
TENENCIA COMPARTIDA

¿Lo más óptimo en interés
del menor?

Hebral Giordano, Jorgelina
DNI: 33.149.775
UESiglo 21

TENENCIA COMPARTIDA

A lo largo de la historia las familias han ido cambiando, los roles fueron mutando y el reconocimiento de los derechos-deberes de los padres se fue incrementando en las diversas leyes vigentes.

Los pilares básicos a tratar en el presente trabajo, son el interés superior del niño y la necesidad de separar los problemas que llevaron al fin de la relación conyugal con los aspectos que hacen a los hijos menores de edad que posean en común. Los derechos-deberes emergentes de la patria potestad, no van de la mano del matrimonio, por lo que se insiste en la necesidad de pensar ante todo en los menores y actuar en consecuencia, a fin de garantizarles en cada acto, que sus derechos están siendo respetados ante todo.

Evidentemente, la separación de los padres causa en los menores una tristeza entendible, por lo que para evitar una angustia mayor, la tenencia compartida es una alternativa muy acertada para ser aplicada en aquellos casos en que la buena relación entre padres y algunos otros factores determinados se encuentren presentes, y permitan a los hijos compartir su vida diaria con ambos padres, con todo lo que ello implica.

TENENCIA COMPARTIDA

Throughout history families changed, the roles altered and the recognition of parents' rights and responsibilities rose in several laws.

This paper is focused on the children and, at the same time, on the need of separating the marital relationship end's causes from the aspects directly related to the minors both parents have in common. The rights and responsibilities that arise from parental authority do not necessarily go hand in hand with marriage. Thus, there is an emphasis on the need to think primarily about the children and to act accordingly in order to guarantee that their rights are respected above all.

Undoubtedly, parental split causes undeniable sadness on children. So as not to cause greater distress, shared tenure and guidance are useful alternatives to be applied in cases where there exists a good relationship between parents in that this allows children to share their lives with both of them and also contributes to their proper development.

ÍNDICE

1	AGRADECIMIENTOS	7
2	INTRODUCCION	8
3	OBJETIVOS GENERALES	11
4	OBJETIVOS PARTICULARES	12
5	RESULTADOS ESPERADOS	13
6	CAPITULO 1	15
6.1	DERECHO DE FAMILIA.....	15
6.1.1	<i>Concepto.....</i>	<i>15</i>
6.1.2	<i>La familia</i>	<i>16</i>
6.1.3	<i>Distintas formas familiares.....</i>	<i>19</i>
6.1.4	<i>Protecciones.....</i>	<i>20</i>
6.1.4.1	Convenciones Internacionales.....	20
6.1.4.2	Constitución Nacional	28
7	CAPITULO 2	31
7.1	RESPONSABILIDAD PARENTAL.....	31
7.1.1	<i>Concepto.....</i>	<i>31</i>

TENENCIA COMPARTIDA

7.1.2	<i>Caracteres</i>	36
7.1.3	<i>Ejercicio</i>	37
7.1.4	<i>Modalidades</i>	40
7.1.5	<i>Desacuerdos</i>	41
7.1.6	<i>Deberes y derechos de los padres</i>	43
7.1.6.1	Comunicación	43
7.1.6.2	Asistencia	45
7.1.6.3	Guarda	45
7.1.6.4	Vigilancia.....	46
7.1.6.5	Respeto y educación	46
7.1.6.6	Corrección	46
7.1.7	<i>Fin</i>	47
8	CAPITULO 3	50
8.1	TENENCIA	50
8.1.1	<i>Concepto y contenido</i>	50
8.1.2	<i>Modalidades o tipos de tenencia</i>	54
8.1.3	<i>Aplicación</i>	55

TENENCIA COMPARTIDA

<i>8.1.4 La tenencia compartida</i>	57
8.1.4.1 Concepto	58
8.1.4.2 Aplicación	59
8.1.4.3 Ventajas y desventajas	64
8.1.4.4 Legislación	68
8.1.4.5 Requisitos para su aplicación	74
8.1.4.6 Casos aplicables	77
8.1.4.7 Interés superior del niño	79
8.1.4.8 Derecho del niño a ser oído	80
9 CONCLUSION	85
10 BIBLIOGRAFIA	90

TENENCIA COMPARTIDA

*Este trabajo está dedicado a los pilares de mi vida "mis padres" y,
a la luz de mis ojos "Rafa, mi hermano".*

1 AGRADECIMIENTOS

A mis padres y hermano por su predisposición, compañía, esfuerzo y empuje diario; a Gastón por estar siempre a mi lado; a la Universidad Empresarial Siglo 21 por el aporte diario a mi crecimiento y progreso; a mis profesoras Natalia Cinto y Andrea Sola por la ayuda incondicional y desinteresada durante el proceso de realización de este Trabajo Final de Graduación; a los que me acompañaron en toda la etapa de formación universitaria; al Estudio Jurídico Cendoya & Asociados por su apoyo; y a todos los que desde un lugar u otro apoyaron mis ideales y me alentaron a realizar este trabajo con entusiasmo e interés.

2 INTRODUCCION

La presente tesis aborda la tenencia compartida de una manera didáctica, práctica y analítica; sin dejar de lado la doctrina, jurisprudencia, derecho argentino y derecho comparado que se considera más relevante para este trabajo.

Se sostiene que éste tipo de tenencia implica una temática de actualidad, dentro de la cual se pueden encontrar varias aristas inconclusas o libradas a la interpretación y estudio que cada uno pueda hacer a partir de las leyes vigentes y del derecho argentino en su conjunto, todo ello a partir de la inexistencia de una normativa específica para la tenencia compartida y a la demanda de soluciones por parte de la sociedad frente a los casos de hijos de padres no convivientes.

Dentro de la materia se pueden encontrar varios puntos a tratar previo a decidir si es lo más óptimo en interés del menor. Tal y como el título del trabajo lo indica, la tesis se aboca ante todo, a buscar conclusiones con completo basamento en el interés del menor y en la protección de sus derechos por sobre todo.

Para arribar a los resultados que se han propuesto, se hará una breve introducción del Derecho de Familia y su conceptualización; de la Familia y el modo en que el derecho la incluye como institución de tipo universal, los derechos-deberes que se le confieren y la protección que se le da desde nuestra ley suprema y las convenciones y/o tratados internacionales, todo esto a desarrollarse en el primer capítulo del presente trabajo.

Capítulo seguido, se va a hablar de la patria potestad o más bien de la responsabilidad parental, adelantando en esta oportunidad la definición que nos da el Código Civil en su artículo 264: "*La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y 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...". Se analizarán tanto los derechos-deberes que a los padres les confiere la ley como el ejercicio de los mismos.

Seguidamente, se hablará de la tenencia en general, sus tipos, modos y aplicación. A posteriori se tratará expresamente de la tenencia compartida, sus modalidades, la forma de aplicación, se hará hincapié en las ventajas y/o desventajas que se hallen a la aplicación de este tipo de tenencia, buscando conclusiones fundadas no solo en el derecho sino también en la jurisprudencia y en las apreciaciones que se puedan percibir de la sociedad para con esta institución.

Algunas de las preguntas que se pretenden resolver al culminar la presente tesis de grado son: ¿es la tenencia compartida una institución de aplicación beneficiosa para el menor?; ¿debería existir una ley que ordene a los jueces aplicar la tenencia compartida a todos los casos de hijos de padres no convivientes?; ¿es una temática a la que se le pueden aplicar soluciones por analogía?; entre otras, que se irán suscitando a lo largo del trabajo y se tratará de dar respuestas fundadas a cada una de ellas.

Como se anticipó líneas más arriba, la temática fue elegida por su novedad, por la falta de legislación que dé solución al caso de la tenencia de los hijos menores de padres no convivientes y por resultar un tema de interés para la investigación y generación de conclusiones personales.

Otro punto que despertó el interés por la temática, es la necesidad de analizar y aclarar lo importante de diferenciar los problemas matrimoniales que lleven a un eventual divorcio o separación personal, de los niños que quedan inmiscuidos en esos conflictos. En gran parte de los divorcios o separaciones conflictivas, no se marca una línea concreta entre los niños y los problemas que llevaron a la disolución del vínculo marital, ocasionándole a los menores un disgusto aún mayor, dejando muchas veces sus derechos de lado por meros caprichos y/o faltas de consenso entre los mayores.

TENENCIA COMPARTIDA

Se cree necesario marcar esta línea divisoria, no solo al momento de decidir la tenencia del hijo menor de edad, sino tomarlo como un compromiso a futuro por el bien de las relaciones padres-hijos y por la integridad de los menores, sumado todo esto a la obligación que corre para los padres de proteger a sus hijos desde la concepción, brindándoles relaciones sociales confortables y respetando o haciendo respetar todos los derechos que le confiere la normativa vigente en nuestro país.

Es cierto que las familias han cambiado y es muy común ver cada vez más casos de madres o padres que se hacen cargo de sus hijos de manera individual, pero más allá de esta realidad, no debe hacerse a un lado la posibilidad de alcanzar un acuerdo para el ejercicio de la responsabilidad parental, distinguiendo el trámite y consecuencias de un divorcio, de los hijos que han tenido fruto de una relación que los unió y que en definitiva les otorgó derechos y obligaciones por partes iguales en el mismo momento en que se convirtieron en "padres".

Los hijos no son los culpables ni creadores de los problemas de sus padres, mayores, con diferencias insuperables que los llevan a romper su relación, por ello no se encuentra justificación alguna para excluir a uno de los padres de la posibilidad de disfrutar, presenciar y acompañar la vida y crecimiento de su hijo.

Todo esto y más, es lo que se quiere dejar plasmado en este trabajo final de graduación, demostrando que más allá de una carencia legislativa para el caso concreto y de los problemas que puedan alejar a una pareja, se encuentra por sobretodo el interés del niño; las personas no han de perder la esencia de la solidaridad, del diálogo, el entendimiento y la comprensión, todo así es mucho más fácil de alcanzar y más aun en el ámbito familiar y con hijos menores de edad de por medio.

3 OBJETIVOS GENERALES

- Determinar si la aplicación de un sistema de tenencia compartida es lo más conveniente para el menor.
- En caso afirmativo establecer en qué casos específicos debe proceder este tipo de tenencia.

4 OBJETIVOS PARTICULARES

- Detallar brevemente los datos más relevantes de la Responsabilidad Parental.
- Desarrollar el concepto de Tenencia y sus tipos.
- Analizar posturas doctrinarias referidas a la temática.
- Analizar jurisprudencia sobre Tenencia Compartida y casos a los que se aplica.
- Analizar Derecho Comparado.
- Generar una propuesta.

5 RESULTADOS ESPERADOS

Investigar sobre el tema planteado, conocerlo e incorporarlo, adoptando una postura crítica, para desarrollar al fin una conclusión personal sobre los beneficios, si los hay, de aplicar una tenencia compartida.

CAPITULO 1

6 CAPITULO 1

6.1 DERECHO DE FAMILIA

6.1.1 Concepto

Se puede definir al Derecho de Familia como aquella rama del Derecho Civil referente a los derechos y obligaciones emergentes de la familia, vista ésta como el núcleo social.

Belluscio lo define como "*el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de familia*". (Belluscio, 1974)

Cuando en derecho se hace referencia a las "relaciones de familia", nos abocamos a describir aquellas de índole jurídica, es decir, las que se generan a partir de un vínculo entre los sujetos, que pretenden fines o poseen intereses familiares, y el ordenamiento jurídico. En palabras de Zanonni "*el **objeto** de la relación es la obtención de los bienes jurídicos y el **contenido** trasciende en derechos-deberes que funcionalizan la realización del objeto de la relación jurídica*". (La negrita me pertenece) (Zanonni, 1998).

Existe una zanjada discusión doctrinaria a cerca de la Naturaleza Jurídica del Derecho de Familia, pero la mayoría de la Doctrina de este país se inclina por considerarlo un Derecho de tipo Privado, más precisamente de Derecho Civil.

Algunas características que sobresalen en este derecho del que se viene tratando pueden ser, entre otros:

- Está influenciado por ideas morales y religiosas;

- Es parte de un complejo de derechos y deberes, lo que no debe llevarnos a confundirlo con una mera función social;
- El papel de la voluntad es bastante más restringido que en otras ramas del derecho, ya que gran parte de la normativa es de tipo imperativa;
- Otra característica diferenciadora es la intervención de órganos del Estado, sea para la conformación de un determinado Estado de Familia o bien, para el control de determinadas instituciones y en el ejercicio de los derechos y deberes dentro de las diversas relaciones de familia.

6.1.2 La familia

No encontramos una única definición de familia, ya que según la época y el ámbito social en que se hayan ido enunciando fueron cambiando su extensión, su precisión y su alcance. Lo que no implica que haya mutado la esencia del concepto, ya que en general los autores lo relacionan al núcleo social generado a partir del parentesco y la procreación. Incluyendo también la convivencia cotidiana, esto enlazado a la idea de hogar. La heterogeneidad cultural ha ido generando una amplia diversidad de familias, pero como rasgos en común se puede encontrar: a la convivencia, la procreación y la sexualidad.

Cabe aclarar en esta oportunidad, que el análisis de la aplicación de un sistema de tenencia compartida, será analizado en este trabajo siempre en relación a familias donde los padres sean personas de distinto sexo, cuyos hijos hayan nacido en el seno familiar y no incorporados mediante la adopción, de allí que se mencione *ut supra* a la "procreación" como uno de los rasgos en común que podemos encontrar en las familias sobre las que se hablará a lo largo de la presente tesis de grado.

A la familia se la define como una institución social, surgiendo este concepto de teorías más bien sociológicas, que ponen énfasis en el grupo integrado por padres-hijos. No debe dejar de resaltarse que la familia es una

organización de tipo natural, se genera a partir de la necesidad y es insustituible como institución o modelo de organización.

