado de su propio cuerpo, se entiende que tal noción no sólo compromete la salud física, sino también la psíquica, y por lo cual, no se lo puede obligar a realizar terapia bajo mandato y a vincularse con su padre por orden judicial.

Más allá del acierto en torno al valor y peso de la palabra del hijo ya adolescente, es dable destacar lo que se aseveró en la sentencia:

Pero en esta triste historia, el odio entre los padres ha sido tan radical que han causado en I. un daño de muy difícil abordaje desde el punto de vista de la justicia reparadora. El derecho se encuentra prácticamente impotente frente a un caso así. No hay modo razonable de imponer a I. que acepte a su padre. No hay terapia a la que pueda obligárselo a asistir, porque ya se ha intentado todo y siempre con resultados negativos. Lamentablemente, los padres de I. no tuvieron el amor ni la generosidad suficiente hacia su hijo como para enseñarle a amar, aceptar y respetar a toda su familia; como para permitirle crecer con el amor de los dos y de toda su familia extensa, en un ambiente de vínculos saludables. Sólo le enseñaron que, mientras estaba con uno de ellos, debía odiar al otro; debía mentir en contra del otro; inventar situaciones para perjudicar al que le convenía en ese momento. Y luego, de un momento para otro, cambiar la versión de los hechos, desdecirse de todo lo dicho y hecho antes en contra de uno, para comenzar a repudiar y rechazar al otro.

En definitiva, autonomía progresiva y libertad para decidir de NNA y a la par, los límites a la intervención judicial.

Entonces, es dable diferenciar las denuncias de abuso sexual de cualquier otra situación que dificulta la comunicación entre progenitores e hijxs y en las cuales nada tiene que ver la violencia más aberrante que puede sufrir un NNA. En esta línea, existen sentencias de impedimento de contacto que no se vinculan con denuncias de abuso sexual,³⁶ o situaciones en las que se dirimen conflictos sobre la comunicación entre progenitores e incluso, un progenitor y un pariente (los supuestos de abuelos que no pueden ver a sus nietos por negativa de uno o ambos progenitores) en los que tampoco se ventilan situaciones de abuso sexual.³⁷

Por otra parte, es necesario revalorizar la voz de los NNA, partiendo de la credibilidad de lo que expresan cuando se trata de situaciones de abuso sexual, punto de partida ineludible en la misma línea o bajo la

36. CSJN, “R.V. s/Infracción ley 24.270”, 18/09/2018. Disponible en: elDial.com (referencia: AAAC60); CN Crim. y Correc., Sala I, “M., S. A. Sobreseimiento”, 30/05/2018. Disponible en: elDial.com (referencia: AAABOF); y de la misma Sala I, “G., M. A. s/ audiencia de contacto”, 21/02/2017. Disponible en: elDial.com (referencia: AA9E33).

37. Para un panorama general sobre la jurisprudencia al respecto ver Faraoni, Fabián E., Ramacciotti, Edith L.; Rossi, Julia, *Régimen Comunicacional. Visión doctrinaria*, Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, 2011.

misma lógica que la interrupción de toda comunicación con el presunto autor; ambas constituyen claras acciones protectorias.

La palabra de NNA constituye una manda constitucional-concencional en todas las situaciones que los afectan de manera directa o indirecta que emana del artículo 12 de la CDN, reafirmado y profundizado en la Observación General N° 12 del 2009 sobre “El derecho del niño a ser escuchado”.³⁸ Tal es así que se presentó un proyecto de ley en el que se pretende adicionar como artículo 27 bis a la Ley N° 26061 una disposición que regule los procesos “que involucren la vinculación o revinculación con sus progenitores, representantes legales, progenitores afines u otros referentes afectivos”. Se establecieron entre otras consideraciones la de “preservar y proteger primordialmente, el derecho a la salud mental de los niños, niñas y adolescentes, debiendo considerarse y respetarse sus tiempos y su situación emocional, evitando la revictimización del niño, niña o adolescente” y que

... si se trata de un o una adolescente, su negativa a la vinculación o revinculación se presume fundada, de conformidad con el ejercicio de su autonomía progresiva y del derecho al cuidado al propio cuerpo que involucra su salud mental prevista en el art. 26 del Código Civil y Comercial, excepto prueba en contrario. Cuando la opinión del niño, niña o adolescente contradiga la opinión del/a auxiliar de justicia, incluyendo al Ministerio Público y profesionales no jurídicos intervinientes, entre otros, el juez o la autoridad administrativa deberá tener primordialmente en cuenta la opinión del niño, niña adolescente y de su asistente letrado/a, debiendo fundarse el apartamiento de la misma si se decidiera en contrario.³⁹

He aquí también otra cuestión que es dable dilucidar y diferenciar para una correcta interpretación que gira en torno a la disyuntiva entre la palabra genuina de NNA y las influencias que estos pueden tener de sus referentes afectivos (es más amplia la cuestión, no se debe circunscribir a los progenitores). Precisamente, tanto en el fallo sintetizado de la Corte IDH como en el mencionado caso resuelto por la Corte Federal, la voz de los NNA es colocada en un lugar central, a tal punto que en este último se enfatizó que

38. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf> (fecha de consulta: 17/10/2018).

