



H. Cámara de Diputados de la Nación

Expte: 1932-D-08

Proyecto de Ley

Artículo 1. Modifícase el artículo 206 del Código Civil el que quedará redactado de la siguiente manera.

“Art. 206.

Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviese hijos de ambos a su cargo se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad.

A falta de acuerdo de los cónyuges, los hijos menores estarán a cargo de ambos padres, en tanto no medie fallo judicial adverso contra uno de ellos, de acuerdo con lo previsto por la legislación vigente.

En todos los casos, se tendrá primordialmente en cuenta el interés superior del niño, y se garantizará su derecho a ser oído y a designar un abogado de confianza, en los términos de la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, niños y adolescentes.

Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos.

Art. 206 bis.

A pedido de ambos padres, de uno de ellos, o de oficio, el Juez deberá otorgar la “responsabilidad parental compartida” de los hijos, a ambos progenitores. Este criterio será extendido a los efectos del otorgamiento de la guarda provisoria a que se refiere el art. 231. Se tendrá primordialmente en cuenta el interés superior del niño, y se garantizará su derecho a ser oído y a designar un abogado de confianza, en los términos de la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, niños y adolescentes.

La “responsabilidad parental compartida” importará el ejercicio compartido de la patria potestad.

El juez deberá, de oficio o a pedido de parte, en caso de falta de acuerdo de los cónyuges, establecer la forma en que se pondrá en práctica esta medida.

Art. 206 ter.

Para todos los efectos previstos en este Código y en especial en los arts. 206 y 206 bis, el Juez deberá siempre tener en cuenta el superior interés del niño, y garantizar su derecho a ser oído y a designar un abogado de confianza. Se considerará como de interés primordial del niño el mantener el debido contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo causas graves que aconsejaren lo contrario.



H. Cámara de Diputados de la Nación

A tal fin, se priorizará en el otorgamiento de la convivencia al progenitor que mejor asegure el derecho del niño a mantener el debido contacto con el otro progenitor.

Artículo 2. Modificase el inciso 2 del artículo 207 del Código Civil que quedará redactado de la siguiente manera:

"2. La dedicación que el cónyuge conviviente con los hijos hubiere prestado al cuidado y educación de los hijos".-

Artículo 3. Modificase el inc. 2 del art. 264 del Código Civil que quedará redactado del siguiente modo:

"2. En los casos de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, al padre y a la madre conjuntamente, sin perjuicio de los deberes y derechos que corresponda a alguno de ellos en particular como consecuencia del ejercicio efectivo de "responsabilidad parental compartida", aun cuando conviva con uno de ellos".-

Artículo 4. Modificase el inc. 5 del art. 264 del Código Civil que quedará redactado del siguiente modo:

"5. En los casos de hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos padres, al padre y a la madre, con observancia de lo dispuesto en el inc. 2".-

Artículo 5. Modificase el artículo 271 del Código Civil que quedará redactado del siguiente modo:

"Artículo 271. En caso de divorcio vincular, separación personal, separación de hecho, o nulidad de matrimonio, incumbe siempre a ambos padres el deber de dar alimento a sus hijos y educarlos, no obstante conviva con uno de ellos".



H. Cámara de Diputados de la Nación

FUNDAMENTOS

Señor Presidente:

El objetivo principal de este proyecto de modificación del Código Civil es garantizar los derechos del niño de mantener vínculos parentales con ambos progenitores en casos de divorcio o separación de hecho. La vulnerabilidad de este derecho no afecta tanto al padre o madre que tiene un vínculo obstruido con sus hijos, cuanto afecta principalmente un derecho básico del niño que es mantener debido contacto con ambos padres.

En ese sentido es necesario que el derecho civil se modernice y esté a la altura de los cambios sociales que afectan a las familias. En ese sentido debe estar a tono con la legislación vigente respecto a la patria potestad y a la legislación sobre los derechos del niño.

Es así que proponemos eliminar la palabra "tenencia". Se tienen las cosas, no un hijo. Proponemos remplazarla por la figura de la "responsabilidad parental compartida". Esta responsabilidad compartida significa que el o los hijos pueden convivir con uno de los cónyuges, pero que el derecho de los niños al debido contacto con ambos progenitores debe ser garantizado legalmente.

1. LAS IMPLICANCIAS DE LA LEY 26.061

Esta modificación va en el mismo sentido de lo prescripto por la ley 26.061, cuyo artículo 1 afirma que "tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces."

El artículo 2 sostiene que "Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles."

El artículo 3 afirma que se "entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;



H. Cámara de Diputados de la Nación

f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse."

Es importante resaltar el párrafo final de este artículo que sostiene que "Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros". Esto es, primero está el derecho de los niños. Y uno de sus derechos principales es tener garantizado el debido contacto con ambos padres en caso de que estos no convivan en el mismo hogar.