Históricamente, si de la evolución de la familia se habla, se puede decir que en principio las relaciones sexuales fueron de índole promiscuas, hasta que los círculos familiares comenzaron a generarse alrededor de las mujeres, ya que la promiscuidad de las relaciones impedía conocer a los padres. Posteriormente fueron agrupándose en clanes, en torno a los hombres más fuertes de cada tribu o grupo social, donde se permitía que cada uno de ellos tuviera más de una mujer. Más acá en el tiempo, se fueron generando las familias monogámicas como las que pueden verse en la actualidad.

Parafraseando a Elizabeth Jelin, puede reseñarse brevemente la evolución de la familia en las siguientes líneas. Sumado a lo que se viene relatando a cerca de la historia de la familia, no debe dejar de destacarse que no hay un único modelo de familia ni tampoco es uno mejor que otro. En la historia sí se puede ver cómo un modelo de familia se imponía como el "modelo tipo", o ejemplo a seguir, como si fuera el único modelo de familia aceptable y bien visto en la sociedad, éste era el de tipo patriarcal, es decir, donde el poder recaía pura y exclusivamente sobre el padre de familia y era él quien dirigía y decidía por y para su grupo familiar. Posteriormente, en la época de la Revolución Industrial, la autonomía que comienzan a tener las personas, sumado a la mayor cantidad de derechos y libertades que les fue concediendo el Estado y la sociedad misma, fueron aboliendo lentamente este modelo "único" de familia aceptado, por uno más flexible, con integrantes más libres y con poder de decisión propio. Es decir, se fue generando una pérdida del poder patriarcal, más aún en la relación de padres-hijos adolescentes, ya que estos últimos tenían más opciones laborales asalariadas que les daban un importante grado de independencia y así también la expansión de la escolaridad comienza a generar mayores saberes y conocimientos, por ende mayor autonomía. (Jelin, Elizabeth, 2010)

“El proceso de ampliación de la autonomía personal y la reivindicación de los intereses individuales tuvo lugar entre generaciones antes que entre géneros... En la dinámica doméstica entre géneros, las líneas de conflicto se plantean más explícitamente cuando aumenta la participación de las mujeres en la fuerza de trabajo”. (Jelin, Elizabeth, 2010)

Desde un punto de vista más bien jurídico se han desarrollado conceptos de familia a partir de una evaluación de extensiones, es decir, según se tenga en cuenta sólo a los padres e hijos, concepto restringido; o en un sentido más amplio cuando alcanza a parientes de grados más lejanos.

En Argentina, la legislación se vio influenciada por el catolicismo, heredando una concepción de familia patriarcal. Las mujeres debían obediencia a los hombres de la familia, primero al padre, luego al marido. Durante el siglo XIX y comienzos del XX, se empieza a resquebrajar y/o debilitar el catolicismo en relación a la legislación y se comienzan a ver dos tipos de familias, por un lado aquellas que respetaban los mandatos del clero tanto en los rasgos patriarcales como en la virginidad y en la sexualidad; y por otro lado las familias constituidas a partir de meras uniones libres, con hijos “ilegítimos”, variables en la forma de convivencia y estabilidad de las uniones.

Estos cambios a lo largo de la historia no indican que hayan terminado los conflictos entre las ideologías católicas y las organizaciones liberales, sino que estos subsisten. *“En general el cambio social se fue dando antes y de forma más extendida que los cambios legales, ya que el poder de la Iglesia Católica y las ideologías más conservadoras ha sido fuerte en el ámbito del debate jurídico y en las élites políticas, pero no necesariamente en el conjunto de la población y en las prácticas cotidianas socialmente aceptadas”.* (Jelin, Elizabeth, 2010)

Actualmente, se pueden apreciar en la sociedad diversos tipos de familias, que se han ido generando por varios cambios socio-culturales que se suscitaron a lo largo del tiempo, tales como las familias monoparentales, las

ensambladas, entre otras diversas que no se mencionan en el presente trabajo, por que no nos referiremos a la aplicación de la tenencia compartida en otras familias que no sean las de padres de distinto sexo con hijos consanguíneos menores de edad.

Independientemente del tipo de familia al que se haga alusión, o dentro del cual nos encontremos, para el Derecho todas ellas tienen los mismos derechos-deberes y se encuentran en pie de igualdad.

Las funciones de la familia se pueden agrupar del siguiente modo:

- *Educacionales:* brindar los recursos que estén al alcance de cada grupo familiar para una formación integral del grupo, generando conocimiento y enseñanza de diversa índole;
- *Religiosas:* tomar una posición de creencia y espiritualidad relacionada con la divinidad, que generalmente sigue las pautas familiares de generación precedentes;
- *Económicas:* otorga los recursos financieros para un desarrollo pleno, acorde a cada familia y a sus necesidades;
- *Cuidado de los ascendientes ancianos:* proteger al grupo familiar extenso haciendo una integración familiar.

6.1.3 Distintas formas familiares

Tal como se mencionó líneas más arriba se pueden encontrar en la sociedad diversos tipos de familias. Las monoparentales se conforman por los hijos y uno solo de los progenitores, lo que no implica el fallecimiento o desaparición del otro, sino que la cohabitación se desarrolla con uno solo de los padres. Por su parte las familias ensambladas son las que se constituyen por cónyuges que tienen hijos de matrimonios o uniones previas. Se encuentra otro tipo de familias formadas por ambos progenitores y los hijos, que en la actualidad se alejan cada vez más de ser las más habituales y/o comunes.

Pero no ha de perderse de vista, que todas están llamadas a desempeñar las mismas funciones, poseen idénticos derechos y deberes, por lo que se les ha dado su carácter de universales, reconociéndoselas como tales en todo el territorio del mundo. Cada país con sus creencias, culturas y rasgos sociales particulares, pero en general con similares principios de protección y de conservación de los lazos familiares.

6.1.4 Protecciones

6.1.4.1 Convenciones Internacionales

El artículo 75 inciso 22 de La Carta Magna, confiere al Congreso de la Nación el poder de aceptar o rechazar los Tratados y/o Acuerdos Internacionales que considere pertinentes. En lo que a materia de Derecho de Familia concierne, se han incluido los siguientes: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica); Convención Sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; Convención sobre los Derechos del Niño.

Dentro de las cuales se pueden encontrar menciones al Derecho de Familia o conceptualizaciones específicas de lo que se entiende por "Familia", tales como La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, del año 1948, que expresamente dice: "*la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado*".

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica) señala que: *"se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ellos por las normas internas, en la medida que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido por esta Convención"*.

Ortiz de Rosas¹, considera que los principios más relevantes que surgen de las Convenciones y/o Tratados Internacionales a los que se hace mención ut supra, en relación al Derecho de Familia, son: la protección de la familia; el derecho al matrimonio del hombre y la mujer; la igualdad de géneros; la protección de la filiación, igualdad de los hijos y derecho a la identidad; y las relaciones paterno-filiales.

Dicha clasificación de principios, esbozada por el prestigioso autor, será descripta a continuación con la referencia de los respectivos artículos.

Protección de la familia: se pueden encontrar en:

- La Convención sobre los Derechos del Niño, ONU, año 1989, en el artículo 5: *"Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, o en su caso, de los familiares o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle -en consonancia con la evolución de sus facultades- dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención"*; en el artículo 14: *"Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Los Estados Partes respetarán los derechos de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades. La*

¹ Fleitas Ortiz de Rosas Abel y Roveda Eduardo G . (2004). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Lexis Nexis. página 11 y ss.

libertad de manifestar su religión o sus creencias sólo podrá ser objeto de las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de terceros"; en el artículo 18.1: "Incumbirá a los padres o, en su caso, a los tutores la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño y su preocupación fundamental será el interés superior del niño".

- En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ONU, año 1948, podemos hallar dichas menciones en el artículo 16. 3: "*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*".

- En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, en su artículo 17. 1: "*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado*".

Derecho al matrimonio de hombre y mujer: pueden hallarse dichas referencias en:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 16: "*Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*".

- En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 23: "*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Se reconoce el derecho del*

hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de 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".

- En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 17: *"La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges 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 de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo".*

Igualdad de géneros: se hace mención a ello en:

- La Convención Sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 1: *"A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer,*

independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera"; artículo 2: "Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio; Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación; Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas; Adaptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer" y, artículo 15: "Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley. Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales. Los Estados Partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la

capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo. Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio'.

Protección de la filiación, igualdad de los hijos y derecho a la identidad: se localizan en:

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 17, 5º párrafo: *"La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo"*.

- En la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 7: *"El niño será registrado inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde éste a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apatriado"* y, en el artículo 8: *"Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de sus elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad"*.

- En el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos artículo 4: *"Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, color, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte*

de su familia como de la sociedad y del Estado. Todo niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad" y, en el artículo 27: "En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma".

Relaciones paterno-filiales: se expone en:

La Convención sobre los Derechos del Niño artículo 3: "*En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el Interés Superior Del Niño. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán las medidas legislativas y administrativas adecuadas. Los Estados Partes se aseguran de que las instituciones, servicios e instalaciones responsables del cuidado o la protección de los niños se ajusten a las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número e idoneidad de su personal y supervisión competente"*; artículo 7.1: "*El niño será registrado inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde éste a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos"*"; en el artículo 8.1: "*Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas"*, artículo 9.1: "*Los Estados Partes velarán porque 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. Tal determinación puede ser necesaria en caso particular, por ejemplo, en un caso 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"; en el artículo 9.3: "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 superior del niño"; artículo 18.2: "A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en esta Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los tutores para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños"; artículo 20.1: "Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado"; en el artículo 20.3: "Entre estos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en otra familia, la Kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico"; artículo 27: "Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. A los padres y otras personas responsables por el niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho, y en caso

necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga responsabilidad financiera por el niño resida en un país diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados".

6.1.4.2 Constitución Nacional

La Carta Magna no contiene de manera expresa una mención a la conceptualización de la familia, por lo que queda librado a la interpretación de los juristas y doctrinarios, y al marco jurídico en que vaya a ser aplicada la norma. Lo que sí se puede inferir es que la Constitución Argentina no se enrola en la tesis amplia de familia como incluyente de todo el grupo parental, sino que se inclina por la familia como el núcleo paterno-filial, generalmente originado en el matrimonio.

Una mención al Derecho de Familia, puede hallarse en el artículo 75 inciso 22 donde se le confiere al Congreso de la Nación la facultad de aprobar o no, diversos tratados internacionales, dentro de los cuales existen menciones al derecho de familia, a las personas que conforman esa institución, a los niños, etcétera; tales como las que se han descripto en el punto anterior.

Otra mención puede encontrarse en el artículo 14 bis, el cual enuncia: "*la ley establecerá... la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna*".

TENENCIA COMPARTIDA

Queda claro entonces que aunque la Constitución no determine expresamente un concepto de familia, la protege de manera implícita, sobre todo cuando a partir del año 1994 le da a determinadas convenciones y/o tratados internacionales una posición jerárquica por sobre las leyes nacionales, dentro de las cuales encontramos muchas menciones a la familia como institución y a la protección de los derechos-deberes que de ella emergen.

CAPITULO 2

7 CAPITULO 2

7.1 RESPONSABILIDAD PARENTAL

7.1.1 Concepto

"La asistencia, protección y representación jurídica de los hijos menores por sus padres determinan la adscripción de aquellos al núcleo familiar e implican reconocer relaciones jurídicas fundadas en la autoridad paterna y materna, cuyo ejercicio tiende al cabal cumplimiento de los fines a que obedece: ante todo, la formación integral de los hijos. Es así que a través de la familia se concretan imperativos fundamentales, tales como: la autoridad de los padres, que implica cuidarlos físicamente, orientarlos en la educación, en la religión, etc.; como así también suplirlos en su incapacidad para con la administración de sus bienes".²

Ortiz de Rosas la define de la siguiente manera: *"El conjunto de deberes, derechos y responsabilidades emergentes de la relación padres e hijos, desde su concepción y hasta que alcanzan la plena capacidad civil, ha sido denominado históricamente patria potestad"* (Fleitas Ortiz de Rosas Abel y Roveda Eduardo G , 2004).

El Código Civil la define de la siguiente manera: *"Art. 264: La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de estos mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado..."*.

² Cita tomada del apunte de estudio creado por la profesora Roxana de Souza para la asignatura Derecho de Familia, en el año 2008, dictada en la Universidad Siglo 21, sede Río Cuarto. Basado en el manual de Derecho de Familia de los Dres. Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zanoni.

TENENCIA COMPARTIDA

Si se intenta desglosar el presente artículo para conceptualizar y analizar su contenido, se ve que se hace mención a los deberes antes que a los derechos de los padres en relación a sus hijos. Hay autores como Beatriz Bísvaro, quienes sostienen que esto se produce por la importancia que el codificador quiso marcar y resaltar sobre los deberes de los padres. Dicho en sus palabras, *“la patria potestad... es el ejercicio de un deber-derecho, el cual se ejerce teniendo en cuenta el interés de los hijos más que los derechos de los padres. Son deberes-derechos que integran el contenido de la patria potestad, los cuales se atribuyen a los padres en beneficio del hijo y no en provecho de ellos. Dicha expresión derecho-deber, expresa simultáneamente la facultad de actuar, que por estar referida a la satisfacción de un interés ajeno es también un deber de procurar una satisfacción”*. (Lagomarsino Carlos y Salerno Marcelo, 1991)

Históricamente hablando, la patria potestad o responsabilidad parental, comenzó siendo un derecho totalmente conferido al padre de familia, ya que su voluntad era la imperante en todas las familias de esa época; era por ello que no se incluía a los deberes de los padres en relación a sus hijos, sino solamente los derechos que tenían sobre los menores. Eran facultades muy extensas las conferidas a los padres, que podían hacer con sus hijos lo que desearan, sin límite alguno, incluso ocasionarles la muerte.