39. Proyecto 1581-D-2018.

... la asistencia técnica de R se agravó por la manera en que los jueces descartaron la hipótesis de que se trató de un relato inducido por la madre del menor, y por la dureza con la que, a su entender, juzgaron la actuación de los peritos de la defensa y ponderaron la prueba de descargo en general.

¿Se duda del niño o del adulto? Una vez más, resaltar la voz de los principales protagonistas es central y a la par, se debe contar con operadores formados para llevar adelante una adecuada lectura que permita discernir situaciones de influencia (por ejemplo, un progenitor desacredita al otro o a su familia y ello es transmitido al hijx), de situaciones –como enseña Berlinerblau– de “alineación parental”, en el que el hijx se alinea con el progenitor protector porque es víctima o testigo de la violencia que ejerce el otro progenitor. ¿Cuánto le debe la correcta resolución de todos estos casos, variados y complejos, a la profundización de la noción de los NNA como sujetos de derecho, con el reconocimiento de su autonomía progresiva y la pertinente intervención con asistencia letrada especializada?

Precisamente, dado el lugar que ocupan los progenitores en la vida de los hijxs no por casualidad, los primeros conflictos en los cuales se ha admitido la figura del abogado del niño han sido en procesos judiciales en los que se dirimían el ejercicio de la responsabilidad parental y cuidado personal de los hijxs tras la ruptura de la pareja. ¿El caso resuelto por la justicia mendocina no hubiera ameritado la intervención de I. con la debida defensa técnica o patrocinio letrado? Influencia que, como bien es sabido, excede el marco de las relaciones entre progenitores e hijos y se las puede advertir en otros ámbitos como aconteció en el mencionado caso “Fornerón”, quien nunca pudo mantener un vínculo afectivo con su hija debido a la resistencia y sentimientos negativos generados por los padres adoptivos en contra de su padre biológico.

Brevísimas palabras de cierre

Se dice que el tiempo es tirano, el espacio también. Imposible abordar tantas y tan complejas temáticas que se relacionan entre sí, pero también a la vez deben ser diferenciadas y ubicadas en su justo lugar, so pena de incurrirse en errores conceptuales y falacias argumentativas que, en vez de aclarar, oscurecen la visual en un terreno muy propicio para ello.

Así como no se debe caer en la supuesta colisión o contradicción entre derechos de las mujeres vs. derechos de la diversidad sexual, tampoco se debe incurrir en una confrontación entre derechos de las mujeres vs. derechos de niñxs y adolescentes. Una clara muestra de este equilibrio y satisfacción de todas las miradas y los colectivos ha sido la mencionada reforma que introduce la Ley N° 27363 de privación automática de la responsabilidad parental que opera, no sólo en casos de femicidio, sino también cuando el delito de homicidio involucra a una pareja conformada por personas del mismo sexo (de allí que también se alude en la normativa a los supuestos de homicidio agravado por el vínculo previsto en el artículo 80 inciso 1 del Código Penal), y también a los delitos contra la integridad sexual y por lo tanto, tal privación también acontece como accesoria de la pena condenatoria cuando un progenitor abusa sexualmente de su hijx.

En esta línea en la que se sigue y defiende una necesaria perspectiva sistémica, hábil para observar y reconocer diferentes actores, vulnerabilidades y derechos, también se ponen de resalto las virtudes del régimen de la coparentalidad como el más beneficioso en clave emancipadora; que se anima en serio, a salirse de la combinación absolutamente patriarcal y opresiva signada por la naturalización del binomio mujer-madre, los roles estereotipados de género y la concepción clásica y conservadora de familia en singular. En este contexto, es dable afirmar que el cuidado personal compartido constituye una herramienta legislativa contemporánea hábil en esta ardua, sinuosa y compleja lucha por la libertad y autonomía de las mujeres. Esto como principio, siempre sin perderse de vista las excepciones que deben ser visualizadas –con la misma intensidad que dicho principio– cuando se trata de situaciones de violencia y más aún de la violencia más extrema como lo es el abuso sexual. Acá no hay libertad, ni autonomía posible; en estos casos también hay opresión y de la más cruda y profunda. Precisamente por ello, estas excepciones deben generar un deber estatal reforzado, lo cual significa una especial atención por parte de aquellos que están llamados a intervenir de manera urgente y eficaz.

Hacer ciencias sociales –la menos exacta, perfecta y estructurada de todas las ciencias– y animarse a analizar, tanto las reglas como las excepciones, advirtiéndose los diferentes derechos e intereses en juego, sin enrolarse en posturas y visiones clásicas, no es tarea sencilla.

