

Título: Principio de coparentalidad: un fallo y un decreto subsecuente

Autor: Basset, Úrsula C.

Publicado en: LA LEY 18/05/2020, 4

Cita: TR LALEY AR/DOC/1516/2020

Sumario: I. El caso.— II. La coparentalidad como principio: su significado.— III. El principio de coparentalidad en los tratados internacionales de derechos humanos.— IV. La prudencia judicial en un fallo de familia.— V. El derecho a la igualdad y su proporcionalidad/razonabilidad.

(*)

I. El caso

Se trata de una pareja parental separada. De la lectura del caso se evidencia un ejercicio de la responsabilidad parental que tiene un alto grado de conflictividad. La residencia principal la tiene el padre. La hija "Z" (una adolescente muy joven, de 14 años) parece una figura activa y central en ese conflicto. La familia está intervenida por psicólogos y asistente social. De la lectura del fallo se nota un contacto fluido entre el juez (la Dra. Agustina Díaz Cordero), el defensor (la defensora subrogante es la Dra. Stella Maris García Vigo) y los auxiliares de la justicia.

Los padres tienen un acuerdo de parentalidad según el cual la joven pasa una tarde y pernocta un día con la madre. El resto de los días transcurren en casa de su padre. Avenida la cuarentena obligatoria mientras estaba en el domicilio de su madre, el padre la retira abruptamente porque la jovencita habría manifestado su voluntad de pasar la cuarentena con él. El padre a partir de entonces no habilita ninguna vía de contacto con la madre, quien puede comunicarse con su hija por vía virtual casi tres semanas más tarde.

Como (sugestivamente) el acuerdo preveía una multa en caso de incumplimiento, la madre reclama una multa que se eleva a \$60.000. El padre, mientras tanto, entiende que no incumplió ningún contacto, dado que por razones de fuerza mayor (resolución 132/2020 del Ministerio de Salud) no era posible efectuar el traslado de la joven hasta la casa de la madre para que la viera.

La juez interviniente decreta inconstitucional la resolución ministerial 132/2020, por exorbitancia en sus facultades regulatorias, desestima la multa y decreta un régimen ad hoc de contacto por el cual la joven pasará algo más de quince días en casa de su madre.

Días más tarde, una decisión administrativa emitida por el Poder Ejecutivo Nacional da marcha atrás respecto de la prohibición de trasladar a los niños y adolescentes durante el tiempo de la pandemia (referimos su contenido en el segmento final de este artículo).

II. La coparentalidad como principio: su significado

Tal vez convendría, como punto de partida, aclarar que el término "parentalidad" no es propiamente jurídico, pese a que hoy ha sido adoptado en la doctrina. Se trata de un término que tiene su origen en la psicología para explicar modelos de ejercicio del rol paterno y materno.

La paternidad, una vez determinada [e incluso en su "período de sospecha" (1)] hace nacer derechos, deberes y responsabilidades en cabeza del padre. No usamos deliberadamente aquí el término "progenitor" que usa el Código Civil y Comercial, pues limita grandemente la profundidad del significado de la paternidad que excede en mucho en engendramiento (2). Padre se es por muchas razones, principalmente por engendrar, pero también por adoptar.

La paternidad y la parentalidad son esferas que tienen con mucha frecuencia áreas comunes, pero que a veces se disocian. Puede haber parentalidad sin paternidad: es el caso de los que crían a hijos de otros como propios. Más aún, la parentalidad tiene, por marca de origen, la posibilidad de disociarse de la responsabilidad parental. La responsabilidad parental es ese conjunto de deberes y derechos que surge de la paternidad (3). También la responsabilidad parental puede no coincidir con la paternidad (una delegación o guarda, por ejemplo).

A diferencia de la parentalidad, que es un concepto descriptivo de naturaleza psicológica, la responsabilidad parental es un concepto normativo, con límites más precisos: se puede determinar quién es su titular y con qué alcances. La parentalidad es más difusa y no coincide necesariamente con las precisiones jurídicas. Puede haber varios que ejerzan roles parentales y el Derecho no recoja esa pluralidad riquísima de redes afectivas y educativas que se manifiestan en la vida de las personas. A veces ocurre que en algún fallo ambas esferas se confunden. Y así se entiende que quien tiene roles parentales debe tener la responsabilidad parental o aun la paternidad. Son cosas distintas. Y está bien que el Derecho regule en un mínimo la vida social y no sea invasivo de la privacidad familiar.

Finalmente existe el cuidado. El cuidado es una linda acuñación del Código Civil y Comercial que refiere una función (4) que supone un conjunto de tareas cotidianas para el desarrollo del niño (5). Incluye períodos de convivencia necesarios con quienes ejercen ese cuidado (6). El cuidado es una figura jurídica. No debe confundirse con una figura sociológica. El Código distingue diversas clases: compartido y unipersonal. La preferencia del Código es por el cuidado compartido con residencia principal con uno de los dos padres [el cuidado denominado "indistinto" (7)]. Sus fuentes son el plan de parentalidad y la sentencia judicial según el Código Civil y Comercial (8). En la vida común, en general, son los mil acuerdos tácitos que recorren la vida de las familias.