Es así, además, que la ley, en su artículo 5, le da a los organismos del Estado la responsabilidad "indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal. En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los Organismos del Estado mantener siempre presente el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen. Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes. Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

La prioridad absoluta implica:

- 1.- Protección y auxilio en cualquier circunstancia;
- 2.- Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas;
- 3.- Preferencia en la atención, formulación y ejecución de las políticas públicas;
- 4.- Asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garanticen;
- 5.- Preferencia de atención en los servicios esenciales."

Es en este sentido que debemos adaptar el Código Civil en lo que hace al derecho de los hijos, en lo concerniente a sus derechos, para evitar contradicciones legales y que les permitan el ejercicio pleno de sus derechos. Esto es, garantizar el derecho a tener contacto con sus padres, para permitir el efectivo cumplimiento del artículo 7 de dicha ley que dispone:

"La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías.

El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos.

Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones."



H. Cámara de Diputados de la Nación

Cuando un niño ve obstruido su derecho a tener contacto con uno de sus padres se violan los más elementales derechos del mismo que la ley 26.061 protege como el derecho a la dignidad y a la integridad personal (artículo 9) que dispone que:

“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral.

La persona que tome conocimiento de malos tratos, o de situaciones que atenten contra la integridad psíquica, física, sexual o moral de un niño, niña o adolescente, o cualquier otra violación a sus derechos, debe comunicar a la autoridad local de aplicación de la presente ley.

Los Organismos del Estado deben garantizar programas gratuitos de asistencia y atención integral que promuevan la recuperación de todas las niñas, niños y adolescentes.”

También se vulnera el derecho a la identidad, prescripto en el artículo 11, que sostiene que:

“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil.

Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley.

En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríe el interés superior del niño.

Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley”.

Es así que, no sólo la legislación vigente protege el derecho de los niños de tener el debido contacto con ambos padres, sino que obliga al Estado y por ende a su legislación a garantizar estos derechos, como lo afirma el artículo 29 de dicha norma:

“Los Organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”.



H. Cámara de Diputados de la Nación

Resumiendo, en primer lugar debemos adaptar los artículos correspondientes del Código Civil a la legislación vigente en lo que hace a los derechos del niño.

2. LA RESPONSABILIDAD PARENTAL COMPARTIDA

La responsabilidad parental compartida plantea un nuevo modelo de convivencia de los hijos de parejas separadas o divorciadas, así como su inserción en el orden jurídico. Es una propuesta del ejercicio de la autoridad parental, en la que ambos padres ejercen sus derechos y deberes sobre sus hijos basados en el interés superior del menor y en la igualdad entre hombres y mujeres.

La justificación para el estudio profundo de este tema se encuentra en la misma realidad social y judicial.

La continuidad de la convivencia del menor con ambos padres, es indispensable para el desarrollo emocional saludable del mismo. Por eso, no puede dejar de cuestionarse las formas desactualizadas de solución a este problema, como es la tenencia unilateral, que se otorga en nuestro país por considerarse la más adecuada al interés del niño.

La noción de responsabilidad parental compartida surgió como una consecuencia del desequilibrio de los derechos parentales en una cultura que desplaza al menor como centro de su interés, dentro del contexto de una sociedad de tendencias igualitarias. La nítida preferencia reconocida a la madre para la tenencia, ya venía siendo criticada como abusiva y contraria a la igualdad entre los géneros.

La responsabilidad parental compartida, busca reorganizar las relaciones entre padres e hijos dentro de la familia desunida, disminuyendo los traumas consecuentes del alejamiento de uno de los padres. Las relaciones parentales abarcan todo el ejercicio de la autoridad parental, incluyendo la tenencia, la educación, la asistencia, la representación, la vigilancia y la fiscalización; atributos controlados por el Estado para la protección integral de los menores.

Mientras la familia permanece unida, el menor disfruta de los dos progenitores. La ruptura crea una nueva estructura y la responsabilidad parental se concentra en apenas uno de los padres, quedando el otro reducido a un papel secundario. En la realidad social, surgen cada vez más conflictos que involucran las relaciones entre padres e hijos, sin embargo, son escasas las normas legales en relación a esto. Le cabe, mientras tanto, a la doctrina y a la jurisprudencia establecer soluciones que privilegien los lazos familiares, en acuerdo con el texto constitucional, privilegiando el interés superior del niño.