Ya lo ha dicho con la pluma exquisita que lo caracteriza el recordado Cortázar: “Parezco haber nacido para no aceptar las cosas tal como me son dadas”. Esta supuesta “desobediencia” forma parte de un clima de época, de los vientos feministas que nos envuelven en diferentes direcciones; con las lógicas y las bienvenidas contradicciones que se generan desde el adentro y para el afuera.

Bibliografía

ACNUR, Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

BEDIN, Paula, “Debates y redefiniciones en torno a la universalidad: hegemonía y movimientos sociales. Convergencias y divergencias entre Judith Butler y Chantal Mouffe”, en *Crítica Contemporánea. Revista de Teoría Política*, N° 5, Montevideo, Universidad de la República, diciembre de 2015. Disponible en: <http://cienciassociales.edu.uy/wp-content/uploads/sites/4/2015/12/Bedin.pdf>

BERLINERBLAU, Virginia, “Un fallo que contempla la función clínica reparadora del derecho”, en *Revista Derecho de Familia*, 2014-III-14.

CÁMARA DE APEL. CIV., COM., LAB., Y MIN., Sala I de Neuquén, “M. F. C. vs. C. J. L. s. Compensación económica”, 06/07/2018, RC J 5312/18.

CHECHILE, Cecilia, “Derecho del hijo a la responsabilidad de ambos padres en su crianza y educación”, en GROSMAN, Cecilia P. (dir.) / HERRERA, Marisa (coord.), *Hacia una armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y Países Asociados*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, artículo 3, párrafo 1, 2013. Disponible en: <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, Observación General N° 31; COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N° 18 sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta, 2014. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9925.pdf>

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE NACIONES UNIDAS, E/C.12/ARG/CO/4.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Fornerón y otra contra Argentina”, 27/04/2012, considerando 47. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

_____, “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, 08/03/2018. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, “R.V. s/Infracción ley 24.270”, 18/09/2018. Disponible en: elDial.com (referencia: AAAC60); CÁMARA NACIONAL CRIMINAL y CORRECCIONAL, Sala 1, “M., S. A. Sobreseimiento”, 30/05/2018. Disponible en: elDial.com (referencia: AAAB0F); y de la misma Sala 1, “G., M. A. s/audiencia de contacto”, 21/02/2017. Disponible en: elDial.com (referencia: AA9E33).

_____, “R M A s/ querella”, 19/09/2017. Disponible en: elDial.com (referencia: AAA289, publicado el 13/10/2017).

EICHLER, Margrit, “Cambios familiares: familias, políticas e igualdad de género”, en FACIO, Alda / FRIES, Lorena (edits.), *Género y Derecho*, Colección Contraseña, Estudios de Género, Serie Casandra, Santiago, La Morada, 1999.

FARAONI, Fabián E. / RAMACCIOTTI, Edith L. / ROSSI, Julia, *Régimen Comunicacional*, Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, 2011.

GIBERTI, Eva, *Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes. Un daño horroso que persiste en el interior de las familias*, Buenos Aires, Noveduc, 2015.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés / FAMÁ, María Victoria / HERRERA, Marisa, *Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2010.

GROSMAN, Cecilia P., “El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o la separación de los padres: ¿utopía o realidad posible?”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída / PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (coords.), *Nuevos perfiles del Derecho de Familia. Libro Homenaje a la profesora Dra. Olga Mesa Castillo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006.

HERRERA, Marisa “Responsabilidad civil y Responsabilidad parental: daños por la obstrucción del derecho de comunicación entre padres e hijos. Los límites del derecho”, publicado en *LL* 2011-A.

_____, “El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género”, *LL online* (Ref.: AR/DOC/160/2015).

HERRERA, Marisa / DE LA TORRE, Natalia, “Privación automática de la responsabilidad parental y derechos humanos: de vulnerabilidad y vulnerabilidades en plural”, *LL online* (Ref.: AR/DOC/1182/2017).

HERRERA, Marisa / DE LA TORRE, Natalia / FERNÁNDEZ, Silvia, *Derecho Filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*, Buenos Aires, La Ley, 2018.

HERRERA, Marisa / LATRHOP, Fabiola, “Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 32. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5024/6012>

HIGHTON, Elena, “Una etapa histórica: la mujer en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *LL online* (Ref.: AR/DOC/2598/2015).

HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN, Proyecto 1581-D-2018.

MOLINA DE JUAN, Mariel, *Compensación Económica*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2018.

_____, “Justicia penal, perspectiva de género y violencia económica”, *LL online* (Ref.: AR/DOC/1586/2017).

OFICINA DE PRENSA Y COMUNICACIÓN DE LA CIDH, “CIDH lamenta la prohibición de la enseñanza de género en Paraguay”. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/208.asp>