Llegamos entonces a la coparentalidad. La coparentalidad tiene también una matriz sociológica y psicológica. Surge de la psicología estadística norteamericana, que estudiando conductas y resultados descubrió que el matrimonio intacto es el lugar óptimo de crianza de los niños. Se trata de una obra en progreso: los cambiantes perfiles del matrimonio y de la sociedad exigen reevaluar permanentemente posibles factores que condicionen esos resultados. Rápidamente se identificó la variable de que la mutua compañía e interacción de padres e hijos durante la niñez y adolescencia tiene efectos benéficos significativos. Ese es el principio de coparentalidad.

Como puede advertirse, el principio de coparentalidad está detrás de las preferencias del legislador en materia de cuidado y de responsabilidad parental. El legislador prefiere que la responsabilidad parental tenga cotitularidad de ambos padres y que el cuidado sea compartido, aunque haya una residencia principal. El cuidado unipersonal (por uno solo de los padres) es excepcional y recae sobre —entre otras razones— el padre que mejor favorece la comunicación del otro, con los hijos (9). Favorecer el derecho-deber de comunicación es uno de los deberes emergentes del cuidado (10).

Ahora bien, ese principio de coparentalidad, cuya matriz es descriptiva, por sentido común y antes del auge del estudio estadístico ya había obtenido recepción normativa. Especialmente, se encuentra contenido en los tratados internacionales de los cuales la Argentina es parte.

III. El principio de coparentalidad en los tratados internacionales de derechos humanos

El principio de coparentalidad es un principio que goza de un respaldo convencional y constitucional que antecede en mucho nuestro Código Civil y Comercial. El derecho internacional de los derechos humanos dibuja un cuadro rico acerca de sus alcances e implicancias.

III.1. El principio de coparentalidad no se aplica solo a la disolución del matrimonio, se aplica también durante su duración

El art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) indica que debe asegurarse "la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo". En caso de disolución "se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos".

Resulta claro que esa igualdad de derechos y responsabilidades se refiere a todas las implicancias del matrimonio; entre ellas: el ejercicio de la responsabilidad parental. Resulta aún más evidente que el carácter implícito de los derechos y responsabilidades se refiere también a los hijos, porque en relación con la disolución, el PIDCP aclara que esa igualdad de responsabilidades y derechos debe conjugarse con la "necesaria protección de los hijos".

También la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) contiene el mismo lineamiento: El art. 16, inc. d) dice que deben tener "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 de consideración primordial".

Aquí, el énfasis está puesto no solo en la igualdad de derechos y responsabilidades, sino también en la irrelevancia del estado civil de los progenitores para que se produzca ese equilibrio. Desde luego que esta normativa interpela fuertemente las regulaciones actuales de filiación y responsabilidad parental en el contexto de parejas no casadas. En ese caso, por falta de mecanismos más idóneos de atribución de paternidad extramatrimonial, todavía hoy y aun en uniones convivenciales, los hijos de los convivientes no gozan de atribución automática (presuntiva) de la filiación y quedan sujetos al reconocimiento voluntario o a la sentencia judicial. Es un despropósito, sobre todo cuando en el derecho argentino la convivencia exige exclusividad para su constitución y la falta de convivencia la disuelve automáticamente.

Hay que recordar que las presunciones y la atribución automática de la filiación paterna son mecanismos que protegen el interés del niño en la coparentalidad, pero también protegen a la mujer en el sustento del hijo común (11). El padre que no tenga vínculo con el hijo siempre puede recurrir a la acción de impugnación. En

todo caso, ya aquí se esboza un elemento valioso, a saber, que la coparentalidad exige igualdad: todos los niños sin discriminación por nacimiento tienen derecho, en principio, a la coparentalidad.

Es un error común en el abordaje de la coparentalidad, pensar que se trata de un principio correctivo de la separación física de los padres (12). En su matriz teórica que nace en la década del '90, la coparentalidad surge para explicar la paradigmática interacción de padre y madre en la crianza del hijo (13).

Lo cierto es que la coparentalidad ocurre antes que nada y paradigmáticamente, durante la conyugalidad intacta. Por conyugalidad entendemos aquí el concepto sociológico que engloba primariamente el matrimonio y luego las otras formas de conyugalidad reconocidas por semejanza al matrimonio en el sistema jurídico. La buena conyugalidad tiene una acción benéfica en la buena coparentalidad, aunque esta ecuación no siempre se verifica y depende de las competencias parentales de la pareja conyugal (14). O, para usar el feliz título del libro de Abbate, durante la armonía conyugal (15). En la armonía conyugal (que nunca es idílica ni perfecta) los hijos viven de consuno con ambos padres y gozan máximamente de la coparentalidad, porque la gozan en simultáneo.