En el proceso de desestructuración social tan propio de nuestros tiempos, "la maternidad y la paternidad aparecen desinvertidos de aquel sentido heredero de la tradición cultural. Padre, madre, hijo ya no se perfilan como significantes de una relación intergeneracional basada en el principio de autoridad, sino que parece tratarse de lugares simbólicamente destruidos. Trabajos 'compartidos' en condiciones de alta precariedad, chicos que 'protegen' a las madres, figuras masculinas borrosas o en descomposición, actos ilegales 'legalizados' por sus progenitores en la urgencia por sobrevivir, caída de la frontera entre lo permitido y lo prohibido. Chicos expuestos o puestos como escudo en disputas de pareja, chicos ocupando el lugar de proveedores. Es interesante advertir que estas alteraciones a menudo son acusadas como vacío por parte de los hijos."¹

No obstante, la institución familiar, con sus nuevas características, y, en el marco de ella, la maternidad y la paternidad, deben recuperar su sentido. En palabras del psicólogo Alfredo Moffatt, "La capacidad de crear estructuras que ordenen el caos de la realidad depende del segundo aprendizaje infantil que culturalmente está por lo general a cargo del padre (aunque también la madre puede amar de modo ordenado y el padre estructurar con amor). La capacidad de crear esquemas desde los cuales

¹ Duschatzki, Silvia y Corea, Cristina, "Los caminos de la Subjetividad en el declive de las Instituciones".



H. Cámara de Diputados de la Nación

se lea la realidad azarosa procura la posibilidad de predicción, y por tanto, de enfrentar el futuro; y si estos esquemas son compartidos por el grupo social, se tiene la posibilidad de coordinar las acciones.²

Pero la definición y el estudio específico del tema, es de suma importancia para que los jueces puedan orientarse y tomar decisiones, respetando ese interés superior.

Siguiendo con un trabajo de la Dra. María Franca Alessio, de mayo de 2005, el problema a resolver abarca dos aspectos:

1.-Que los hijos tengan la posibilidad de tener a los padres con las mismas responsabilidades que tenían antes de divorciarse o separarse, puesto que si eran idóneos juntos para ejercerla conjuntamente, también se les debe reconocer esa idoneidad, cuando se separan por la causa que sea, sin perder de vista, que los hijos son las víctimas del conflicto y no los generadores.

2.-Que los padres puedan continuar cumpliendo su rol plenamente, sin contaminar la relación paterno-filial con los conflictos derivados del fracaso matrimonial del cual son los únicos responsables. Así como compartieron la patria potestad estando juntos, se debe buscar la posibilidad de que compartan el ejercicio de la tenencia estando separados, siempre que no perjudique el interés superior del niño.

El objetivo es entonces, posibilitar un cambio y reestructuración de las relaciones familiares preservando la paterno-filial. Surge la necesidad de humanizar el procedimiento, devolviendo a los miembros de la familia en conflicto la responsabilidad, la dignidad y la importancia de la familia como autogobernante, como protagonista y ejecutora de sus propias decisiones³.

La tenencia en el ordenamiento jurídico.

La tenencia se encuentra regulada en el *Capítulo X "De los efectos de la separación personal"* en el *Art. 206 el Código Civil*, que dice: *"Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviesen hijos de ambos a su cargo se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad. Los hijos menores de 5 años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad a falta de acuerdo de los cónyuges quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos"*.

Se vuelve a regular sobre ella, en el *Título III "De la patria potestad"*, en el *art. 264 inc. 2* que reza: *"La patria potestad es conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y los bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado, según el inciso 2º, su ejercicio corresponde: "En caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación."*

La ley prevé la tenencia de los hijos en cabeza de uno solo de los padres, prevalece el principio de la tenencia única, que lleva a sostener que lo natural para un menor es convivir con ambos progenitores⁴, pero cuando éstos se separan o divorcian, el niño necesariamente debe vivir con uno, ya sea mediante el acuerdo de los padres que se homologa judicialmente conforme el art. 236 inc.1 o por decisión judicial, a falta de acuerdo.- Es dable poner de relieve que art. 264 del Código Civil comienza poniendo en cabeza de "ambos padres", la patria potestad "como conjunto de deberes y derechos que

² Moffatt, Alfredo, "Teoría temporal del Psiquismo".

³ WAGMAISTER, Adriana M.: *"La coparentalidad en el divorcio"*.-Derecho de Familia. Libro homenaje a la Dra. Josefa Méndez Costa, pág. 197. Ed. Rubinzal Culzoni 1990.

⁴ VIDAL TAQUINI, Carlos. *"Matrimonio Civil. Ley 23.515"*, Pág.432.Ed. Astrea



H. Cámara de Diputados de la Nación

corresponden a aquellos padres sobre las personas y bienes de sus hijos". Ello implica, un juicio de valor respecto de la titularidad y del ejercicio a favor de ambos padres. Si esa protección y formación integral de los hijos desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado, es el objetivo buscado por la ley, el mismo se puede concretar a través de distintos medios, algunos más adecuados que otros.

Puede observarse, que en todos los preceptos señalados con relación a la tenencia se fuerza a una elección entre el padre y la madre, opción que pueden realizar los propios interesados o en su defecto el tribunal a base de ciertos principios rectores que han sido construidos, teniendo en cuenta el prevalente interés del hijo⁵.