En el Derecho Romano, se produce un debilitamiento de la autoridad paterna, como consecuencia de diversos impactos sociales, morales y políticos que se dieron en esa etapa histórica, en que se comienza a ver a la responsabilidad parental como un oficio en interés del menor. *“Asume la institución- en el Derecho Romano- el carácter de un deber de corrección, asistencia y protección. No se trata ya de la subordinación jurídica total del pater, sino del deber de honrar al progenitor y de obedecerlo. Lo que antes eran deberes éticos se tornan deberes jurídicos”*. (Lagomarsino Carlos y Salerno Marcelo, 1991)

TENENCIA COMPARTIDA

En Argentina *“a comienzos del siglo XX, comenzó a advertirse la necesidad de establecer, organizadamente, un régimen de protección a la infancia, que el Estado, a través de los jueces, podría procurar en concurrencia con la actividades de los padres”*. (Bossert Gustavo- Zanonni Eduardo A, 1985)

Es así como en 1919, con la ley 10.903 se establece el Patronato de Menores y se incorpora a los derechos y obligaciones de los padres en relación a los menores de edad, haciendo referencia tanto a la persona de sus hijos, como a los bienes que poseyeran. Con la reforma legislativa que se menciona, también se dejó de lado la distinción entre hijos legítimos y naturales, modificación que se considera muy acertada. *“Decimos por ello que la modificación del artículo 264, al otorgar la patria potestad de los padres sobre sus hijos sin hacer distinción entre sus hijos legítimos y naturales, significó un verdadero adelanto en relación a los hijos nacidos fuera del matrimonio”*. (Lagomarsino Carlos y Salerno Marcelo, 1991)

En la actualidad esta concepción de derechos-deberes, sigue vigente, solo que se sustituyó la palabra “obligaciones” por la de “deberes”, haciendo hincapié sobretodo en el interés superior del menor. Cabe aclarar que todo derecho implica necesariamente un correlato deber.

Más acá en la historia de las reformas legislativas en materia de responsabilidad parental, con la ley 24.264, del año 1985, se establece un régimen de responsabilidad parental compartida por ambos progenitores, dejando de estar sólo en manos del padre de familia, confiriéndosele a la mujer un plano de igualdad en derechos-deberes y toma de decisiones frente a los hijos menores de edad. Este sistema es bastante dúctil, ya que se estipula una serie de presunciones para casos particulares.

Además se considera que toda toma de decisiones será siempre mejor si es de común acuerdo y de forma conjunta por los padres, ya que siempre ha de primar el interés superior del niño y actuarse en consecuencia. Parte de la doctrina también tiene dicho esto, tal es el caso de los Doctores Bossert y

Zanonni, quienes consideran que: *“El sistema de ejercicio compartido, sea este conjunto o indistinto, resulta más beneficioso que el sistema en el cual uno de los progenitores concentra, individualmente, las facultades que derivan de la autoridad paterna, y ejerce, en ultima instancia, el poder de decisión”*. (Bossert Gustavo- Zanonni Eduardo A, 1985)

En el año 1994, cuando la Constitución Nacional incorpora los tratados internacionales dándoles un rango jerárquico superiores a las leyes de nuestro país, es donde se incorpora a la Convención sobre los Derechos del Niño, como fuere mencionado precedentemente. Es en esta instancia, cuando se comienza a hablar de una protección integral de los niños y representa un cambio en la forma de analizar y proclamar el resguardo de los menores. Tal y como lo ilustra Paola Dauría, *“La Convención sobre los Derechos del Niño es la formalización legal de la denominada doctrina de la protección integral de la niñez y adolescencia y representa un cambio de paradigma en cuanto al modo de proteger la infancia... los niños dejan de ser objeto de los derechos de sus padres o sustitutos para ser sujetos de derechos”*(Nora Lloveras y María de los Angeles Bonzano, 2010)

En este momento histórico el Estado deja de tener un papel intervencionista en las relaciones familiares, para convertirse en una fuente de garantías necesarias para las familias, ayudándoles a lograr el cumplimiento de sus derechos y por sobre todo, lograr la protección de los menores, dándole primacía al interés de ellos. La Doctora Nora Lloveras alude a lo antedicho de la siguiente manera: *“La Convención de los Derechos del Niño importa un tránsito fundamental del Estado intervencionista (ley 10.903), al Estado garantista, que aglutina los principios constitucionales e internacionales humanitarios, destacando la función de las familias, posicionando al niño, niña y adolescente como sujeto de derecho y como eje de protección”*(Nora Lloveras y María de los Angeles Bonzano, 2010)

TENENCIA COMPARTIDA

Nuestra legislación nacional hace eco de los principios y directrices de la Convención Internacional, mediante la promulgación de la ley 26.061. Es en ella, en la que podemos encontrar una primera mención de lo que hace a la responsabilidad coparental, tema que hasta el momento no había sido mencionado de manera implícita ni expresa en ninguna ley precedente, dejándolo expresamente plasmado en su artículo 7, que se transcribe a continuación: **"Art. 7º, ley 26.061: RESPONSABILIDAD FAMILIAR. 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".

En el primer párrafo de este artículo, se hace mención al deber de las familias de actuar en pos del cumplimiento de los derechos de sus hijos menores de edad, dejándose en claro que son quienes tienen la obligación de manera prioritaria, es decir que son los que han de actuar en primer término, velando por los derechos y garantías que la legislación vigente les confiere a los niños, niñas y adolescentes a su cargo.

El segundo párrafo refiere a la igualdad entre padre y madre frente a la ley, para promover el cumplimiento de las obligaciones que poseen como padres de menores de edad. Es decir, que para la ley, ambos se encuentran en pie de igualdad, y es este un principio innovador para nuestra legislación. Es decir, que se deja expresamente plasmada en la letra de la ley, la igualdad de responsabilidades frente al cuidado, asistencia, educación, etc., de los hijos.

Claro está, que el análisis del segundo párrafo del artículo, aporta significativamente a la presente tesis, ya que innova en el hecho de mencionar la "igualdad entre los padres", cuya importancia se viene marcando desde la introducción del presente trabajo final de graduación. Es decir, que se comparte el criterio de la ley y ha de considerárselo como base para la aplicación del sistema de tenencia compartida, en aquellos casos que sea posible este tipo de guarda.

Por su parte, el párrafo 3º, establece la necesidad de que el Estado colabore para que los padres puedan asumir las responsabilidades y obligaciones que les confiere la ley. Claro está, que no todas las familias se encuentran en pie de igualdad, por lo que es allí donde el Estado con sus organismos deberá actuar, a fin de garantizar los mismos derechos a las diversas familias.

Esta normativa es la más actual hasta esta fecha. Se considera que da un paso adelante en la manera en que se ve a los padres frente a los hijos, dándoles un protagonismo superior a los menores, velándose siempre por su protección ante todo y dejando en claro un principio rector que hasta el momento no se encontraba en la letra de la ley expresamente dicho, este es **"la igualdad de los padres, para actuar frente a sus hijos"**, con todos los derechos, deberes y responsabilidades que esto acarrea. Reitero entonces que este avance legislativo, se transforma en un puntapié fundamental para la aplicación del sistema de tenencia compartida, a los casos que cumplan con los requisitos y elementos necesarios para su buen funcionamiento.

7.1.2 Caracteres

A modo ilustrativo se pueden mencionar algunos como:

- Las normas que la componen son de orden público: esto implica que la voluntad de las partes, no puede dejar de lado el cumplimiento de las

normativas. Ya que hay un interés superior por parte del Estado en su efectivo cumplimiento, que limita la voluntad de las personas;

- Es personal: solo recae sobre las personas que designe la ley o el juez, la patria potestad es propia de una persona por el carácter que reviste;
- Es imperativa: de cumplimiento obligatorio, impone un deber activo;
- Es intransferible: no puede delegarse su ejercicio en otra persona, sino que su cumplimiento es de tipo personal y exclusivo;
- Es irrenunciable: las personas no se encuentran facultadas para renunciar a la patria potestad, y esto se relaciona con los caracteres precedentes, por ser un derecho-deber que se adquiere al momento de ser padre y ese estado no puede modificarse;
- Es indelegable y tampoco puede ser abandonado: debe ser ejercitada por uno mismo, personalmente sin posibilidad de ejercerlo solo por un tiempo y luego hacer abandono de la responsabilidad parental que le compete;
- La dirección definitiva pesa en manos de los padres: los padres poseen el derecho de dirigir la educación, crianza, asistencia de sus menores y para ello pueden hacer uso de cualquier medio que consideren apropiado, siempre dentro del marco de la ley, sin hacer abuso del derecho conferido.

7.1.3 Ejercicio

Como se adelantó líneas más arriba, la responsabilidad parental comenzó siendo un derecho conferido solo al padre de familia, quien tenía el poder y autoridad sobre todos los integrantes de su grupo. Luego, con el mayor papel que fue cobrando la mujer en la sociedad, al ir adquiriendo participación en el plano laboral, obteniendo más independencia y libertad respecto del hombre, es que la legislación tuvo que acatar estos cambios sociales, dejando plasmado en la letra de la ley un ejercicio de la responsabilidad parental de forma conjunta, es decir, ejercida por ambos progenitores, encontrándose estos ahora en pie de

igualdad frente a los derechos y deberes conferidos por la ley en relación a sus hijos menores de edad, y también respecto a las decisiones que haya que tomar frente a diversos actos y/o actividades referentes al menor.

Este ejercicio conjunto es flexible, ya que, como se dijera líneas anteriores, existe una serie de presunciones para determinados casos, que permiten agilizar diversos trámites o actos que tengan de por medio a un menor de edad.

Para aclarar este punto, se procede a enunciar los diversos supuestos:

- Padres convivientes: el artículo 264 inciso 1° del Código Civil, sienta el principio general en esta materia, donde confiere el ejercicio de la responsabilidad parental “a los cónyuges conjuntamente”. Se presume que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo las expresas enunciaciones del artículo 264 quater³ o, en los casos de expresa oposición del otro cónyuge.

- Padres no convivientes: para el caso de los hijos matrimoniales, el artículo 264 en su inciso 2° determina que corresponderá el ejercicio de la responsabilidad parental a quien posea la tenencia del menor; por su parte, en el inciso 5° se alude a los hijos extramatrimoniales y se establece que el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a quien posea la guarda del menor, por cualquier medio que le haya sido otorgada.

³ Art. 264 quater del Código Civil Argentino: “en los casos de los incisos 1, 2 y 5 del artículo 264, se requerirá el consentimiento expreso de ambos padres para los siguientes casos:

- 1- Autorizar al hijo para contraer matrimonio.
- 2- (inciso derogado por art. 2 de la ley 26.579 BO 22/12/2009)
- 3- Autorizar para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad.
- 4- Autorizar para salir de la República.
- 5- Autorizar para estar en juicio.
- 6- Disponer de los bienes inmuebles y derechos o muebles registrables de los hijos cuya administración ejercen, con autorización judicial.
- 7- Ejercer actos de administración de los bienes de los hijos, salvo que uno de los padres delegue la administración conforme lo previsto en el artículo 294.

En todos estos casos si uno de los padres no diere su consentimiento o mediare imposibilidad para prestarlo, resolverá el juez lo que convenga al interés familiar.

TENENCIA COMPARTIDA

“En consecuencia, en ambos supuestos los actos de la vida cotidiana quedan dentro de la órbita de decisiones de quien ejerce la tenencia, y este progenitor tiene el poder de iniciativa. En tanto el otro progenitor conserva el derecho-deber de mantener adecuada comunicación y supervisar la educación”
(Fleitas Ortiz de Rosas Abel y Roveda Eduardo G , 2004)

- Muerte, ausencia, privación de responsabilidad parental o suspensión de ejercicio: en el inciso 3º del artículo que se viene analizando, se estipula que para estos casos, se delega el ejercicio de la responsabilidad parental en el otro progenitor, es decir que se determina un ejercicio de tipo unipersonal.
- Hijos extramatrimoniales de padres no convivientes: si al menor hubiera reconocido uno solo de sus padres, la responsabilidad parental corresponde a éste; si lo hubieren reconocido ambos, corresponde al que posea la guarda; si no hubiere habido un reconocimiento voluntario, se le concede el ejercicio de la responsabilidad parental *“a quien fuese declarado judicialmente el padre o madre del hijo”*.
- Padres incapaces, privados o suspendidos de la responsabilidad parental: estos casos están previstos en el artículo 264 bis, donde se determina que para estos acontecimientos, el menor quedará sujeto a tutela; claro está que esto sucede en caso que ambos progenitores se encuentren afectados por alguna de las causales, caso contrario el ejercicio de la responsabilidad parental le es conferida al otro padre.

Expuesto lo anterior, más allá del tipo de ejercicio de responsabilidad parental del que se trate, se quiere traer a colación una vez más, la necesidad de centrar la atención en el interés y beneficio de los menores, para evitarles disgustos o malos momentos en el ámbito familiar por falta de consenso entre

sus padres. Claro está que las diferencias entre progenitores que conviven suelen ser menos graves que de aquellos no convivientes, pero se insiste en que esto último sucede por la forma en que se confunden los problemas matrimoniales con los hijos, y por la "utilización" que se les da a veces a los menores para lograr cometidos de diversas índoles, es decir que, muchas veces se usa en un divorcio a los hijos como "escudos" sin pensar en el daño que se les causa.

"La ley (el autor viene hablando del Código Civil en su conjunto) no prohíbe la tenencia conjunta, sencillamente no la legisla, pero la ausencia de normas no permite olvidar que los niños necesitan siempre a ambos padres, pues los contactos continuos y significativos entre los padres disminuyen el impacto traumático del divorcio en los hijos. ...No existe interés del Estado en no aceptar una responsabilidad más amplia y dedicación duplicada, salvo en caso en que tales acuerdos resultaren perjudiciales para los hijos". (Ferrer Francisco, Medina Graciela y Mendez Costa María Josefa , 2007). Se citan estas hermosas palabras en esta oportunidad para ir adelantando la gran importancia que posee el diálogo y la contención familiar en miras al interés del menor; como así también la necesidad de delimitar los conflictos y separarlos de los lazos familiares.

7.1.4 Modalidades

- Ejercicio unipersonal: cuando se concentran en un solo progenitor todas las facultades de ejercer la responsabilidad parental; este era el régimen vigente en Argentina anterior a la ley 23.264.
- Ejercicio conjunto: sistema a partir del cual los actos respecto de la vida y los bienes de los menores, deben ser decididos por ambos progenitores.