La coparentalidad conyugal o simultánea supone que el derecho del niño a ser criado por sus padres es satisfecho en su máxima dosis (16). Desde luego, la configuración familiar no es garantía por sí misma de un buen o mal ciclo vital: se trata de datos estadísticos que demuestran que mayoritariamente este es el mejor escenario. La capacidad de resiliencia de los hijos y factores externos pueden alterar en casos individuales el lineamiento estadístico.

III.2. El principio de coparentalidad ante la discordia y la ruptura conyugal

Desde luego que, si la armonía conyugal es menos armónica, y se empieza a poblar de discordias, los beneficios de la coparentalidad simultánea o conyugal no son tan evidentes, según nos informan las estadísticas (17). Una convivencia violenta o disputas reiteradas entre los partes, frecuentes divergencias de criterio dañan más el desarrollo pleno del hijo que una ruptura pacífica. Es curioso, porque según dicen los expertos un matrimonio de baja conflictividad ofrece una mejor experiencia de parentalidad que un matrimonio divorciado o separado en buenos términos (18). Pero un matrimonio de alta conflictividad ofrece una peor experiencia de parentalidad que un matrimonio separado o divorciado pacíficamente (19). En dos palabras: la coparentalidad conyugal o simultánea en armonía o baja conflictividad conyugal es el modelo que mejor satisface el interés del niño. Cuando hay alta conflictividad conyugal, puede ser preferible la separación.

El error de confundir la coparentalidad con la ruptura de la pareja se suele formular con la ficción metafórica de que lo que se disuelve es la conyugalidad, no la parentalidad. Es para todos evidente que el divorcio altera la calidad y la cantidad del tiempo pasado con los padres. Hoy sabemos que el divorcio es con frecuencia causa de desigualdad en las relaciones de los hijos con el padre o con la madre después de la ruptura (20). Se rompe la estructura de coparentalidad simultánea, para dar lugar a un ritmo diacrónico de contacto, que difícilmente puede conservar una distribución equitativa de los tiempos. Ni que hablar de que la idea de distribución del tiempo del hijo entre dos padres eriza la piel por su sola formulación. Hace pensar en que el tiempo del niño es dividido en una mesa de acuerdo de parentalidad, como si fuera un bien más a dividir por la negociación del divorcio.

Las distorsiones son muchas veces inevitables y acompañan el estrés de la ruptura. El gozar del cuidado principal o gozar de más tiempo es una prueba simbólica de haber ganado la contienda o haber sido confirmado como el mejor padre. Nada más lejos de la realidad. Podría tratarse del padre más mezquino, al que no queda más remedio que complacer con tal de que no dañe aún más a su hijo con sus demandas. Basta recordar el icónico gesto de la madre biológica de aquel niño, cuya maternidad era disputada por otra mujer. El rey Salomón dispuso cortar al niño al medio: solo la verdadera madre estaría dispuesta a cederlo. Ceder no es en absoluto prueba de ser menos idóneo, sino muchas veces de lo contrario. En todo caso, como dice el australiano Patrick Parkinson en su conocido libro "The indissolubility of parenthood" (21), la paternidad no se disuelve y el derecho, la psicología y las costumbres deben reinventarse para buscar conexiones con los hijos más allá de la coparentalidad conyugal.

Otro de los mitos del divorcio es creer que eliminar el conflicto jurisdiccional elimina por arte de magia el conflicto de la pareja conyugal. En todo caso, le veda un camino de sublimación y desahogo, como es la jurisdicción (22), en el que el conflicto conyugal se mediatiza a través de los abogados y se manifiesta en condiciones contenidas bajo la mirada cuidadosa del juez de la causa. El divorcio express, ni siquiera descarga la jurisdicción (23). Los conflictos de pareja con frecuencia terminan vehiculizándose revestidos de peleas por los bienes, las consecuencias del divorcio o los hijos. Interesantes estudios comprueban que la jurisdicción no se descarga y que el impacto en el fuero se mantiene idéntico. Vedar el acceso a la justicia para el divorcio no suprime la conflictividad. Philippe Malaurie, el gran jurista francés, de cuya muerte se cumple justo un mes al escribir este artículo, decía que la gran virtud del jurista es la humildad (24). El "hágase" del legislador no altera

el conflicto de las partes. Al contrario, lo deja sin contención y hace que se vuelque en canales que muchas veces sería preferible evitar.

Los estudios sobre los efectos de la ruptura conyugal en los hijos son concluyentes y unánimes, de nada sirve escapar de la evidencia (25). Es mejor pensar cómo paliar esos efectos que fantasear que no existen. Es decir, es evidente que luego de la ruptura, el hijo dividirá su tiempo con los dos padres que, por la misma razón por la que rompieron su relación, probablemente tengan costumbres de vida y jerarquías de valores que difieran y que incidan en su manera de conducirse con los niños.