En el Código Civil la tenencia uniparental del art.264 inc.2, tiene como propósito someter al hijo a una "unidad de criterio" en cuanto a su formación, educación y estabilidad. Criterio aplicado permanentemente, que no siempre logra el propósito. La experiencia demuestra que el padre que no tiene la tenencia se halla menos dispuesto al contacto con sus hijos al transcurrir el tiempo, y que la falta de cotidianidad en la convivencia y de responsabilidad en el cuidado del hijo, determinan que ese padre empiece escatimando hasta disminuir por completo el cumplimiento de sus obligaciones parentales. Como correlato, el hijo pierde de alguna manera al padre en su rol proteccionista, vislumbra el abandono material y espiritual sobre todo cuando se forman nuevas familias. Y esa comunicación que la ley desea defender en su normativa legal se disminuye ante las variaciones insospechadas que suele tener la realidad en sus nuevos matices⁶.

La legislación no contempla otras formas de ejercer la tenencia, lo que lleva a buscar a la doctrina y alguna jurisprudencia la manera de instalar el tema de la responsabilidad parental compartida a través de sus artículos, comentarios y alguna sentencia aislada, pero no se logra que legislativamente se reconozca dicha posibilidad hasta el momento, y que la jurisprudencia mayoritariamente no la vea con disfavor.

Sin embargo, si se considera que los preceptos del Código Civil son una barrera infranqueable para otorgar otro modo de tenencia, nuestra Constitución Nacional ha consagrado en la cúspide de la pirámide los convenios y tratados internacionales al considerarlos integrantes de la ley fundamental, como lo consagra en el art.75 inc.22, entre ellos la Convención de los Derechos del Niño, la cual presta atención primordial al interés superior del niño y esto sólo bastaría para superar la falta de legislación interna en la materia⁷.

Todo esto, nos hace pensar que la responsabilidad de los padres sobre los hijos no debe ser prioridad de uno de los cónyuges, sino un derecho de los dos -un derecho sobre todo del hijo- y debe ser ejercido por los dos. Razón por la cual, considero que debe propiciarse un debate legislativo sobre el tema para adaptarse a los tiempos que corren, puesto que los padres han construido su capacidad parental en la mayoría de los casos y sería bueno para los hijos que los mismos puedan ejercerlo cotidianamente, y no solo cuando el régimen de visita —concepto que considero impropio y anacrónico— se los permite, aunque sea amplio. Si bien la responsabilidad parental compartida no es la panacea en todas las situaciones, en los casos que es posible, permitiría a los hijos demostrarles que el nuevo estado de familia no significa un cambio sustancial para ellos, puesto que todo debe seguir igual. Que se lo considera un sujeto de derechos y que sus padres siguen siéndolo aún después del divorcio, con todos los derechos y obligaciones, evitándole al niño la angustia que le causa las disputas de sus padres, con la consiguiente incertidumbre sobre el presente y su futuro. Porque, un padre que no puede ver o estar con su hijo siente un profundo dolor, pero un hijo que no puede ver o estar con su padre es un sujeto en

⁵ GROSMAN, Cecilia, "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia". L.L.,1984-B-pág.807

⁶ YARKE, Maria el Carmen, "Un derecho del menor: la tenencia compartida", L.L., 1993-A-pág.1039

⁷ CN Civil Sala J, noviembre 24-1998.-"P.F.E. y P.E.N s/ divorcio art.215.Proceso Especial", E.D.185-110



H. Cámara de Diputados de la Nación

construcción al que se le está negando una parte de su historia, de su identidad y de su capacidad de elección. ¿Qué clase de futuro podrá construir así?

La tenencia compartida y la doctrina favorable

Frente a la posición que sostenía que la tenencia debía ser otorgada unilateralmente, ante la situación de divorcio o separación, criterio aceptado por la doctrina y jurisprudencia nacional mayoritaria, aparece otra corriente que cuestiona este principio, y más allá del dogmatismo surge como una necesidad de los distintos involucrados, a partir de los aportes de las distintas disciplinas como la psicología y la sociología.

El deseo de compartir ambos padres -aún siendo no convivientes- lo relativo a la educación y crianza de los hijos, y el de estos últimos, de tener un adecuado vínculo con los progenitores, motivó que en los hechos apareciera esta nueva forma de tenencia⁸.

Se la define como aquella que: "consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, sus recursos, posibilidades y características personales, responsabilidades y deberes"⁹. Se trata del cuidado de los hijos concedido a los padres que se comprometen a ello, con respeto e igualdad. En la misma, uno de los padres puede detentar la tenencia material o física del hijo, pero el que no detenta la tenencia física, participa de manera efectiva en ella, capaz de decidir directamente en la educación, religión, cuidados de salud, recreación y estudios, es decir participan activamente de la vida del hijo en pos de su bienestar. Evita la sobrecarga a uno solo de los padres, eliminando ansiedades, estrés y el deterioro de las relaciones coparentales.