TENENCIA COMPARTIDA

- Ejercicio indistinto: se da en aquellos casos en que se admite que los actos sean llevados a cabo por cualquiera de los padres del menor, con validez plena.

La legislación actual, combina los sistemas de ejercicio de la responsabilidad parental conjunto e indistinto. Como principio general se tiene al ejercicio conjunto, pero se presume que los actos llevados a cabo por uno de los padres conlleva el consentimiento del otro, de ahí la injerencia del modelo indistinto. Esta última presunción permite agilizar los trámites referentes al menor, para evitar que ante cada acto haya que solicitar la aprobación expresa del otro padre.

Dicha presunción pierde efecto en los casos expresamente enunciados en el artículo 264 quater del Código Civil o cuando haya una expresa oposición por parte del otro padre.

7.1.5 Desacuerdos

Toda decisión que deba tomarse en relación al menor, puede traer consigo para los padres, diversidad de desacuerdos o falta de unicidad en las ideas y proyecciones para con sus hijos.

Para aquellos casos en que entre los padres no logren llegar a un acuerdo, se recurrirá al ámbito judicial de manera supletoria, y será el juez (tercero imparcial) quien dilucidará el conflicto. Este último supuesto planteado será la excepción a la regla, es decir que, lo que se pretende como regla general es la toma de decisiones conjuntas por los padres buscando siempre lo mejor en interés del menor.

“Una de las finalidades de las normas en materia de familia es proponer el modelo social considerado deseable o más valioso, y dentro de la comunidad familiar, éste es sin duda el de la decisión compartida; sin perjuicio de

contemplar también las vías de solución de las diferencias". (Fleitas Ortiz de Rosas Abel y Roveda Eduardo G , 2004)

El Código Civil se ocupa de contemplar las soluciones a los desacuerdos entre padres en sus artículos 264 ter, 264 quater y en el 297. Los que se pasa a exponer seguidamente:

- Artículo 264 ter: este artículo dice que, cualquiera de los padres podrá pedir la intervención judicial. El juez deberá velar por el interés superior del niño y hacer uso del procedimiento más breve, previa audiencia de los padres y en caso que el menor tuviere suficiente juicio, a criterio del juez, también podría ser oído, pero lo que pudiere acotar el menor para resolver la controversia no será vinculante para el juez, ni se lo tendrá como parte en el proceso. Siempre intervendrá el Ministerio Pupilar. El mismo artículo, para casos de desacuerdos frecuentes o si se entorpeciera gravemente la responsabilidad parental, el juez podrá atribuirle total o parcialmente a uno solo de los padres, dividir las funciones, plazo que no podrá ir más allá de los dos (2) años.
- Artículo 264 quater: este artículo establece expresamente los casos en que es necesario el consentimiento de ambos padres. Pero también prevé que en caso de falta de consentimiento de uno de los padres, *"el juez resolverá lo que convenga al interés familiar"*.
- Artículo 294: en este caso se hace referencia a la administración de los bienes del menor, en su último párrafo se encuentra lo que alude a la temática que se está tratando en este punto, donde la norma enuncia que *"...En caso de graves o persistentes desacuerdos sobre la administración de los bienes, cualquiera de los padres podrá requerir al juez competente que designe a uno de ellos administrador"*.

7.1.6 Deberes y derechos de los padres

A continuación se realizará una breve mención de los diversos derechos-deberes que competen a los padres en relación a sus hijos menores de edad. Para la enumeración que se prosigue a detallar fueron consultados varios autores tales como el Doctor Eduardo Zannoni⁴, el Doctor Ortiz de Rosas⁵, el Doctor Gustavo Bossert⁶, la Doctora Carlucci Aída⁷, la Doctora Marisa Herrera⁸, el Doctor Augusto Belluscio⁹, el Doctor Francisco Ferrer¹⁰, la Doctora Graciela Medina¹¹ y la Doctora María Josefa Mendez Costa¹²; de todos ellos se tomó como referencia la división que se hace de las facultades y obligaciones conferidas por la normativa.

7.1.6.1 Comunicación

La comunicación y el contacto entre hijos-padres, es un derecho de los primeros y un deber de los segundos. Esta conjunción de derechos-deberes se

⁴ Belluscio Augusto y Zannoni Eduardo. (1979). *CODIGO CIVIL y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*. Buenos Aires: Astrea.

Bossert Gustavo y Zannoni Eduardo. (2008). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Astreas.

Bossert Gustavo- Zannoni Eduardo A. (1985). *Regimen Legal de filiacion y patria potestad Ley 23.264*. Buenos Aires: Astrea.

Zannoni, E. (1998). *Tratado de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Ed. Astrea.

⁵ Fleitas Ortiz de Rosas Abel y Roveda Eduardo G . (2004). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

⁶ Bossert Gustavo y Zannoni Eduardo. (2008). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Astreas.

Bossert Gustavo- Zannoni Eduardo A. (1985). *Regimen Legal de filiacion y patria potestad Ley 23.264*. Buenos Aires: Astrea.

⁷ De Carlucci Aída- Herrera Marisa. (2009). *La Familia en el Nuevo Derecho*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni.

⁸ De Carlucci Aída- Herrera Marisa. (2009). *La Familia en el Nuevo Derecho*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni.

⁹ Belluscio Augusto y Zannoni Eduardo. (1979). *CODIGO CIVIL y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*. Buenos Aires: Astrea.

Belluscio, A. (1974). *Derecho de Familia*. Bs As: Ed Depalma.

¹⁰ Ferrer Francisco, Medina Graciela y Mendez Costa María Josefa . (2007). *CODIGO CIVIL COMENTADO*. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni.

¹¹ Ferrer Francisco, Medina Graciela y Mendez Costa María Josefa . (2007). *CODIGO CIVIL COMENTADO*. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni.

¹² Ferrer Francisco, Medina Graciela y Mendez Costa María Josefa . (2007). *CODIGO CIVIL COMENTADO*. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni.

acentúa en aquellos casos de separación entre los padres, es decir cuando se halla desmembrada la guarda de los menores, ya que aquel que no la ejerce tiene el derecho a mantener el contacto con su hijo, siempre y cuando un juez no lo considere perjudicial para el menor por diversos factores de riesgo que pudieren presentarse.

“Este derecho-deber se conoce como derecho de visita,... que no solo consiste en las visitas periódicas, sino que se traduce, además, en la adecuada comunicación y la supervisión de su formación integral; y que se otorga en interés del niño”. (Fleitas Ortiz de Rosas Abel y Roveda Eduardo G , 2004)

Puede en esta oportunidad traerse a colación aquello que se mencionó en la introducción del presente trabajo, cuando se aludió a la confusión que suele generarse entre los conflictos del matrimonio y su disolución, con los hijos menores. En muchos casos, este derecho del que se está hablando en este punto, suele ser abusado, incumplido o se dificulta su normal desenvolvimiento, por trasladar los conflictos de los mayores hacia la responsabilidad que les amerita el hecho de tener hijos en común. Claro está, que la justicia no deja esto librado al azar sino que tanto en sede Civil como en sede Penal se prevén sanciones para los incumplidores; pero no ha de olvidarse que siempre será mejor y más rápido todo lo que pueda resolverse en el seno familiar, sin necesidad de recurrir a la justicia, por el desgaste que se le produce a la misma, por el ámbito en que se inmiscuye a los menores desde temprana edad, por la necesidad de recuperar el diálogo y el respeto por el prójimo, más aún en aquellos casos en que se ponen en “juego” los derechos de un niño en relación a sus padres. Ha de pensarse siempre en proteger el interés del menor por sobre todo, tratando de alejarlo lo más posible de las desavenencias de las relaciones matrimoniales.

7.1.6.2 Asistencia

Este deber de asistencia, que surge de la responsabilidad parental, es el más amplio que se puede encontrar a lo largo de la normativa vigente, ya que está orientado a cubrir todas las necesidades de un menor, por parte de sus progenitores, abarcando varios conceptos.

Como se anticipa en el párrafo precedente, la asistencia no solo tiene en cuenta el deber de brindar alimentos, sino tal como lo expresan los artículos 265 y 267 del Código Civil, los padres tienen la obligación de "...*criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos...*" (Art. 265); y, por su parte, el artículo 267 establece que: "*La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad*".

7.1.6.3 Guarda

"Derecho-deber de los padres de convivir con los hijos y la correlativa obligación de éstos de habitar con sus padres". (Fleitas Ortiz de Rosas Abel y Roveda Eduardo G , 2004)

"El derecho-deber de guarda ha sido consagrado indirectamente en la primera parte del artículo anotado al expresar que los hijos menores de edad están bajo la autoridad y poder de sus padres. Este derecho-deber de los padres de tener a los hijos consigo, de cuidarlos y vigilarlos, conlleva la correlativa obligación de éstos de habitar con sus progenitores. (Art. 265 Cód. Civil)". (Belluscio Augusto y Zanonni Eduardo, 1979)

El ejercicio de la guarda será conjunto cuando los padres convivan en un mismo hogar. Para los casos de divorcio, separación de hecho o separación personal, la guarda corresponde a quien cohabite con el menor.

7.1.6.4 Vigilancia

Este derecho-deber alude a la facultad conferida a los padres de controlar las relaciones de sus hijos, sus correos electrónicos, los lugares que frecuenten, los grupos de personas con que interactúan, los programas televisivos que miren, las revistas, espectáculos que consuman, etc. Este derecho-deber no ha de ser arbitrario, de tal forma que el menor encuentra perjudicada su privacidad, este límite se encuentra contemplado en la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 16.

7.1.6.5 Respeto y educación

Puede encontrarse mención a estos dos derechos-deberes en los artículos 265, 266 y 267 del Código Civil. Siempre será obligación de los padres prestar alimentos y educación a sus hijos, de acuerdo a su condición y fortuna. Como así también, los hijos deben respeto y cuidado a sus padres, durante toda la vida, no solo en la minoría de edad, sino incluso en la ancianidad o enfermedad de sus progenitores.

Cuando se hace mención a la educación de los hijos, no solo se entiende por ella a la escolar, sino todo tipo de educación moral, social, religiosa, cultural que pueda brindarse a los hijos; es decir que los padres deben encargarse que sus hijos reciban ambos tipos de educación, y se formen de acuerdo a sus creencias y costumbres; los padres serán "*guías de sus hijos*" (Fleitas Ortiz de Rosas Abel y Roveda Eduardo G , 2004)

7.1.6.6 Corrección

Este derecho-deber, manifiesta claramente la autoridad de los padres frente a sus hijos, donde la corrección no será de una única manera sino que puede darse a partir del dialogo, de un castigo, de un control de las actividades que realice el menor, de una reflexión conjunta entre padres e hijos, etcétera.

Lo antedicho, se contempla en el artículo 278 del Código Civil, el que enuncia que *“los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos menores”*. También se deja plasmado en la letra de la norma que la corrección debe ejercerse de forma moderada, dejándose de lado los malos tratos, entendiendo por ellos no solo a los actos o castigos físicos sino a todos aquellos que de una forma u otra menoscaben la integridad del menor.

Este derecho-deber, va de la mano de otros tales como la guarda del menor, la educación, el respeto y obediencia debidos a los padres. Su ejercicio abusivo, conforma una causal de privación de la responsabilidad parental, conforme surge del artículo 307 del Código Civil.

7.1.7 Fin

Extinción: el artículo 306 del Código Civil enuncia aquellos casos en que la responsabilidad parental se acaba de pleno derecho, es decir que no se realiza un valoración negativo de los hechos de los padres, sino que el acaecimiento de determinadas circunstancias lleva directamente a esta extinción, tales casos son: la mayoría de edad del menor, la muerte de los padres o de los hijos, por ingresar unos u otros en instituciones monásticas, por emancipación legal del hijo o por ser adoptado por un tercero.

Privación: *“Son supuestos excepcionales en que ya por causas que exigen ineludiblemente acudir en protección jurídica del menor ante la nocividad del medio familiar natural, ya por situaciones en que los padres se encuentran, de hecho, impedidos de actuar sus deberes-derechos, debe sustituirse o suplirse la autoridad paterna o materna designándose un tutor o protegiéndoles del modo que dispongan los jueces”*. (Bossert Gustavo- Zanonni Eduardo A, 1985)

Esta modalidad es tratada en el Código Civil en su artículo 307, donde sí se necesita un juicio de valor en relación a uno o ambos padres, según alguna conducta reprochable que hubieren realizado, donde pudiere verse perjudicada

TENENCIA COMPARTIDA

la integridad del menor. Estos casos son específicamente cuando: el progenitor hubiere sido condenado en sede penal por cometer un delito doloso contra la persona o bienes de su hijo, sea a título de autor, coautor, instigador o cómplice; por haber sido condenado como coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo; por el abandono que hiciere de alguno de sus hijos; por poner en peligro la seguridad, salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratos, delincuencia, malos ejemplos, conducta notoria.

Restitución: el artículo 308 prevé que la privación de la responsabilidad parental podrá ser dejada sin efecto, si los padres demostraren ante el juez que la restitución se encuentra justificada en beneficio e interés del menor, mediando nuevas circunstancias que acrediten dicha postura del padre privado de la responsabilidad parental.

Suspensión del ejercicio: según el artículo 309, la suspensión se producirá: mientras dure su ausencia declarada judicialmente; por interdicción o inhabilitación del progenitor; y en los casos de haber sido condenado a prisión por tres años o más.

La suspensión opera *ministerio legis*, es decir sin necesidad de resolución judicial al respecto, ya que ante alguna de las causales descriptas precedentemente, el progenitor se considera incapacitado para ejercer sus derechos-deberes emergentes de la responsabilidad parental.

En todos los casos en que uno de los padres se hallare privado o suspendido de ejercer la responsabilidad parental, ésta le será conferida al otro progenitor. Si este último tampoco pudiese hacerse cargo de tales obligaciones, y no siendo viable la tutela legal de parientes consanguíneos idóneos para ejercer la tutela, el juez proveerá a la tutela de los menores en cuestión, todo ello conforme el artículo 310 del Código Civil, modificado por la ley 26.061.