Así, los marcos teóricos de análisis que se manejan con posterioridad a la ruptura concluyen en tres escenarios: coparentalidad cooperativa (diacrónica), parentalidad paralela o monoparentalidad (26). La coparentalidad cooperativa es aquella en la que hay una ruptura de baja conflictividad y los dos miembros de la pareja pueden encontrar y edificar caminos colaborativos para seguir educando con fines comunes a sus hijos. En la parentalidad paralela muchos puentes de diálogo están rotos y con frecuencia hay valores y prioridades que no se comparten, la experiencia es traumática para el hijo que se encuentra dividido en dos frentes (es probablemente el caso que examinamos). En términos jurídicos, puede verificarse como cuidado compartido alternado, indistinto o unipersonal. Finalmente, la monoparentalidad ocurre cuando uno de los dos componentes parentales se suprime, ya sea por privación de la responsabilidad parental, por omisión de la madre de indicar al padre, porque no se sabe quién es el padre, o porque el cuidado parental es unipersonal. Aquí estamos en el dominio de la psicología estadística. Sin embargo, los criterios son útiles para describir las herramientas jurídicas.

Evidentemente, el mejor y más apetecible estándar post-divorcio es la coparentalidad cooperativa diacrónica, que incluso puede incluir momentos de sincronía (siempre y cuando estos no supongan alimentar la fantasía recurrente de los niños de que hay una recomposición de la pareja conyugal) (27). Jurídicamente, el legislador expresa esa preferencia en el cuidado compartido y la responsabilidad parental compartida.

La preferencia por la coparentalidad cooperativa aparece en el ámbito constitucional-convencional el art. 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN): "1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, 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".

El carácter excepcional de la separación se acentúa al final del párrafo del art. 9.1 CDN: "Tal determinación [v.gr., La de la separación] puede ser necesaria en casos particulares en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño".

Sin embargo, en el inc. 3º del art. 9º, CDN, el texto aclara diáfanoamente: "Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés del niño" (28). El juez, para tomar una medida que interrumpa esta "relación y contacto directo regular" tendrá que encontrar argumentos en la causa que lo convenzan de que esa relación es contraria al interés del niño. El tenor excepcional es evidente y se repite cuando se trata de la adopción o de cualquier otra medida que separe a los niños de sus padres (art. 10, reunión familiar).

El fundamento de este articulado no es el interés de la mujer en el sostenimiento conjunto de los hijos, como en la CEDAW, ni la igualdad varón-mujer en las relaciones de familia como en el PIDCP: la coparentalidad se enuncia como un derecho humano de los niños y adolescentes que, además, coadyuva a su pleno desarrollo personal (visto que los estudios estadísticos demuestran diversos efectos negativos derivados de las privaciones de dicho contacto). El fundamento está en el art. 7º, CDN: el niño tiene derecho desde que nace "a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos" en la medida de lo posible.

III.3. Coparentalidad, emergencia y tratados internacionales

Tan trascendentes son los derechos y deberes relativos a la vida familiar, que el art. 27, inc. 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) dispone que "En caso de guerra, de peligro público u otra emergencia que amenace la integridad del Estado Parte, este podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en la presente convención". Sin embargo, entre las medidas indisponibles en situaciones de emergencia están la protección de la familia y los derechos del niño.

Es decir que esos derechos son inalienables por parte del Estado, aun durante la emergencia. En todo caso, debe pensarse en modos acordes de hacerlos operativos, no en limitaciones. Ninguno de los dos derechos puede sufrir alteración o mengua en situaciones de emergencia ni puede verse alterado por las medidas que tome el

Estado Parte.

III.4. Criterios para dirimir el ejercicio de la parentalidad ante la ruptura

El PIDCP, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW, art. 16, inc. d) y también la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, art. 17.4) insisten en que ante la hipótesis de la disolución debe considerarse el interés del niño. El PIDCP dice que deben tomarse medidas de protección. La CEDAW apunta a la "consideración primordial del interés del hijo" de los hijos frente a la ruptura. La CADH va más lejos y dice que los conflictos que surjan con ocasión de la ruptura deben resolverse sobre la "base única" del interés del niño.