Si hay acuerdo entre los padres, son ellos los que están en condiciones de establecer cual es el mejor interés del hijo, basados en su autonomía personal (art.19 C.N.) para concretar juntos el proyecto de vida pensado para su hijo menor.

Las forma de llegar a este tipo de tenencia son:

- a) Por decisión judicial, sin que los padres lo hayan requerido,
- b) Por petición de uno solo de los padres;
- c) Por acuerdo de ambos;
- d) Cuando es la forma que la ley establece para la tenencia de los hijos¹⁰.

La figura de la responsabilidad parental compartida puede aparecer como una respuesta a una realidad sociológica del grupo familiar de nuestro tiempo, Así como se han modificado las funciones y roles de la familia dentro del matrimonio, ésta también seguramente ha sufrido los mismos cambios cuando el vínculo conyugal está disuelto. Las funciones de cuidado de los hijos ya no sólo están a cargo de la mujer, sino de ambos progenitores, dado que la mujer ahora también aporta al hogar con su trabajo fuera del él.

Se puede encontrar es este sistema una forma de promover la coparentabilidad. Es un camino mucho más difícil de seguir, la responsabilidad es compartida en lo emocional y físicamente. Los dos deberán atender a sus necesidades primarias, ser un "papá" con algo de "mamá". Sobretudo si el hijo es muy pequeño. Pero no hay que desmerecer al hombre, que también "puede", cuando el amor por su hijo

⁸ OPPENHEIM, Ricardo y SZYLOWICKI, Susana, "Partir o compartir la tenencia" ¿Es posible compartir la tenencia de los hijos en caso de divorcio? Revista de Derecho de Familia nº 5, pág. 76. Ed.Abeledo-Perrot, Bs. As. 1991

⁹ SCHNEIDER, Mariel V, "Un fallo sobre tenencia compartida",L.L. Bs. As. 2001, pág.1446

¹⁰ OPPENHEIM, Ricardo y SZYLOWICKI, Susana, Ob.cit., pág.77



H. Cámara de Diputados de la Nación

lo impulsa¹¹. Pese a la separación, intentan mantener un funcionamiento que garantice a los vástagos una socialización construida sobre la base de las dos figuras parentales. La asunción compartida de algunos derechos-deberes originados en el vínculo paterno-filial o efectuar una división pormenorizada de actividades a cargo de uno y otro de los progenitores¹².

El proyecto de compartir las responsabilidades sobre los hijos, es mucho más que la elección del lugar de residencia, puesto que la reconocida necesidad de estabilidad de un menor, debe ser definida más en términos relacionales que en términos geográficos y temporales.

Esta propuesta tiene ventajas y desventajas para los padres y para los hijos.

La ventajas para los padres son: que ambos son guardadores, calificación en la aptitud, equiparación en el tiempo libre, comparten gastos de manutención y hay mayor cooperación.-La desventajas son: mayores costos; permanencia en el mismo lugar o ciudad; constante adaptación y necesidad de un empleo flexible. Con respecto a los hijos, las ventajas se traducen en: convivencia igualitaria con sus padres; inclusión en el nuevo grupo familiar de cada padre; no hay padres periféricos; mayor comunicación; menos problemas de lealtades y buen modelo de roles parentales.- En cuanto a las desventajas se refieren a: adaptación a dos casas y problemas prácticos y logísticos¹³.

La doctrina favorable a esta responsabilidad parental compartida es analizada por distintos autores, entre ellos, la Dra. Cecilia Grosman cuando desarrolla el tema sosteniendo: que ante la falta de prohibición legal es facultativo para los cónyuges efectuar acuerdos de este tipo, siempre y cuando no fueren perjudiciales para el menor¹⁴.

En igual sentido, el Dr. Carlos Arianna expresa: "...los acuerdos de esta naturaleza inhiben en los hijos la angustia producida por el sentimiento de pérdida del padre que no tiene la custodia, también los ex cónyuges obtienen ventajas del sistema..." ya que "...aligera las sobrecargas de responsabilidades que aflige comúnmente al cónyuge que detenta la guarda..."¹⁵.

El Prof. Enrique Díaz de Guijarro se pronuncia por una permanente y efectiva relación de los hijos con ambos progenitores después del divorcio o separación, y que ambos participen de la organización y vigilancia de los hijos. Que no se debe modificar ninguno de los derechos y obligaciones de la patria potestad, y que la tenencia no constituye una restricción a la coeducación y a la compañía del otro progenitor, por ser la esencia única y común de la filiación¹⁶.