CAPITULO 3

8 CAPITULO 3

8.1 TENENCIA

8.1.1 Concepto y contenido

"Los padres titulares de la patria potestad tienen el derecho de tener consigo al menor; solo así pueden orientar la formación y educación de los hijos en toda la amplitud de este concepto... en caso de separación de los padres, la guarda ha de conferirse a uno de ellos, sin perjuicio de los derechos expresamente señalados por el art. 264, inc. 1º, respecto del otro". (Bossert Gustavo y Zanonni Eduardo, 2008)

Como se adelanta en el párrafo citado, la tenencia hace a uno de los componentes de la responsabilidad parental, es parte de su contenido. Es decir que se incluye dentro de los derechos-deberes que le son conferidos por la ley a los padres que ejercen la responsabilidad parental de sus hijos menores de edad.

La tenencia no ha de confundirse con "posesión", sino que va mucho más allá en todo aspecto, incluyendo no solo el hecho de convivir con el menor sino también los diversos derechos derivados de ello, tales como vigilancia, control, educación, alimentos, entre otros.

Cuando se habla específicamente de la cohabitación, se dice que es un derecho-deber, ya que los padres tienen la autoridad suficiente para exigir que los menores vivan bajo su mismo techo, incluso pidiendo el auxilio de las autoridades públicas en caso de reticencia por parte de los menores de regresar a su hogar. Por otro lado, se sostiene que es un deber de los menores el hecho de convivir con sus padres durante la minoría de edad.

TENENCIA COMPARTIDA

Para ilustrar lo antedicho de una manera más exacta, se transcribirá un párrafo del Dr. Zanonni, que se considera claro y comprensivo de lo que específicamente aduce a la guarda: "*La guarda integra las relaciones paternofiliales emergentes de la patria potestad y comprende, respecto de padre y madre, la obligación de proteger a sus hijos, educarlos, vigilar su conducta y, en su caso, corregirlos y castigarlos adecuadamente (arts. 265, 278 y concs., Cód. Civil) y, respecto de los hijos, la obligación de convivir en el hogar con sus padres, o donde ellos determinen (art. 275)*". (Zanonni, 1998)

Como se adelantó, los problemas o dificultades en relación a la guarda o tenencia de los menores, surgen en caso de separación entre los padres. Es decir que mientras éstos vivan juntos ejercerán la guarda de sus hijos menores de manera conjunta, pero en caso de separación la guarda le será otorgada a uno de ellos por el juez. Puede que haya un acuerdo entre los padres, para por ejemplo, mantener un sistema de tenencia compartida, lo que deberá ser homologado por el juez. En caso de no existir este acuerdo, el juez resolverá de manera imparcial según su mejor criterio, siempre en pos de los mayores beneficios del menor y teniendo por sobre todas las cosas muy presente el interés superior de éste.

No debe dejar de destacarse que el hecho de atribuir la tenencia a uno de sus progenitores, no priva al otro del derecho que tiene a mantener visitas con el menor, su obligación de brindar alimentos según la cuota que fijare el juez y conserva el derecho de control, tanto sobre el menor como de las actividades que éste realice. El deslinde de la guarda, no le hace perder la responsabilidad parental, ya que como se dijo, la tenencia es un componente de ella y no ella en sí misma. El padre que no ejerce la guarda, igualmente será requerido para aquellos actos que según el Código Civil necesitan el consentimiento de ambos padres.

Cuando se alude al derecho de control que mantiene el padre que no posee la guarda, se entiende un control de tipo razonable, adecuado a las

circunstancias específicas de cada familia. En palabras de Zannoni: *“ese control debe ejercerse razonablemente y teniendo en cuenta que es el progenitor que tiene la guarda el que está en mejores condiciones de valorar la conveniencia del hijo. Cualquier oposición del otro, debería fundarse, por ende, en circunstancias atendibles y no ser abusiva”*. (Zannoni, 1998) La manera que encuentra el derecho para hacer efectivo el cumplimiento de este derecho que beneficia al padre no conviviente, es el hecho de conferirle el derecho de visitas, que no debe ser coartado por el progenitor que posea la guarda, en caso contrario, será sancionado por el juez, salvo motivos fundados que ameriten dicha medida. Siempre mediando intervención judicial que ponga en la cima de la pirámide el interés superior del niño.

Para dar por terminado este punto del capítulo se citará una serie de definiciones de la guarda, dadas por varios autores de derecho, renombrados en nuestro país, que resultó interesante y nutritiva para el presente trabajo:

“Busso afirma que la guarda abarca la tenencia, la vigilancia, el derecho de corrección del hijo y deriva del deber de educarlo.

Borda, por su parte, comprende en el estudio de la guarda la vigilancia, el derecho de retener al menor consigo y la responsabilidad por los daños causados.

Para Zannoni, la potestad de guarda no es definible por si misma, sino a través de los elementos que la aseguran, de modo que este autor afirma que la guarda presupone el reconocimiento legal de la autoridad de los padres (art. 356, Cód. Civil) y el derecho-deber de los padres de convivir con los hijos, con la correlativa obligación de éstos de habitar con sus padres.

Belluscio sostiene que la guarda es el derecho-deber de tener a los hijos consigo y analiza, como consecuencia de la guarda, a los derechos-deberes de

TENENCIA COMPARTIDA

vigilancia, corrección, prestación de servicios, domicilio legal, responsabilidad por daños y el derecho de designar tutor.

Cafferata y Simler definen a la guarda como el derecho de mantener al hijo cerca de sí, fijando su residencia.

Cafferata agrega que la guarda consiste en el contacto inmediato del hijo con el padre, presupuesto esencial para educar y formar al menor.

Simler advierte en el concepto de guarda dos nociones: por un lado el derecho de retención o tenencia del menor, y por otro lado, la constatación en virtud de la cual la educación de un menor parece inseparable de la presencia cercana del que debe ocuparse de él.

En una reciente obra, Zanonni y Bossert definen a la guarda como el derecho de tener consigo al menor, para así orientar la formación y educación de los hijos.

D'Antonio denomina a esta potestad como tenencia del hijo, y le da un contenido material de proximidad física, diferenciándola de la guarda, que aparece desmembrada de la patria potestad con un contenido más amplio.” (Lagomarsino Carlos y Salerno Marcelo, 1991)

Se concluye diciendo que se entiende por tenencia a aquel derecho emergente de la responsabilidad parental, formando parte de ésta última. La guarda tiene como correlato el deber de asistencia, educación, vigilancia, control; es decir que la entendemos como un sostén de los otros derechos-deberes de la responsabilidad parental. Sin la guarda o tenencia de un menor, no pueden llevarse a cabo la mayoría de los otros deberes u obligaciones conferidos a los padres por el ejercicio de la responsabilidad parental.

Es un derecho de tipo natural, ya que al igual que la responsabilidad parental, no los crea ni delega el Estado, sino que se adquieren naturalmente al momento de ser padres. Una de las características primordiales es la convivencia, que permite a su vez la concreción de otros derechos y deberes; siempre se prefiere a los padres antes que a cualquier otro pariente, salvo casos en que ambos padres se encuentren imposibilitados para hacerse cargo de los menores, todos supuestos que serán minuciosamente analizados por el juez y resueltos en beneficio del menor.

8.1.2 Modalidades o tipos de tenencia

Para realizar la siguiente clasificación se tomó en cuenta: para los dos primeros puntos la distinción que realiza el Dr. Zanoni en su Tratado de Derecho de Familia y, para los puntos siguientes la clasificación hallada en la Enciclopedia de Derecho de Familia ya citada en el presente trabajo.

- Tenencia provisional: este tipo de tenencia opera en aquellos casos en que se produce la ruptura del vínculo matrimonial, previo a la sentencia de divorcio. Es decir, el momento en que los cónyuges dejan de cohabitar y debe el juez decidir a cerca del lugar de residencia de los hijos menores. Para esta oportunidad el juez no tiene conocimientos fundados de cuál de los padres tiene más cualidades para hacerse cargo de la tenencia del menor, lo que no quita que pueda solicitar las medias de prueba e información que considere pertinentes para conocer en parte, lo que pueda beneficiar más al menor.

- Tenencia definitiva: se da en aquellos casos en que ya hay sentencia firme en cuanto al divorcio de los padres del menor y el juez determina definitivamente la guarda; puede que se mantenga sobre el padre que recibió la tenencia provisional o, en caso de haber pruebas que ameriten un cambio en beneficio del menor, podrá darse la guarda al otro progenitor.

Este tipo de tenencia aparece como uno de los efectos del divorcio y la separación personal.

- Guarda originaria: tiene su origen en la paternidad y la maternidad, es decir que no es impuesta ni delegada por la ley sino que se adquiere naturalmente al momento de convertirse en padres.
- Guarda derivada: es aquella impuesta o derivada por la ley, es decir, que no surge de manera natural sino que la ley decide sobre quién recae, es el caso en que ninguno de los padres se encuentre facultado para hacer ejercicio de la patria potestad y no siendo viable la tutela legal de parientes consanguíneos idóneos para ejercer la tutela, el juez provee a la tutela de los menores en cuestión, decidiendo lo mejor y más conveniente para ellos conforme el artículo 310 del Código Civil.
- Guarda delegada: *“aparece desmembrada de la patria potestad y de la tutela... quien ejerce la patria potestad o la tutela delega la guarda de un menor para su protección y formación...”* (Lagomarsino Carlos y Salerno Marcelo, 1991)
- Guarda de hecho: *“...cuando una persona por propia decisión, sin atribución de la ley o de un juez, toma a un menor a su cuidado”.* (Lagomarsino Carlos y Salerno Marcelo, 1991)

8.1.3 Aplicación

Al momento de decidir la guarda de un menor, el juez, más allá de su conocimiento en derecho, de la jurisprudencia vigente y de la experiencia adquirida a lo largo de su carrera, debe tener en cuenta parámetros tales como el interés del menor, analizar detenidamente la idoneidad de los aspirantes a adquirir la guarda (en este caso los padres), hacer uso de la mayor cantidad de

TENENCIA COMPARTIDA

pruebas posibles que aclaren puntos tales el lugar en que residiría el menor, las personas con quienes tendría contacto, el ámbito social en que se desarrollaría, entre otros puntos de suma importancia para tomar la decisión de quién será la persona más apta para convivir con el menor.

Se adelanta en este punto, que no se deben considerar a todas las familias del mismo modo, y ha de remarcarse que no todos los conflictos son iguales; por lo que se subraya la necesidad de analizar cada caso en particular, sin aplicar analogías aún a casos muy similares, ya que cada problema puede ameritar una solución diferente más allá de sus semejanzas.

Se cree que en casos particulares, de buena relación entre los padres, cuando el menor posea una edad prudencial (se hablará de ello más adelante) y si varias otras condiciones lo presentan viable, la tenencia compartida entre padres no convivientes es una buena alternativa para evitar, en parte, el alto impacto que genera el divorcio sobre los menores.

Igualmente, de este tema se seguirá hablando en extenso puntos posteriores, solo se hizo una mención a esta alternativa, para adelantar que a nuestro criterio, puede haber casos que salgan de la "regla" de hacer recaer la guarda sólo sobre uno de los padres y, hacer uso de la "excepción" que ante casos específicos, la guarda o tenencia sea compartida.

Se incluyó esta opinión en el presente punto, para dejar plasmado que la guarda que recae sobre uno u otro de los padres, no es la única modalidad de aplicación, sino que existe una variante con muchas ventajas que es la "tenencia compartida".

8.1.4 La tenencia compartida

En este punto se desarrollará la tenencia compartida en particular, dando una serie de conceptualizaciones y encuadre temático, siempre con basamentos y justificativos que refuercen los dichos en el texto.

Desde un principio, se planteó a la materia como novedosa, interesante, postulando una serie de preguntas en la introducción que se pretenden resolver tomando posturas críticas e incluyentes de las diversas situaciones posibles. Para culminar tomando una decisión a cerca de si la tenencia compartida es lo más óptimo para los menores en casos de padres no convivientes, y en qué casos sería más aconsejable su aplicación.

Se considera que en los capítulos precedentes se encuentra la información necesaria como para introducir el tema del presente punto, pudiendo entender su relación con el Derecho, más bien con el Derecho de Familia, y su lazo conector con las relaciones entre padres, que deciden terminar con su matrimonio o concubinato, que poseen hijos menores de edad en común y han de resolver a cerca de la tenencia de los mismos.

Se vuelve a hacer hincapié en la necesidad de separar los problemas matrimoniales de los hijos menores de edad. Sabido es que un divorcio causa un sentimiento de dolor y tristeza en la familia toda, pero más aún si a los menores se les prohíbe o coarta la posibilidad de seguir manteniendo contacto permanente con sus dos padres. Ya que en todo momento de la vida, el niño necesita de valores, aprendizajes y experiencias tanto de la madre como del padre.

Expuesto esto, se pasa a desarrollar la tenencia compartida en particular, adelantando que se considera una opción muy benéfica en casos particulares y que ante el momento de decidir la tenencia de los hijos menores de edad, los juristas, abogados y asistentes del Poder Judicial no deberían dejar de recomendar su aplicación.

8.1.4.1 Concepto

Nuestro ordenamiento jurídico prevé que en casos de padres convivientes, el ejercicio de la tenencia de los hijos menores de edad será compartido por ambos progenitores; para el caso de padres no convivientes se tiene como regla general que la tenencia será ejercida por uno de los padres, que ante falta de acuerdo entre ellos, será el juez quien decida, según la idoneidad de los progenitores, quien será el más adecuado para tenerlos consigo, obviamente el otro padre seguirá poseyendo los derechos que le confiere la ley y se garantizarán mediante el régimen de visitas que se disponga para el caso concreto.

Por otro lado cabe aclarar que en ningún momento la ley prohíbe el ejercicio de la tenencia compartida en casos de padres no convivientes, y si se trae a colación el precepto "lo que no está prohibido, esta permitido", puede inferirse que los padres están autorizados para hacer uso de este tipo de tenencia si se considerara lo más óptimo en interés del menor.