En todo caso, resulta evidente de todo lo que venimos trayendo, que el niño necesita de la convivencia con ambos padres para alcanzar su pleno desarrollo. La Corte Interamericana ha ido más lejos aún, y ha señalado que la separación de los hijos de sus padres embarga la adquisición de la plena autonomía (29). Producida la separación, ese vínculo con ambos progenitores es una exigencia que solo puede desvirtuarse si el vínculo con ambos resulta en menoscabo del interés del niño de acuerdo con las constancias del expediente. Ni siquiera las circunstancias excepcionales de una guerra, peligro público o emergencia que amenace la integridad del Estado (30) permiten alterar ese derecho, que se refiere a la protección de la familia y al derecho de los niños y adolescentes. Como bien se ha señalado en la Comisión del Registro de Abogadas y Abogados del Niño Colegio de Abogados de La Plata, el derecho al contacto no solo tiene que ver con el desarrollo del niño, sino también con la integridad personal (31): está en juego la identidad dinámica del niño y el adolescente.

III.5. La decisión administrativa 2020-703 APN del 01/05/2020

El corolario de todo es la sana decisión tomada por el Poder Ejecutivo de dar marcha atrás a la resolución ministerial 132/2020. Básicamente, se ordena considerar excepcional el traslado una vez a la semana de los niños o adolescentes por parte de padres o referentes afectivos que estén munidos de la declaración jurada. Aquí va la parte principal:

"a) Traslado de niños, niñas y adolescentes, al domicilio del otro progenitor o progenitora, o referente afectivo, siempre que ello sea en el interés superior del niño, niña o adolescente.

"b) Si se trata de una familia monoparental, el progenitor o la progenitora podrá trasladar al niño, niña o adolescente al domicilio de un referente afectivo, siempre que ello sea en el interés superior del niño, niña o adolescente.

"Art. 2º.— Se encuentran habilitados para realizar los traslados previstos en la presente cualquiera de los progenitores o progenitoras, o referente afectivo, que esté conviviendo con el niño, niña o adolescente durante el "aislamiento social, preventivo y obligatorio" regulado por decs. 297/2020, 325/2020, 355/2020 y 408/2020 y sus eventuales prórrogas.

"El traslado podrá realizarse una [1] vez por semana.

"Las personas alcanzadas por este artículo deberán portar completa la declaración jurada aprobada por la resolución 132/2020 del Ministerio de Desarrollo Social".

En realidad, ni una ni otra son constitucionales, porque no hay potestad regulatoria en la emergencia sobre la protección de la familia y los derechos de los niños. Desde el principio el traslado de los niños por el contacto debió haber sido una actividad excepcionada por su importancia y por las exigencias del marco constitucional y convencional. En todo caso, y dado que la declaración de inconstitucionalidad del fallo en análisis es en concreto, es muy benéfico que se emita ahora una decisión administrativa aclaratoria.

Sin embargo, y en el marco de la buena disposición de enmienda que mostró el Poder Ejecutivo Nacional, hay varias objeciones a hacer:

— ¿Para qué exigir la declaración jurada? Es cargarse de burocracia inútil, que acaba complicando el acceso a los derechos de los sectores más vulnerables. Bastaría con mostrar la sentencia judicial o el plan de parentalidad que se ejecuta;

— si lo que se buscaba con la declaración jurada era evitar salidas inútiles, se agrega un número infinito de salidas favoreciendo contactos que no son obligatorios desde el punto de vista legal, como es el caso de los referentes afectivos;

— y, qué quiere decir en el inc. a): ¿que el traslado ocurre solo si es en interés del niño? El derecho internacional presume que la coparentalidad es en interés del niño... ¿un padre podría negarse sin sentencia judicial a cumplir un plan de parentalidad alegando que según su criterio subjetivo no beneficia al niño?

III.6. En suma

En una palabra, el fallo en análisis resulta invaluable, porque acuña claramente que el principio de coparentalidad es una exigencia internacional que no puede ser desarticulada ni siquiera en la emergencia. Los niños y adolescentes tienen derecho al contacto con ambos progenitores y los Estados Parte no tienen potestad para alterar esa ecuación por una regla general. El único escenario que tendría fuerza jurídica suficiente para desarticular la presunción en favor del contacto, que ni el Estado en emergencia tiene derecho a restringir, es la prueba de alguna de las partes que demuestre que resulta un daño para el interés del niño de ese contacto.

En ese sentido, la decisión administrativa del Poder Ejecutivo es bienvenida, pero otra vez incurre en limitaciones regulatorias que no le son lícitas en el ámbito internacional de los derechos humanos.

IV. La prudencia judicial en un fallo de familia

El enfoque de derechos puede hacer olvidar o pasar a segundo plano el mirar el rostro de las personas en las relaciones de familia. Corre el riesgo de volar por los aires de la abstracción y olvidar que cada fallo de un juzgado de familia supone un grupo de personas que se identifican como padres, madres, hijos, esposas o esposos, cuya identidad está desdibujada o en tensión por el reclamo de derechos subjetivos individuales.