Hace también referencia al tema el Dr. Carlos Vidal Taquini, en su comentario al art. 206 cuando dice que: la salud física, moral y espiritual de los menores es el aspecto primario por el cual se debe velar y, en tanto no se vea afectado, también se debe considerar como principio no absoluto el de la tenencia única, por más que esta sea la más deseable, aceptándose la tenencia compartida o la alternada, una de sus formas, en la medida que no sea perjudicial para la estabilidad del hijo, admitiéndose que los padres puedan formular acuerdos en tal sentido, en tanto éstos no utilicen el sistema para un hostigamiento recíproco¹⁷.

La Dra. Adriana Wagmaister dice que la tenencia compartida, es hacerse cargo conjuntamente con independencia del tiempo en que vive con cada uno, y que la tenencia y la guarda son lo mismo, pues se trata de la custodia física del menor cuando no convive.

¹¹ YARKE, Maria del Carmen, Ob.cit.,pág.1042

¹² GROSMAN, Cecilia, Ob.cit.pág.807

¹³ OPPENHEIM, Ricardo y SZYLOWICKI, Susana, Ob.cit.pág.78

¹⁴ GROSMAN, Cecilia, "El proceso de divorcio. Derecho y realidad", Abaco, Bs.As., 1985

¹⁵ ARIANNA, Carlos, "Régimen de visitas", Revista de Derecho de Familia N° 2, pág.122, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1989

¹⁶ DIAZ de GUIJARRO, Enrique, "La patria potestad compartida. Principios y consecuencias", J. A., 29/6/83

¹⁷ VIDAL TAQUINI, Carlos, Ob.cit., pág.432



H. Cámara de Diputados de la Nación

En las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Bs.As., el 25 y 26 de septiembre de 2003, en la Comisión nº 5 sobre el tema: "La autonomía de la voluntad en las relaciones entre padres e hijos" se resolvió puntualmente sobre este tema:

1.-"Los acuerdos de tenencia compartida no violan el orden público, sin perjuicio del control judicial en cada caso concreto relativo al respeto de los derechos constitucionales de las partes involucradas. La función estatal a través del órgano jurisdiccional debe limitarse a controlar que el interés del menor de edad sea el que prime en dichos acuerdos". *Mayoría (40 votos).*

2.-"Resulta imperativo el pleno reconocimiento del hijo como individuo autónomo que, más allá del conflicto de sus padres, tiene derecho a acceder, a ejercitar y a obtener la ayuda y colaboración para preservar el vínculo con ambos." *Mayoría (40 votos)*

3.-"Se incorpore expresamente a la legislación la figura de la tenencia compartida". *Mayoría (33 votos)*

Coincidimos con la doctrina favorable a la tenencia compartida (que hemos denominado "Responsabilidad parental compartida"), en virtud de ser una modalidad que beneficia en primer lugar, a los hijos, pues la interacción permanente con sus padres contribuye a su formación espiritual y material, descubriendo que cada uno de ellos tienen su código, el que implica la existencia de hábitos, prohibiciones, tolerancias, etc., para poder madurar y crecer en relación a los otros. En segundo lugar, a los padres, demostrarles a su hijos que son capaces y responsables de mantener un contacto pacífico, para continuar juntos la formación y educación del mismo, en el respeto como ejemplo de adultez. Y en tercer lugar, a los jueces, porque dictarán resoluciones más ajustadas a la realidad y acorde con las necesidades de los niños y sus padres, en mira del interés superior de niño, el único norte que debe guiarlos, en todos los conflictos de tenencia.

La tenencia compartida en la jurisprudencia

En principio, la jurisprudencia juzgó negativo el deseo del padre de gozar de la tenencia compartida, aplicando sólo la regla de la tenencia unilateral, regulada por la ley, mediante la homologación de los acuerdos presentados por los esposos o por decisión de los jueces.

En la actualidad, la situación de tenencia compartida no es la más frecuente y fallos sobre el particular no abundan. Sin embargo, se pueden recoger una jurisprudencia vacilante, que en los últimos tiempos parece orientarse a homologar acuerdos de progenitores que satisfaciendo el interés filial, resuelve la tenencia compartida¹⁸.

La jurisprudencia ha elaborado en el transcurso del tiempo, pautas para la atribución de la tenencia que tienden a preservar el interés superior del niño y se resumen en los siguientes ítems:

- 1.-El mantenimiento del lugar físico, la situación existente, el barrio y la escuela.
- 2.-La improcedencia de innovar sobre estados de hecho consolidados, salvo poderosas razones que así lo aconsejen.
- 3.-La preservación de la convivencia con los hermanos para no distorsionar el grupo familiar.
- 4.-Las incidencias de factores económicos.
- 5.-La edad, condiciones de vida materiales y espirituales de los progenitores. Todas deben ser analizadas y valoradas por el juez, sin perder de vista el interés superior del niño, buscando el justo equilibrio.