Queda claro entonces, que cuando se habla de "tenencia compartida" se alude al ejercicio conjunto de los progenitores, de los diversos derechos que conforman la guarda de un menor, que no solo hace a la cohabitación y la tenencia como posesión, sino a todos los demás derechos que emergen de ellos tales como el control, educación, comunicación, autoridad, entre otros, que fueran ya expresamente detallados y explicados en el capítulo precedente.

No se deja de tener en cuenta, que al momento de la separación entre los padres, las cuestiones se tornan más difíciles y dolorosas, ya que cada uno toma su camino y pareciera que los hijos menores de edad quedan "en medio", transformándose en muchos casos en "caballitos de batalla" para los padres. Pero el hecho de que esto no suceda y que se logren disminuir las dificultades para los menores al máximo, solo depende de los mayores, de la madurez que se supone alcanzada por la edad, por la experiencia y por la necesidad de siempre actuar en miras a lo que se considere más benéfico para los niños,

niñas o adolescentes inmiscuidos en estas situaciones de separación no deseadas.

A lo que se apunta entonces con la tenencia compartida, es al hecho de permitir que los hijos sigan manteniendo contacto con sus dos padres, haciendo que sufran menos la separación y que no se sientan presos de una elección de los mayores, a veces muy egoísta, sino que puedan seguir compartiendo y desarrollando su vida con ambos progenitores, ya que son los dos quienes le han dado la vida. Vale reiterar, que esto se considera así, siempre que a criterio del juez no haya peligro de producirle un mal mayor al menor y se esté resguardando el interés superior del niño.

Para culminar con este punto se traer a colación el siguiente párrafo que se considera ilustrativo del contenido básico de la tenencia compartida: *"...podríamos afirmar que compartir la guarda equivale a la participación activa de los padres en la formación integral de sus hijos, lo que supone asumir la necesidad de participación y el compromiso del trabajo en equipo...la guarda compartida supone asumir el desafío de desvincular la problemática conyugal de la parentalidad..."* (Lloveras Nora y Bonzano Maria de los Angeles , 2010)

8.1.4.2 Aplicación

Como se anticipó líneas más arriba, la tenencia compartida no está legislada aún en Argentina, pero tampoco está prohibida, por lo que se considera la posibilidad de hacer uso de ella en casos concretos, con un basto estudio de la familia en particular y de las necesidades y conveniencias del menor. Claro está que en caso de un acuerdo entre partes, es mucho más simple la aplicación de este sistema de tenencia, ya que voluntariamente los padres quieren someterse a esta modalidad; distinto es en casos de desconocimiento o resistencia de hacer uso de la figura de la tenencia compartida.

TENENCIA COMPARTIDA

Para el caso del desconocimiento, reiteramos la necesidad de su divulgación, los abogados y auxiliares del Poder Judicial como representantes del Estado, han de hacer conocer con mayor alcance los beneficios de la tenencia compartida, sus componentes, la forma en que funciona, la flexibilidad que admite y sobre todo los beneficios que brinda a los menores en comparación con la tenencia unipersonal, (siempre se alude a su aplicación al caso concreto). Pero, para los casos en que se llega a los Tribunales sin ningún tipo de información, sería adecuado le sea expuesta a los padres como una opción más para tener en cuenta al momento de decidir en función a sus hijos en común, menores de edad.

Por otro lado, en caso de resistencia a la aplicación de este sistema, puede darse por varios motivos, tales como la falta de información certera a cerca de su funcionamiento y beneficios, por una relación inadecuada entre padres que imposibilitarían todo trato a futuro, entre otros tantos que deben analizarse uno a uno e ir buscando soluciones acordes al caso concreto. Es sabido que para problemáticas en el marco del derecho de familia es muy importante cada caso en particular, ya que las relaciones entre cónyuges o entre éstos y los hijos no son iguales, por diversidad de factores socio-culturales que van moldeando a cada relación y a cada familia de una manera diferente.

En este punto también es adecuado traer a colación, que en todos los casos de atribución de guarda de menores, ha de tenerse como principio rector "El interés superior del niño", cuya mención podemos encontrarla en el artículo 3º de la Convención de los Derechos del Niño, la que posee jerarquía constitucional a partir del año 1994 por las facultades que se le otorgaron en la Constitución Nacional, al Congreso de la Nación en su artículo 75 inciso 22.

A partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, se genera la doctrina de la *protección integral del niño*, donde éste pasa de ser objeto de derecho a ser "sujeto de derecho"; es decir, ya no será tenido en cuenta como

TENENCIA COMPARTIDA

un objeto más en las cuestiones judiciales o como objeto de sus padres, sino que pasa a ser "parte" en el juicio y deberá ser oído y tenido en cuenta como tal a lo largo de todo el proceso, se transformó en un ser individual con derechos que le competen como persona que es.

En cuanto a la aplicación en sí misma de este sistema de tenencia se trae a colación el siguiente párrafo: "*En sede judicial puede introducirse la atribución compartida de la autoridad parental mediante acuerdos realizados por ambos padres valiéndose de las previsiones del art. 236 del Código Civil en el marco de una acción de divorcio o separación por presentación conjunta; a través de acuerdos sometidos a homologación, con prescindencia –en este último caso– del hecho de que sean personas unidas en matrimonio; por petición de uno de los padres o por resolución judicial aún cuando ambos padres hayan solicitado para sí la tenencia unilateral*". (Lloveras Nora y Bonzano Maria de los Angeles , 2010)

Del párrafo se puede resaltar la necesidad de un **acuerdo homologado**, es decir donde el juez, previo análisis de la situación particular y del interés superior del menor, ratifique, si así lo considera aconsejable, lo acordado por los padres. Lo que se busca al solicitar la aprobación del juez, es la intervención de un órgano imparcial, ajeno a la relación, que analice objetivamente la situación y decida en pos del mayor beneficio del menor.

También se menciona que el juez podría resolver por la tenencia compartida aún en casos en que los padres hayan solicitado la tenencia individual, obviamente y como ya se mencionó varias veces, siempre actuando en pos del mayor beneficio para los menores.

De todo lo expuesto se puede inferir a simple vista la gran presencia que tiene la autonomía de la voluntad en estos casos particulares, ya que a pesar de ser necesaria la homologación del juez, son los padres quienes pueden generar los puntos de acuerdo en relación a la tenencia de sus hijos. Es decir, que el Estado confiere a los padres una amplia libertad de actuar imponiendo

TENENCIA COMPARTIDA

solo un control por parte del juez para impedir violentar diversos derechos del niño e incluso de alguno de los padres y para darle también una determinada seguridad jurídica.

Se trae a colación entonces lo expuesto en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, por la comisión nº 5 en septiembre del año 2003, donde en lo referente a la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia se ha dicho lo siguiente: *"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)."* (Lloveras Nora y Bonzano Maria de los Angeles , 2010)

Queda claro entonces que en estos tres puntos del párrafo citado se marca la importancia de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia que no atenta contra el orden público, así también la necesidad de tener en cuenta al menor de edad como sujeto de derecho y por último, la necesidad de acompañar con la legislación a los hechos suscitados en la realidad de estos días en lo que atañe a materia de derecho de familia, más específicamente la tenencia de hijos menores de edad en casos de padres no convivientes.

Dentro de este punto, el de la aplicación del régimen de tenencia compartida, se puede mencionar lo estipulado por el artículo 206 del Código Civil y hacer un sintético análisis en su referencia.

TENENCIA COMPARTIDA

Dicho artículo hace alusión al hecho de que la madre es preferida en la tenencia de los hijos menores de 5 años, salvo que existan causas graves que lo desaconsejen; considerándola más apta para el cuidado de los niños más pequeños. *“Podemos resumir los argumentos que han dado lugar a esta preferencia [...] en la lactancia de los/las niños/as de corta edad, en el entendimiento de que hasta los cinco (5) años los cuidados maternos son insustituibles, y de que la madre es la más idónea poseyendo las mejores condiciones naturales para cubrir las necesidades físicas y formativas del niño o la niña”.* (Lloveras Nora y Bonzano Maria de los Angeles , 2010)

Se puede advertir que esta aseveración expuesta, tenía mucho más acierto hace unas décadas atrás que hoy en día. Se dice esto ya que los roles dentro de una familia han ido mutando y se fueron “mezclando” de tal forma que la madre dejó de ser sólo ama de casa y el padre dejó de ser sólo el que traía el dinero para cubrir las necesidades de la familia. Hoy en día, ambos se encargan de una manera más activa de la crianza y desarrollo de los hijos, en la gran mayoría de las familias, y por ello se considera que los dos son idóneos para adquirir la tenencia de sus hijos independientemente de la edad de los mismos. Se cree entonces más acertado decidir quien se hará cargo de la tenencia por los méritos, idoneidad y aptitudes que cada padre posea en sí mismo y no dejarlo librado solo a una cuestión de género, obviamente sin dejar de lado para la decisión el interés superior del niño.

Otro punto a tener en cuenta es la necesidad de oír al menor cuya tenencia está en trámite y hacerlo parte en el proceso de decisión. Si bien varios doctrinarios consideran que lo dicho o expuesto por el niño, no debe ser vinculante para el juez; se considera que es de suma importancia darle la posibilidad de expresar sus deseos, sus anhelos, sus expectativas; obviamente en un ambiente adecuado, con los cuidados y requisitos necesarios para evitar una frustración o intimidación del menor totalmente indeseada para la justicia. Es en este momento en el que todos los órganos judiciales han de ponerse en marcha para lograr el lugar adecuado para la comodidad del menor, dándole la

suficiente confianza como para que logre expresarse. Se aconseja entrevistar al menor en persona y no por representante ya que no podrían palpase específicamente sus deseos, emociones, etcétera.

La posibilidad de oír al menor, abre muchas puertas al juez ya que le presenta un panorama ajeno a los pensamientos de los padres, es importante recordar que en muchos casos los padres hablan por sus hijos sin pensar en sus hijos sino sólo en sus expectativas personales, y es esto lo que no se quiere al momento de decidir la tenencia de los niños, ya que se busca sobre todo su interés superior y no el de los padres individualmente. (Del derecho del niño a ser oído se hablará más ampliamente en puntos siguientes).

8.1.4.3 Ventajas y desventajas

Ante todo ha de recordarse que la tenencia compartida se considera una vía de solución de conflictos al momento de decidir con quien van a convivir y compartir gran cantidad de actividades los hijos menores de edad de aquellos padres que se están separando.

Ya se ha marcado la importancia de hacer conocer esta opción a los padres, a fin de darles una alternativa más a la hora de pensar en la tenencia de los menores; con esto no se quiere decir que el abogado deba transformarse en "analista" de los padres, ya que eso no sería justo ni razonable, porque los que se preparan y especializan muy bien para ello son los psicólogos a quienes bien podrán recurrir aquellos que lo consideren necesario; sino que se quiere aludir al hecho de aconsejar a los padres, a buscar las vías de resolución más favorables para el menor y menos conflictivas para ellos, sería meritorio señalar que la única vía de solución que encuentra el abogado no es el pleito, y demostrar que es bueno y necesario tener presente otras facetas conciliadoras y más flexibles, que igualmente respetan el derecho y actúan bajo sus mandatos.

TENENCIA COMPARTIDA

El hecho de existir una sentencia firme a favor de uno solo de los padres, no es siempre la resolución del conflicto, ya que se genera "un triunfo" para uno de ellos y "una pérdida" para el otro, cosa que no se ve presente en la tenencia compartida ya que ambos padres "ganan", y por sobre todo, "gana" el menor, que seguirá conservando el trato y la relación con sus dos padres, obviamente de una manera diferente a la que venía viviendo, ya que ahora sus padres no convivirán, pero el niño seguirá habitualmente con el contacto de siempre, cosa que busca por sobre manera, la institución de la tenencia compartida.

Otra ventaja de aplicar una tenencia del tipo que se viene tratando, es el hecho de evitar todas las cargas y/o responsabilidades sobre uno solo de los padres, generalmente la madre. Ya que debido a los cambios que fueron dándose en la sociedad y el cambio de roles que se ha ido produciendo, los hombres han comenzado a realizar más tareas domésticas y de ayuda para con el cuidado y atención de los niños que en épocas pasadas, todo esto acompañado al hecho de la mayor independencia que adquirió la mujer a nivel social, que le ha permitido ser una profesional más allá de su antiguo y exclusivo rol de ama de casa, es decir que si hoy los roles del hogar se comparten mucho más que antes, esto también alienta a la tenencia compartida ya que ambos padres pueden desarrollarse bien en el cuidado y atención que los niños necesiten.

A lo largo de la investigación del tema y la recolección de información, se halló vía Internet una organización de padres que trabajan con el fin de promover la tenencia compartida y de lograr una igualdad entre progenitores al momento de decidir la tenencia de los hijos menores de edad. Dicha asociación se denomina ANUPA (Asociación de Nuevos Padres), con sede en la ciudad de Buenos Aires y conformada por padres que se encuentran en situación de desigualdad, según su criterio, ante las decisiones judiciales, ya que no pueden tener con sus hijos, el contacto que ellos desean.