Cuando el conflicto familiar no pudo ser canalizado por los recursos internos de la familia, ese conflicto tiende a exteriorizarse y plasmarse en una demanda judicial. La expectativa de las partes es muchas veces que el juez ponga orden a la disputa y coloque a cada miembro de la familia en el lugar en que la expectativa del otro considera que debería estar. El problema es que los sitios en las relaciones de familia son dinámicos. Y las relaciones de familia causan conflictos que producen heridas profundas y una enorme sensibilidad de las partes: el juez actúa, por así decirlo, siempre durante la inflamación del tejido familiar. De ahí la importancia de la delicadeza en la intervención del aparato jurisdiccional. Un juez torpe corre el riesgo de desgarrar los delicados tejidos que aún se encuentran sanos en los vínculos. Tratar con la familia en conflicto se asemeja mucho a restaurar una pieza de porcelana fina. Un mal movimiento puede causar desequilibrios irreparables.

Lo que más impresiona del fallo es que rezuma, en medio de una justa declaración de inconstitucionalidad, una gran prudencia. La juez no hace lugar al pedido de multas de la madre, que podría resultar ajustado a derecho si se hubiera adoptado un enfoque abstracto de derechos. Esa multa, aunque objetivamente justa, hubiera agigantado la herida.

Probablemente lo más audaz y notable sea el manejo de la cuestión con la jovencita Z. En vez de las aplicaciones toscas de la escucha, entendidas muchas veces de manera lineal y sin matices: el fallo se apoya en un consenso entre la psicóloga que interviene, la defensora de menores y la juez de la causa. La escucha puede no ser directa, según enseña la demasiado desofida Observación General 12 del Comité de Derechos del Niño: el niño tiene derecho a ser oído directamente o por del representante u órgano que se considere apropiado. "El representante puede ser uno de los progenitores o ambos, un abogado u otra persona (p. ej., un trabajador social)". Más tarde dice: "El método elegido deberá ser determinado por el niño (o la autoridad competente en caso de ser necesario) conforme a su situación particular". La escucha selectiva de las observaciones del Comité resulta llamativa en este punto.

Algunos han llegado a creer que si no hay escucha directa, no hay escucha. En realidad, el modo de la escucha, como la escucha misma, se subordinan al art. 3º de la CDN: la ponderación en concreto del modo de escucha que sea mejor para la niña, niño o adolescente, prefiriendo la escucha directa cuando sea posible. La participación procesal es una participación protegida: la exigencia de protección viene justamente de la vulnerabilidad especial del sujeto que es titular del derecho [\(32\)](#).

V. El derecho a la igualdad y su proporcionalidad/razonabilidad

Finalmente, una palabra para retomar un hilo abandonado, siendo esencial hacerlo. El derecho y la responsabilidad de garantizar el principio de coparentalidad es importante no solo para el Derecho internacional, sino que es una clave de bóveda del nuevo Derecho civil y comercial argentino. Al punto de que el padre que mejor colabore con el contacto es que puede ser privilegiado en caso de un modelo de parentalidad paralela (cuidado personal unilateral, art. 653, inc. a), "la prioridad del progenitor que facilita el derecho del otro a mantener un trato regular con el otro").

En última instancia, se trata del derecho a la igualdad respecto al derecho a crecer en familia. La igualdad, que viene garantizada por el art. 2º de la CDN. Ese derecho a la igualdad en la coparentalidad tiene una dimensión estática, que surge de la determinación de la filiación; y una dimensión dinámica, que proyecta ese derecho a la coparentalidad a lo largo de las vicisitudes de la vida. En ambos casos, la aplicación de esa igualdad no puede ser abstracta: está sujeta a un criterio de proporcionalidad que requiere una adecuación del principio a cada *fattispecie* [\(33\)](#), según los tres subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El Estado es garante del derecho del niño a vivir en familia y lo es en la doble vertiente de reforzar la protección de la familia y de estimular las competencias parentales (34).

En el ámbito estático la determinación de la filiación, así como está regulada en la Argentina, crea una desigualdad constitutiva. Mientras los niños concebidos por filiación biológica ("por naturaleza" para usar el lenguaje poco feliz del Código Civil y Comercial) tienen un amplio derecho a la coparentalidad, hasta de poder reclamar daños y perjuicios por falta de reconocimiento; y los niños nacidos por adopción tienen derecho a mantener relaciones con sus progenitores de origen si eso fuera conveniente a su interés; resulta que los niños nacidos por TRHA, en un marco contractual, tienen una coparentalidad elástica, que depende de la voluntad de los padres. En la regulación de las TRHA, sus padres pueden decidir privarlos de uno de sus padres por monoparentalidad electiva. No es que ese niño no tenga dos padres, es que, por elección de la madre, ella puede suprimir uno de ambos sumiéndolo en el anonimato. Más sorprendente aún es la elección de varios padres, en los esquemas de multiparentalidad, que, si bien salvan el componente bisexual de la paternidad al integrar muchas veces a una persona del otro sexo, pueden generar una confusión en los niños y obligarlos a resiliencias que no deberían tener que padecer. Aquí con frecuencia media una confusión entre la esfera de la determinación de la filiación y la esfera del ejercicio del cuidado. Padres son dos, personas que cuidan pueden ser varias. En la adopción, este esquema, aun con pluriparentalidad, resulta más claro. En todo caso, de la breve descripción que acabamos de hacer, surge nítida una necesidad de corrección para garantizar que la igualdad y no discriminación guarden una regla proporcional en el acceso a la coparentalidad.