¹⁸ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, "El interés de los hijos como valor superior en los acuerdos sobre tenencia y patria potestad", L.L.1997-E, pág.427



H. Cámara de Diputados de la Nación

6.-La opinión del niño, es un deber para el juez oírla, cuando la edad lo permita, por ser la persona sobre cuya existencia va a tomar decisiones trascendentales.-Para valorar esa opinión debe tenerse en cuenta la edad, su madurez emotiva, la autenticidad de sus conceptos, etc.

Algunos de los fallos que han resuelto favorablemente sobre responsabilidad parental compartida:

- Causa n°:49.690. Cámara Nacional Civil, Sala J, noviembre 24-1998-P.,F. E. y P.,E.N. s/ divorcio art.215-Proceso Especial. "Patria Potestad: Responsabilidad parental compartida: procedencia; fundamento; interés de los menores".ED-185-103.

- Causa n°:98.213.-ST Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, octubre 8-997-B.A. c.T.,M.H. LL-1998-F-569.

- Causa n°:42.616. Cámara de Apelación Civil y Comercial de Azul, Sala II, junio 4-2001-T.,C.A. c/M.,J.R. s/Incidente tenencia y régimen de visitas".- L.L. Buenos Aires 2001:pág.1429.

Asimismo, un fallo recientemente emitido por la Jueza de Familia de Lomas de Zamora, Dra. María Silvia Villaverde, expresa lo siguiente:

"El principio de estabilidad o continuidad -el statu quo- apunta por definición a preservar situaciones de hecho, de forma tal que -si ese estado de cosas fáctico no se afecta (por no existir motivo para ello)- nada impide que se realice una adecuación de los encuadres jurídicos para que éstos respondan a lo que efectivamente acontece en el desenvolvimiento de las relaciones paterno-materno filiales. Más aún, debe estimarse altamente positivo la variación de esos encasillamientos jurídicos cuando tengan por finalidad evitar una falsificación de la realidad familiar."

"En casos como el de autos -con niños que hoy cuentan ya con doce y trece años- la tenencia compartida alternada debe ser alentada desde la magistratura; tipo de guarda que es factible disponerse en nuestro derecho en atención a que no resulta indispensable una expresa norma autorizante (ver sobre el punto mi obra "Familia, matrimonio y divorcio", p. 629, N 279, antes citada, y la abundante doctrina y fallos mencionados en la nota 103 de ese lugar, que se pronuncian en el mismo sentido). Es que, precisamente con esta clase de tenencia, resulta posible neutralizar en gran medida uno de los efectos negativos emergentes de la quiebra de la convivencia, como es el sentimiento de "pérdida" que, con la guarda unipersonal, padecen los hijos y el progenitor no custodio. La tenencia alternada, por lo tanto, promueve e incita a ambos padres a seguir atendiendo las necesidades de los niños y a interiorizarse de sus problemas e inquietudes; sin perjuicio de destacar que este sistema se compadece más con el intercambio de roles propio de nuestra posmodernidad jurídica (ver los autores y fallos citados en la nota 111 de mi obra "Familia, matrimonio y divorcio", ya referida, p. 632). Agregaré, en fin, que la tenencia compartida alternada se ha previsto en las legislaciones más modernas, como la ley francesa de 2002 (actual art. 373-2-9 del Code) y la ley española de 2005 (actual art. 92, inc. 5 y 8 del Código civil de ese país)."

La tenencia compartida en la Declaración de Langedac.

En 1999 se celebró en Langedac (Francia) la Conferencia Internacional sobre la Igualdad Parental, en la que los delegados de todos los países mostraron su acuerdo unánime en que la tuición o custodia compartida representa los mejores intereses de los niños, los padres y la sociedad en general. Asimismo, se consideró que la promoción de la tuición o custodia compartida, tanto dentro de las familias casadas como en las familias separadas, constituía una prioridad que debería contar con el apoyo de las instituciones gubernamentales de cada país. Los informes sobre la situación en cada país, presentados por los delegados asistentes a la Conferencia, permitirán al recién formado Comité Internacional sobre la Tuición Compartida identificar las "mejores prácticas" para la promoción de la tuición o custodia compartida y hacer recomendaciones a las autoridades estatales de los distintos



H. Cámara de Diputados de la Nación

países. En la Conferencia se decidió suscribir un documento en que se establecen los principios básicos de la tuición o custodia compartida, conocido como "Declaración de Langedac".

Principios

1. Se le debe otorgar tanto a los padres como a las madres el mismo status en relación a la crianza de sus hijos. Consecuentemente, deben tener también igualdad de responsabilidades y de derechos.

2. Cuando los padres no puedan llegar a un acuerdo en relación al tiempo de convivencia con los hijos luego de la separación, los niños deberán gozar de igual tiempo de convivencia con ambos.

3. La paternidad y la maternidad pueden basarse solamente en la calidad de las relaciones padres-hijos y no en la calidad de las relaciones que mantienen los cónyuges separados entre sí. Los niños tienen el derecho de tener un vínculo con ambos padres y viceversa.