TENENCIA COMPARTIDA

Esta asociación estipula una serie de ventajas y desventajas, con las cuales se coincide por esta parte, motivo por el cual se pasan a exponer:

"VENTAJAS

Para los padres:

- *Ambos padres se mantienen guardadores, es decir ambos continúan criando activamente. Ninguno de los dos queda marginado, ni alejado de los hijos.*
- *Calificación en la aptitud de cada uno de ellos. La idoneidad de cada uno no es discutida, es reconocida y útil en el ejercicio de su rol como progenitor.*
- *Equiparación de los padres en cuanto al tiempo libre para la organización de su vida personal y profesional. No queda sólo uno de ellos con toda la carga de la crianza, alienado y sin tiempo para otras cosas.*
- *Compartir lo atinente a gastos de manutención del hijo. Ningún progenitor que practica este sistema se ha desentendido de los hijos. El hacerse cargo activamente, concientiza a cada padre acerca de las necesidades de los niños.*
- *Mayor cooperación. Es indudable que este sistema fomenta el entrelazado de acuerdos de cooperación entre los padres en beneficio de los hijos.*

Para los hijos

- *Convivencia igualitaria con cada uno de los padres. No hay padres periféricos. Los hijos sienten que no han perdido a ninguno de los dos y beneficia su autoestima el observar los esfuerzos de sus progenitores para estar cerca de ellos.*

TENENCIA COMPARTIDA

- *Inclusión en el nuevo grupo familiar de cada uno de sus padres. Los niños se sienten parte integrante de cada nueva familia, enriqueciéndose muchas veces con las presencias de nuevos cónyuges y nuevos hermanos.*
- *Mayor comunicación. La misma dinámica de este sistema fomenta una mejor comunicación paterno o materno-filial, incluso mejor aún que los hijos provenientes de familias intactas.*
- *Menos problemas de lealtades. La cooperación derivada de compartir la tenencia entre padres, elimina o reduce los cambiantes compromisos de lealtad de los hijos hacia cada padre que provoca la tenencia monoparental.*
- *Buen modelo de roles parentales. Los niños aprenden a ser solidarios, a compartir, a resolver los problemas mediante acuerdos en vez de litigios, a respetarse entre géneros.*

DESVENTAJAS

Para los padres

- *Mayores costos. Ambos padres deben mantener en sus respectivas casas un lugar apropiado para los hijos, con insumos repetidos tales como ropa, juguetes, útiles.*
- *Proximidad obligada de ambos hogares. Para la mayoría de la formas de implementar este sistema resulta muy conveniente el que ambos padres residan cerca el uno del otro.*
- *Flexibilidad laboral. Es imprescindible que la forma de sustentación de cada padre permita un horario flexible que se adapte a cubrir las necesidades de tiempo para el cuidado de los hijos.*

Para los hijos

- *Adaptación a dos casas. Cada casa tiene sus hábitos, sus reglas, sus horarios. Los niños deben adaptarse muchas veces a dos formas distintas de encarar la vida, a costumbres disímiles, a normas de educación diferentes.*
- *Problemas prácticos y logísticos. Es normal en este sistema que insumos que el niño debe de utilizar un día hayan quedado en la otra casa el día anterior. O que algunas rutinas del niño experimenten alguna alteración por el cambio de hogar.”¹³*

Se coincide en los diversos puntos precedentemente expuestos, pero se adelanta que se cree existen más ventajas que desventajas en la aplicación de una tenencia compartida; considerando también que varias “desventajas” bien podrán ser sorteadas y solucionadas frente a una buena predisposición de los padres, si es que buscan satisfacer ante todo el bienestar de sus hijos menores y evitarles así un dolor innecesario.

8.1.4.4 Legislación

Dentro de la legislación vigente al día de la fecha en Argentina aún no se ha regulado específicamente la Tenencia Compartida, pero se considera la posibilidad de su aplicación ya que tampoco se encuentra prohibida, por lo que, implícitamente estaría permitida.

Sumado a ello, la Constitución Nacional, en el año 1994 incorpora a los Tratados y Pactos Internacionales como parte del ordenamiento nacional otorgándoles jerarquía constitucional y dentro de los diversos tratados se encuentran los ya mencionados en el capítulo primero, varios de ellos con menciones específicas hacia el derecho de familia y de algunos derechos e instituciones por él contemplados, que ya se explicaran en aquella oportunidad.

¹³ Texto tomado de la página web de la Asociación ANUPA (www.anupa.com.ar) consultada en octubre de 2011.

TENENCIA COMPARTIDA

Pero en este punto específicamente se pone la atención en la Convención sobre Derechos del Niño, que específicamente prevé en su artículo 3° el deber de velar por el "interés superior del niño", concepto que se explicará en puntos subsiguientes, pero se adelanta diciendo que incluye a todo aquello que beneficie y genere satisfacción en el menor, garantizando la protección de sus derechos y dándole los cuidados que necesita.

Cabe aclarar que no es el único artículo en que se hace mención a ello, sino que se citó al artículo 3° por ser uno de los que lo hace de manera expresa, ya que todo el articulado de la Convención está realizado y pensado en pos del interés superior del menor.

Dicho esto, se expresa que aunque no haya una legislación específica para la tenencia compartida y teniendo con jerarquía constitucional a la Convención citada que habla del hecho de proteger el interés superior del niño, dentro de lo que se incluye el derecho de tener una relación fluida con ambos padres a pesar de la separación del matrimonio, es que se cree posible la aplicación de la tenencia compartida, citando los artículos de la Convención Internacional y aduciendo que todo lo no prohibido está permitido para nuestro derecho, ese es el principio general, obviamente esto acompañado de diversos fundamentos y análisis que se realicen en el caso particular donde se crea que realmente será la mejor decisión para proteger el interés del menor.

Por su parte, la ley nacional n°26.061 sobre la protección de las niñas, niños y adolescentes, toma como base dicha Convención y así se promulga. Tendiendo como principio rector la protección integral de los menores, sentando bases de igualdad entre los padres antes no legisladas. Este tema fue desarrollado más extensamente en capítulos precedentes a donde se remite.

Algunas legislaciones como la española en el año 2005 y la peruana, han reformado sus normativas dejando expresamente en su letra, la figura de la

tenencia compartida como un instituto más del Derecho de Familia, que bajo una serie de requisitos, análisis y estudios con amplio criterio, puede aplicarse a diversos casos de tenencia de hijos de padres no convivientes.

Seguidamente se cita el artículo 92 de la ley 15/2005 que reformó el Código Civil Español:

"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.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.”¹⁴ (La negrita me corresponde)

El artículo precedente, en sus nueve incisos deja clara una serie de derechos y obligaciones que deberán cumplimentar los padres en relación a sus hijos. Expresando también algunas obligaciones que competen al juez al momento de tramitar una tenencia. Por otro lado, expresamente en los incisos 5º y 8º se plasma la figura de la tenencia compartida, estipulando que será viable tanto en el caso que ambos padres lo soliciten por común acuerdo o, también podrá darse en caso que a pedido de uno solo de los padres el juez lo

¹⁴ Artículo extraído de la página web: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/familia/l15-05.htm>, consultada en septiembre de 2011.

TENENCIA COMPARTIDA

considere lo mas apto en interés del menor y así resuelva en la sentencia del caso.

Se considera que es un artículo muy bien planteado, que abarca diversas aristas de la temática de la tenencia de los hijos menores de edad al momento del divorcio o separación personal de los padres. Se cree acertada la manera en que se trata a la tenencia compartida, ya que además del acuerdo de los padres o el pedido unilateral de uno de ellos, siempre se necesita la intervención del juez, cosa que le da la seguridad jurídica necesaria y permite tener la plena convicción que la decisión tomada es totalmente imparcial, de un tercero ajeno al problema y con total énfasis puesto en la protección del menor.

Por su parte, la ley peruana n°29269 que incorpora la figura de la tenencia compartida al Código de los Niños y Adolescentes reza en sus artículos 81 y 84 lo siguiente:

*"Artículo 81º.- Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, **pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.***

*Artículo 84º.- En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; b) El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y c) Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas. En cualquiera de los supuestos, **el juez priorizará el otorgamiento de la***

tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor”¹⁵ (La negrita me pertenece)

Por su parte, la ley peruana establece en el primer artículo que ante todo deberá resolverse por común acuerdo de los padres, pero ante falta de ello el juez igualmente podrá adoptar esta medida si lo considera lo más viable y apto para el menor; dando en el segundo artículo los parámetros de que se basará el juez al momento de resolver la tenencia de un menor y poniendo de manifiesto que ante la decisión de una tenencia unilateral le será dada al que garantice de mejor manera el contacto con el otro padre, es decir, se puede ver claramente cómo la normativa nunca deja de mirar hacia el menor y lo protege por sobre todo.

Si la legislatura argentina decidiera comenzar a tratar el tema de la tenencia compartida en el recinto, se cree adecuado tomar como parámetro o ejemplo a estas normativas hoy vigentes en el derecho de familia, obviamente sumado a las de otros países y los diversos proyectos de ley ya generados por personas y/o entidades de nuestro país, que consideran que la tenencia compartida debiera estar, en estos tiempos, plasmada en la ley.

Hablando de los proyectos generados en el marco de nuestro país, se entiende apto citar en este momento al propuesto por la Asociación ANUPA, ya citada precedentemente, quienes han planteado la siguiente modificación al artículo 206 del Código Civil e introduciendo un artículo 206 bis y 206 ter:

"Art.206 bis: A pedido de ambos padres, de uno de ellos, o de oficio, el Juez podrá otorgar la tenencia 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. La tenencia compartida importará el

¹⁵ Artículos tomados de la página web: www.derechoycambiosocial.com consultada en octubre de 2011.

ejercicio compartido de la patria potestad. Aún en caso de otorgarse la tenencia a uno de los progenitores, el Juez, de oficio o a pedido de parte, podrá disponer el ejercicio compartido de la patria potestad.

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. Se considerará como de interés primordial del niño el mantener contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo causas graves que aconsejaren lo contrario. A tal fin, se priorizará en el otorgamiento de la tenencia al progenitor que mejor asegure el derecho del niño a mantener contacto con el otro progenitor." ¹⁶

Lo que la Asociación aconseja modificar del artículo 206 es la edad de los menores que se establece para que la tenencia sea preferentemente otorgada a la madre, ellos consideran adecuado bajarla de 5 a 3 años.

De la propuesta de reforma citada, bien puede verse que las formas de solicitar la tenencia compartida podrían ser por ambos padres, por uno solo de ellos o determinada de oficio por el juez. Claro está que siempre en miras al interés superior del niño, concepto que está específicamente incorporado al artículo 206 ter.

Otra vez se adhiere al hecho de tener en cuenta estos diversos proyectos generados en el país y analizar la necesidad de la sociedad en cuanto a la existencia de la figura de la tenencia compartida de una forma explícita.

8.1.4.5 Requisitos para su aplicación

Seguramente cada autor o estudioso del derecho de familia podrá considerar distintos elementos que se necesiten para configurar una tenencia

¹⁶ Proyecto de reforma al Código Civil Argentino propuesto por la asociación ANUPA (www.anupa.com.ar) página web consultada en octubre de 2011.

TENENCIA COMPARTIDA

compartida, pero en este caso los requisitos que se creen necesarios con mayor relevancia son los que se pasan a postular seguidamente:

Buena relación entre los padres: es un elemento de suma importancia, ya que los menores tendrán una fluida relación con ambos y seguramente los padres tendrán que contactarse mucho más a menudo de lo que lo harían si fuere una tenencia común con un régimen de visitas establecido para el padre no guardador. Sumado a esto, la necesidad de acordar y discutir una mayor cantidad de actividades y/o situaciones, ya que ambos poseen la tenencia en iguales términos y condiciones, ambos deciden y actúan en relación a los menores. Es decir que no hay un padre que decida y el otro que controle, sino que las decisiones seguirán tomándose conjuntamente tal como cuando convivían, claro está que no se está aludiendo al artículo 264 quater donde la decisión tomada por ambos padres es la regla.

Ser oído: este elemento se considera importante a lo largo de toda toma de decisiones en la vida, escuchar a la persona involucrada, donde sus intereses se encuentren comprometidos; dicho esto, no se encuentra fundamento alguno para negarles este derecho a los niños, si también son personas sujeto de derecho. Se considera que el juez puede decidir oír al menor en el momento que lo crea más apropiado y de la forma que crea se garanticen mejor sus derechos. Oír al menor, darle la oportunidad de expresar sus deseos y su opinión frente a la situación que está viviendo, se entiende muy favorable para el momento de la toma de decisión por parte del juez, ya que aunque muchos no lo consideren vinculante, se piensa a esta parte, que el juez no podrá apartarse totalmente de aquello que el menor desee, siempre que se haya podido determinar que no ha actuado coaccionado o inferido por alguno de sus padres sino que lo hizo con sentimientos y convicciones propias.

Edad: aunque la ley disponga que los menores de 5 años quedarán al cuidado de la madre, se cree que igualmente puede aplicarse una tenencia compartida en menores de esa edad, ya que no ponemos el acento de la

TENENCIA COMPARTIDA

distinción en el género de las personas, sino en la idoneidad y el amor que puedan brindarle a sus hijos, cosa que no va ligada a si es el padre o madre, sino a los derechos-deberes conferidos por la ley y a la predisposición por hacerse cargo de ellos. Se considera a éste, uno de los elementos más delicados, por lo que debe atenderse más que en el resto, al caso particular y las necesidades y condiciones de cada menor.

Acuerdo: se cree que lo más óptimo, para el menor y la familia toda, es cuando existe acuerdo entre ambos padres de hacer uso de la tenencia compartida, esto seguramente genera una mayor predisposición a la hora de fijar los tiempos, actividades, etcétera, que son necesarios fijar al momento de la decisión. Este acuerdo, además de la voluntad de los padres, para alcanzar la validez necesaria, deberá ser homologado por el juez, es decir que éste último será quien analice y garantice el cumplimiento de los derechos del niño. Cabe decir que generalmente los acuerdos generados por los padres, no son rechazados por el juez, salvo que advierta una clara violación o entorpecimiento del interés superior del menor.

Como conclusión de este elemento ha de dejarse en claro que en esta materia nada se torna irrevocable ni inmodificable, por lo que, el acuerdo, tras la homologación, podrá ser revisado y modificado cuantas veces sea necesario.

Juez: tal y como en todos los procesos judiciales, el juez posee un rol esencial. En este caso, es el encargado de homologar el acuerdo presentado por los padres, pero no si antes analizar las diversas cuestiones que generen en él el convencimiento de que será lo mejor para el menor cuya tenencia se tramite. Aunque repetitivo, pero no excedente, ha de recordarse que toda decisión tomada o acción que se decida iniciar, será siempre en miras al bienestar del menor, y es el juez quien actuará en cada paso protegiendo sobre manera el interés superior del niño.