En el ámbito dinámico es en el que se sitúa el fallo en análisis. Óptima garantía de la coparentalidad es la coparentalidad simultánea. Esa coparentalidad es solo posible cuando hay una coincidencia entre coparentalidad y conyugalidad. Cuando la pareja conyugal se separa, el Estado debe garantizar proporcionalmente de la mejor manera posible la coparentalidad cooperativa y diacrónica. Es lo que menos efectos adversos genera en los niños. Si no hay otro remedio, la parentalidad paralela. Y en el peor de los casos, el cuidado unipersonal o la privación de la responsabilidad del otro progenitor. En todo caso, aquí también queda evidenciado que igualdad proporcionada razonable no hay, y que las decisiones que tomamos los padres sobre nuestras vidas tienen invariablemente un efecto en el espectro de derechos de nuestros hijos. Asumir esta verdad, es parte dolorosa de la responsabilidad parental.

(A) Directora del Centro de Investigaciones de Derecho de Familia UCA.

(1) Alimentos durante el embarazo, por ejemplo.

(2) Etimológicamente la palabra está ligada a la prole y así al engendramiento; y, aunque sea sinónimo de padre y madre en un tercer sentido de la palabra, tiene esa resonancia inequívoca en la misma palabra.

(3) Art. 638, Cód. Civ. y Com.

(4) ÁGUEA RODRÍGUEZ, Ricardo M., "La guarda compartida y el interés superior del menor", Ed. Hispalex, 2018, p. 21.

(5) Art. 648 Cód. Civ. y Com.

(6) MIZRAHI, Mauricio L., "Responsabilidad parental", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 369: "La convivencia hace a la sustancia del cuidado personal".

(7) Art. 651, Cód. Civ. y Com.

(8) Arts. 655-656, Cód. Civ. y Com.

(9) Art. 653, Cód. Civ. y Com.

(10) BAINHAM, Andrew, "Contact as a Right and an Obligation", en BAINHAM, Andrew et al. (ed.) *Children and their families: Contact, Rights, Welfare*, Hart, Oxford, 2003, ps. 61 y ss.

(11) DWYER, James, "The Relationship Rights of Children", Cambridge University Press, 2006, p. 26. Ver también BAINHAM, Andrew, "Contact as a Right and an Obligation", en BAINHAM, Andrew et al. (ed.) *Children and their families: Contact, Rights, Welfare*, Hart, Oxford, 2003, ps. 61 y ss.

(12) LANGMEYER, Alexandra N., "Sorgerecht, Coparenting und Kindeswohl", München, Springer, 2012, ps. 22-23.

(13) LANGMEYER, "Sorgerecht...", ob. cit., p. 22.

(14) LANGMEYER, "Sorgerecht...", ob. cit., ps. 22 y ss.

(15) ABBATE, Francisco E., "Armonía conyugal", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987.

(16) Ver AMATO, Paul R. - KANE, Jennifer B. - JAMES, Spencer, "Reconsidering the "Good Divorce", en *Family Relations*, 5, vol. 60 (december 2011), ps. 511-524. Stable URL: <https://www.jstor.org/stable/41403621> Accessed: 01/05/2020 20:31 UTC.

(17) GREGORY, Tianyi Yu - PETTIT, S. - LANSFORD, Jennifer E. - DODGE, Kenneth A. - BATES, John E., "The Interactive Effects of Marital Conflict and Divorce on Parent-Adult Children's Relationships" *Journal of Marriage and Family*, 2, vol. 72 (april 2010), ps. 282-292. Stable URL: <https://www.jstor.org/stable/40732475> Accessed: 01/05/2020 21:15 UTC.