La tenencia compartida en el derecho comparado

El régimen de custodia compartida en la legislación internacional comenzó a dar sus pasos en los últimos años. Tanto el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos cuanto la ONU apelan a la custodia compartida como una vía de igualdad y protección de los derechos del niño.

Un estudio de Themis, Asociación de mujeres juristas, informa que Bélgica, España, Francia, Inglaterra y Gales, Italia, Suecia y la República Checa, como países de la Unión Europea, contemplan expresamente en su legislación la custodia compartida. A estos hay que sumarle Estados Unidos y Canadá.

Estas legislaciones de la UE conceden al juez la potestad para establecer el sistema, en diferentes medidas. Bélgica, por su parte, establece el sistema de residencia alterna como modelo general en el que el juez está obligado a concederlo siempre que se lo solicite uno de los padres.

Especial énfasis requiere Francia, país en que la por entonces Ministra delegada de la Familia y la Infancia Ségolène Royal, presentó el 27 de febrero de 2001 un proyecto denominado "la Reforma de la Autoridad Parental: los Nuevos Derechos de las Familias", cuyo aspecto más espectacular es la previsión legal de la custodia compartida y la convivencia de los hijos separados con ambos padres (alternancia semanal). Esta iniciativa tiene un valor innegable, ya que por primera vez un gobierno europeo reconoce abiertamente, que el régimen de alternancia en la convivencia es el más conveniente para el desarrollo del niño.

La Asamblea Nacional Francesa aprobó el 13 de Diciembre de 2001, el proyecto de ley que equipara los derechos y deberes de padres y madres. La ley estableció la igualdad de derechos de hombres y mujeres en cuanto a la guardia y custodia de los hijos tras la separación de la pareja, y otorga una autoridad compartida por ambos padres en cuanto a la educación de los hijos, sea cual sea la situación de la pareja. Aunque se plantean ciertas medidas cautelares.

El proyecto de Royal de 2001 afirma que: «Cada hijo tiene el derecho a ser educado por su padre y por su madre, con independencia de la situación familiar. Hay que reafirmar el papel del padre cuando está marginado por el divorcio (...) La fórmula de compartir el tiempo del hijo entre sus dos padres a partes iguales, según un ritmo general de una semana de cada dos, es la que mejor puede responder a



H. Cámara de Diputados de la Nación

las necesidades del niño». En la propuesta se suprime el derecho de visita por entender que padre y madre tienen el derecho y el deber de mantener relaciones personales con el niño.

Asimismo ha puesto el foco en que "falta por convencer a los jueces, mayoritariamente opuestos a ese principio de igualdad parental por razones prácticas o culturales"

El caso de España ha tenido gran repercusión. El 10 de julio de 2005 entro en vigencia la ley 15 / 2005 que modificó el Código Civil. El artículo 92 de la nueva ley sostiene que:

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Asimismo, algunas legislaciones amplían las obligaciones a los padres. En Canadá los progenitores deberán presentar un certificado de asistencia a un Programa de Educación posterior a la separación como condición para reanudar el proceso de solicitud de una sentencia de responsabilidad parental".

Esta nueva legislación ha tenido repercusiones en muchos países de América Latina, sociedades que enfrentan problemáticas similares.

Recientemente ha sido presentado en la Cámara de Representantes de Colombia un proyecto que establece la Custodia Compartida de los hijos menores. Lo mismo ha sucedido en Puerto Rico en mayo de 2007.

El debate sobre el tema abunda en las publicaciones jurídicas de Brasil y México, por ejemplo, y es tema de discusiones en el resto del continente.

Conclusiones



H. Cámara de Diputados de la Nación

Teniendo en cuenta que en materia de tenencia no es posible manejarse con criterios generalizados, la conveniencia y eficacia de un régimen de tenencia dependerán de la particularidad de cada familia y de cada caso en especial.

Expuesto el tema en los distintos puntos, las conclusiones son las siguientes:

- a) El principio de ejercicio unilateral de la patria potestad en el caso de padres no convivientes del art. 264 inc.2, se refiere a los que no han podido evitar las diferencias respecto del cuidado de los hijos. Por consiguiente, resulta injusto para los padres que no resignan su obligación compartida.
- b) Debe estimularse la participación activa de los padres, para que los hijos puedan entablar luego de la separación o divorcio lazos paterno-filiales más seguros.
- c) Que los padres puedan realizar acuerdos sobre tenencia o responsabilidad parental compartida y que sean aceptados por los jueces, respetándoles la autonomía personal, siempre que no perjudique a los hijos.-Todo ello, con la previa evaluación de el Equipo Técnico Interdisciplinario.
- d) Que las desventajas que pueda tener esta modalidad de tenencia puedan ser superadas con la cooperación de los padres, en tanto dejen de lado sus conflictos personales pos divorcio o separación, en mira del bienestar de sus hijos.