- (18) LANGMEYER, "Sorgerecht...", ob. cit., ps. 23 y ss.
- (19) Aunque Amato matiza estos resultados en su estudio con KANE - JAMES, "Reconsidering the 'Good Divorce'", ob. cit., supra.
- (20) KALMIJN, Matthijs, "Long-Term Effects of Divorce on Parent-Child Relationships: Within-Family Comparisons of Fathers and Mothers", *European Sociological Review*, 5, vol. 29 (october 2013), ps. 888-898. Oxford University Press. Stable URL: <https://www.jstor.org/stable/24479835>. Accessed: 01/05/2020 21:05 UTC.
- (21) PARKINSON, Patrick, "The indissolubility of Parenthood", Cambridge University Press, 2011.
- (22) HERRING, Jonathan, "Family Law", Pearson, Edinburgh, 2017, p. 160. Aunque él matiza luego sus reservas, diciendo que tal vez la ritualización del divorcio y la contención se reacomoden. El escenario en Inglaterra hoy es el divorcio por internet, con un formulario online que pueden completar las partes.
- (23) En este sentido, ver la serie de publicaciones de McLEAN, Mavis - EEKELAR, John, "Family Justice: The Work of Family Judges in Uncertain Times" (Oxford, Hart, 2013), *Delivering Family Justice in the 21st Century* (Oxford, Hart-Bloomsbury, 2005), y el más reciente de todos: McLEAN, Mavis - EEKELAR, John, "After the Act: Family Justice after LASPO", Hart Publishing, Oxford, 2019.
- (24) MALAURIE, Philippe, "Droit Civil Illustré", Defrénois, "Humilité et droit", Paris, p. 15.
- (25) En general hemos estudiado esta temática en: BASSET, Ursula C., "Supremo bienestar del niño y "derecho" al divorcio. Es necesario sincerarse", ED 227-828 [2008], con cita de diversa bibliografía. El estudio de referencia, además, de las colaboraciones de Paul Amato, citado más arriba, es el conocido estudio de WALLERSTEIN, Judith - LEWIS, Julia - BLAKESLEE, Sandra, "The Unexpected Legacy of Divorce. The 25 year Landmark Study", New York, 2000, Hyperion, que sigue la vida de hijos de padres divorciados durante 25 años.
- (26) AMATO, Paul R. - KANE, Jennifer B. - JAMES, Spencer, "Reconsidering the "Good Divorce", in *Family Relations*, 5, vol. 60 (december 2011), ps. 511-524. Stable URL: <https://www.jstor.org/stable/41403621> Accessed: 01/05/2020 20:31 UTC.
- (27) Diversos estudios confirman que la coparentalidad cooperativa es la más saludable. Ver supra, por todos, con las remisiones a la literatura de dicho estudio.
- (28) Ver tb. BAINHAM, "Contact as an obligation...", ob. cit.
- (29) Corte IDH, "Gelman vs. Uruguay", Sentencia del 24 de febrero de 2011, pars. 129-130.
- (30) CADH, Aat. 27 inc. 2°.
- (31) Comisión del Registro de Abogadas y Abogados de Niños, Niñas y Adolescentes. Área de Acceso a la Justicia y de Orientación Jurídica a la Ciudadanía. Colegio de Abogados de La Plata, "El derecho a la comunicación de las hijas y los hijos con sus progenitores en épocas de pandemia", por Sara CÁNEPA, María DONATO, Laura TAFFETANI, Griselda EZEIZA, Fabiana ROGLIANO y Beatriz PELITTI. Queremos remarcar que las conclusiones difieren respecto de la resolución del fallo, en el sentido de que en el dictamen se privilegia el contacto por medios virtuales.
- (32) Al respecto, nuestro trabajo: BASSET, Úrsula C., "Sutiles evoluciones en la comprensión de los derechos de la infancia: Niños y adolescentes ciudadanos en el siglo XXI", en DOMÍNGUEZ, Carmen (ed.), *Convención internacional de los derechos del niño. Estudios y experiencias en Chile y Latinoamérica a 30 años de su vigencia*, Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2020, ps. 65 y ss. Ver también la noción de paternalismo justificado en Para usar los términos de Enrique GARZÓN VALDEZ en "Desde la 'modesta propuesta' de Swift hasta las 'casas de engorde'. Algunas consideraciones acerca los derechos de los niños", en Doxa (1994), ps. 732 y ss. Accesible en: <https://doxa.ua.es/article/view/1994-n15-16-desde-la-modesta-propuesta-de-j-swift-hasta-las-casas-de-engorde-algunas-consideraciones> y BELOFF, Mary, "Derechos del niño. Su protección especial en el sistema interamericano", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2019, 2ª ed., p. 50.
- (33) No ingresamos aquí en el frondoso debate de la proporcionalidad, que tiene, además, diversas encarnaciones culturales y que supone debates iusfilosóficos abiertos. De nuestra parte no concebimos una proporcionalidad formal como aplicable al análisis, sino más bien una proporcionalidad de fondo, en el marco del juicio de razonabilidad. Ver a todo efecto: JACKSON, Vicki C. - TUSHNET, Mark, "Proportionality: New Frontiers, New Challenges", Cambridge University Press, 2019. Ver también ALEXY, Robert, "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, 2011, ps. 11-29. Especialmente: CIANCIARDO, Juan, "Requisito de trascendencia y tutela efectiva de los derechos. Entre la proporcionalidad y la razonabilidad", *LA LEY*, 2019-A, 989.
- (34) Cfr. Estudio de UNICEF-Innocenti, "Family and Parenting Support, Policy and Provision in a Global Context", 2015.