Viviendas cercanas: Otro de los factores necesarios para hacer posible la aplicación de la tenencia compartida es el hecho de vivir los dos padres en la

misma ciudad y cerca uno del otro, para permitir así que los niños mantengan un mismo ambiente para la recreación, sus actividades diarias, el colegio, etcétera. Agilizando también el hecho de transportarse de una casa a la otra. Implícitamente aquí también queda plasmado otro de los requisitos, que es el hecho de tener cada padre una vivienda donde albergar a los menores en el período que le corresponda a cada uno, equipadas y acondicionadas de manera tal de tratar de satisfacer, medianamente de igual forma, las diversas necesidades de los hijos.

Más allá de los diversos requisitos, que para unos pueden ser más y para otros menos, es dable señalar que la tenencia compartida ha de implementarse tras un delicado estudio de cada caso en particular, no puede quedar librado a una imposición judicial si la parte más sensible no tiene garantía que así se preserven todos sus derechos, claro está que se habla aquí del “menor”.

Se cree que con buena predisposición por parte de los padres, habiendo oído al menor y entendiendo cuáles son sus más sinceros deseos, sumado esto a un juez imparcial, conocedor del derecho y pensante sobre todo en el interés superior del menor, se puede lograr una decisión justa y equilibrada para cada caso en particular.

8.1.4.6 Casos aplicables

Claro está que la tenencia se discute al momento de la separación o divorcio de los padres de hijos menores de edad. Se cree adecuado remarcar la necesidad de separar los problemas de las personas mayores, cuya relación llegó a su fin, de los hijos en común que posean fruto de esa relación. Si esta línea divisoria es clara, se cree es más simple aplicar el sistema de tenencia compartida.

TENENCIA COMPARTIDA

Como se dijera en el punto precedente, la buena relación entre los padres es un elemento muy importante ya que si no tienen el mínimo trato o si éste es muy malo, se vería dificultada la posibilidad de aplicar este tipo de tenencia, ya que la misma necesita un diálogo al menos cordial, una relación por lo menos pacífica y un contacto prácticamente diario, que dependerá de cada acuerdo en particular. Pero si los padres piensan ante todo en el bienestar de los hijos y separan el divorcio de la tenencia, se cree que la relación debiera fluir de la mejor manera posible, permitiendo que los menores mantengan un contacto igualitario con sus dos padres. Sumado a la buena relación de los padres, es necesaria la existencia de todas las garantías que aseguren el cumplimiento de la protección suprema hacia el menor y el convencimiento de que ese menor no se encontrará perjudicado por la medida.

Se cree que el modo más simple y deseable para aplicar la tenencia compartida sería cuando conjuntamente los padres acuerdan hacer uso de este sistema. Ya que esto hablaría de una buena relación entre ellos y de la búsqueda del bienestar de sus hijos, quienes logren estos acuerdos serán personas que han delimitado claramente los conflictos, tal como se viene insistiendo desde un principio.

Para el caso de solicitarlo uno solo de los padres o en el caso que el juez sea quien decida la aplicación de esta figura, se cree será más ardua la tarea del juez ya que deberá analizar más profundamente cada actitud, cada relación, las negativas de la otra parte en aplicar la tenencia compartida y los motivos que para ello brinde, entre otras tantas situaciones y características, que lo lleven en definitiva a tomar la mejor decisión para el menor cuya tenencia se tramite.

8.1.4.7 Interés superior del niño

A lo largo del presente trabajo muchas veces se ha mencionado al "interés superior del niño" pero es recién en este punto que se detiene la atención en dar algunos lineamientos básicos para comprender específicamente a qué se alude con ello.

En principio se trae a colación que el lenguaje jurídico es muchas veces ambiguo y no posee solo un significado válido, sino que puede darse la situación de que una palabra o frase posea distinto significado según el contexto en que se use, según la emotividad que ponga el locutor, entre otras características que pueden modificar el sentido o significado de las palabras. Sostienen algunos que el "interés superior del niño" es un ejemplo de ello, ya que despierta emociones o conceptos diversos en las distintas personas, es decir que no puede dársele un único y concreto significado.

En referencia a la ley 26.061 se ha dicho que "*cuando se hace alusión al interés superior del niño, no se duda del mensaje que el legislador quiso transmitir sino del contenido que cada uno de los llamados a interpretar ese mensaje, es decir, los jueces, vayan a darle*" (De Carlucci Aída- Herrera Marisa, 2009)

Con esta referencia se quiere traer a colación la importancia de la personalidad del juez, del intérprete de la normativa. Se considera que su formación profesional es sumamente trascendental, pero nunca ha de dejarse a un lado la relevancia que también poseen sus creencias, ideologías y por sobre todo la personalidad. Rasgo diferenciador de las personas si los hay, que se refleja en muchos casos en el perfil de las decisiones tomadas y por sobre todo se cree se reflejará aún más en los casos de relaciones de familia cuando las sensibilidades y/o emociones son mucho más marcadas que en cualquier otra rama del derecho.

Con lo expuesto se considera que habrá tantas respuestas a la pregunta ¿Qué es el interés superior del niño? como intérpretes haya; pero de forma coloquial o básica se considera que se alude a la búsqueda de los mayores beneficios para el menor, brindarle todos los cuidados necesarios para evitarle un sufrimiento o dolor mayor al que ya seguramente sufre por la separación de sus padres y por el cambio que ha de afrontar en su vida (esto en relación al interés superior del menor en la decisión de la tenencia, ya que para el derecho todo, es mucho más amplio el concepto). Se considera a esta parte, que el interés superior de un niño viene de la mano de la alegría, la felicidad, el disfrute, la educación, las buenas relaciones sociales, el alejarlo de todo tipo de discusiones o malos momentos generados por los mayores "sus padres", entre otras características que hagan al bienestar de las personas, en este caso particular, de los niños.

Se cree entonces, que nadie podrá darle una interpretación tan alejada de lo expuesto en el párrafo anterior última parte, al hablar del interés del menor, y en sí, del interés **superior** del menor. En conclusión, nadie puede interpretar algo contrario al hecho de hacer todo en búsqueda de lo mejor para los menores cuya tenencia se tramite.

8.1.4.8 Derecho del niño a ser oído

"Escuchar al niño no es simplemente oírlo, es considerarlo y pensarlo como una persona- Cecilia Grosman". (De Carlucci Aída- Herrera Marisa, 2009)

Este derecho se encuentra expresamente contemplado en la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 12, con jerarquía constitucional para los argentinos desde 1994, el cual reza lo siguiente: *"Con tal fin, en particular, se dará al niño la oportunidad de ser escuchado en todo el proceso judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un*

representante o de un órgano apropiado, de modo compatible con las normas de procedimiento de la ley nacional".

"Todo el Derecho Constitucional de los Derechos Humanos se encuentra recorrido por el principio de la efectividad, en tanto obligación del los Estados Partes de adoptar todas las medidas necesarias a efectos de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención o Pacto respectivo. Como consecuencia de este compromiso, su inobservancia genera la responsabilidad internacional del Estado conforme el Derecho de los Tratados".
(Lloveras Nora y Bonzano Maria de los Angeles , 2010)

Por su parte la ley nacional N° 26.061 de "Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes" ha incorporado en su art. 27, entre otros derechos que el Estado ha de garantizarles, el derecho a ser oídos en cualquier proceso judicial o administrativo que los afecte.

Queda claro entonces que el derecho ha contemplado la necesidad de oír al menor y lo impone a modo de mandato para los jueces el hecho de hacerlo cumplir. Muy importante es entonces delinear bajo qué condiciones deberá ser oído ese menor, en qué casos, en qué momento del proceso, quién le hará la entrevista, en qué lugar, bajo qué condiciones, qué resultados son los esperados a partir de esta entrevista, entre otros tantos aspectos que deberán ser muy cuidados para evitarle al menor una situación de miedo, intimidación y frustración.

En lo que a la edad del menor respecta *"la jurisprudencia ha sostenido que en cada caso en particular deberá analizarse si el menor posee un grado de madurez suficiente para evaluar su propio destino y su propio bienestar".*
(Lloveras Nora y Bonzano Maria de los Angeles , 2010)

Con esta cita se quiere dejar en claro que no interesa en primer lugar la edad del menor, sino más bien su madurez, que será cautelosamente analizada por especialistas en la materia. No ha de olvidarse que la palabra no es el único lenguaje que existe para comunicarse, por lo que bien podría comunicarse con un menor que aún no hable. Incluso, expertos en el tema, han estudiado que

no todos los niños se expresan mejor mediante el mismo uso del lenguaje, es decir que pueden hacerlo mejor unos mediante la palabra, otros mediante el dibujo, incluso siendo ellos de la misma edad biológica.

Se concluye entonces diciendo que independientemente de la edad del menor y una vez analizado el caso concreto, se podrá poner en marcha el aparato judicial a fin de entablar la entrevista de la manera que mejor se adecúe a ese niño en particular.

En cuanto a los momentos procesales en que el menor debe ser oído, la letra del artículo 12 ya citado precedentemente deja en claro que podrá ser en "todo el proceso", es decir que no hay una etapa ni plazo específico para escuchar a los menores sino que podrá darse en aquel momento que el juez considere más apropiado.

Se aconseja que quien realice la entrevista sea el Juez a cargo de la causa, pero nada obsta a que la realice un especialista como por ejemplo un psicólogo con instrucciones dadas por el juez, lo que generalmente se lleva a cabo en la denominada "Cámara Gesell", para evitar que el menor se vea intimidado por tantas personas e incluso por la presencia de alguno de sus padres. Igualmente sobre esta temática no se pretende explayarse en este trabajo para evitar perder el hilo conductor de lo que se considera más importante en relación al momento de decidir una tenencia, tema sobresaliente en el trabajo aquí presente.

Otros puntos tales como el lugar de la entrevista, la duración su ambientación, etcétera, quedaran librados a la apreciación del juez quien siempre actuará en busca del mayor beneficio para el menor.

Se concluye este punto diciendo que se trae a colación la temática en el presente capítulo porque se considera de suma importancia el hecho de oír a los menores, que son la base de la cuestión al momento de decidir su tenencia, porque sobre ellos se decide y no se entiende por qué no hacerlos partícipes de la decisión. ¿Por qué no darles la posibilidad de expresar sus deseos y

sentimientos frente al juez?, aquella persona que seguramente sabrá captar lo más relevante para el momento de la decisión final.

Si se viene anunciando en extenso la necesidad de buscar siempre lo mejor para el menor, de poner sobre todo la atención en los más pequeños sin estropear sus intereses máximos, no se entiende entonces por qué se les negaría la posibilidad de hablar y de aportar ellos mismos, ya que a veces los padres tergiversan los verdaderos deseos de los menores, sus opiniones y su forma de apreciar la realidad y las relaciones de familia.

Se considera entonces totalmente acertada la decisión de oír a los menores y se resalta el hecho de que no interesa la edad para ello, ya que hay profesionales dedicados a entender todos los usos que pueden hacerse del lenguaje, por ende, ha de permitirse que cada niño se exprese de la manera que considere más apropiada y darse lugar a profesionales especializados en la materia seleccionada para poder poner en palabras lo que los menores hayan expresado con otros métodos lingüísticos.

"... los más perjudicados en los divorcios conflictivos son los hijos, y por esta razón es necesaria una actitud solidaria y equitativa de ambos padres... Es menester que al momento de pensar cómo se organizará la familia con posterioridad al divorcio se tenga en cuenta como una opción más la tenencia compartida, la que debería privilegiarse... no significa partir al niño ni tampoco igualdad matemática alguna entre los padres. Consiste, en cambio, en reconocer a ambos progenitores el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, sus recursos, sus posibilidades y características personales, las responsabilidades y deberes..."

Si el ejercicio compartido de la patria potestad resulta ser más adecuado al interés superior del niño, no puede ser dejado de lado; es más, no debe serlo.

Así, la tenencia compartida debería ser la regla, el principio general, y la unilateral solo una excepción, a fin de concientizar a los padres de que nadie

TENENCIA COMPARTIDA

puede quedar fuera del círculo familiar... de tal manera que éste [el niño] internalice en su memoria que sus progenitores no pudieron seguir siendo esposos, pero si lograron ser buenos padres...

No puede negarse al niño la posibilidad de ser criado por ambos progenitores. Preguntado que sea, seguramente responderá que ése es su deseo. Pero, además, respetarlo es mandato constitucional".¹⁷

A modo de colofón del presente capítulo se citaron los párrafos anteriores, que corresponden a las partes que se consideraron más relevantes de la conclusión vertida por Cecilia López y Luciana Pietra en el análisis de una sentencia en que se dispone la tenencia compartida.

Se cree que es una buena forma de culminar el presente capítulo, ya que de cierta manera engloba una serie de pensamientos y reflexiones que se comparten por esta parte.

¹⁷ Revistas Interdisciplinarias de Documentos y Jurisprudencia. 2005. Editorial Lexis Nexis. Tomo I (pág. 101-103)

9 CONCLUSION

Tras haber reseñado conceptos y características básicas de temas tales como el Derecho de Familia en general, La Familia en particular, la Patria Potestad y todos los derechos-deberes emergentes de ella, la Tenencia en general y por último la Tenencia Compartida en particular, llega el momento de esgrimir una conclusión que de respuesta a las diversas preguntas planteadas en un principio y que englobe los pensamientos y opiniones personales que amerita la temática.

Como primer punto se genera la respuesta a la pregunta planteada en el título del presente trabajo ¿es la tenencia compartida lo más óptimo en interés del menor?, a lo que se responde por esta parte que, es totalmente óptimo permitirle a un menor que ante el caso de separación de sus padres, pueda él seguir manteniendo un contacto permanente y contiguo, libre de discusiones o conflictos y lleno del amor y afecto que cada padre pueda brindarle a un hijo. También es lo más óptimo, separar los problemas matrimoniales o de pareja, de los hijos que hayan concebido juntos, ya que esto permite ampliar el panorama de análisis y de reflexión, dirigiendo la atención en el interés de los hijos que esos padres comparten y alejándolo de transformarlo en un “caballito de batalla” por el que se generen cuestiones no deseadas al momento de compartir el tiempo libre y la vida en general. Se cree que un hijo puede entender que sus padres no puedan ya continuar con su relación, lo que seguramente le causará dolor, pero no en la intensidad que pueda causarle el hecho de no poder mantener un contacto igualitario con ambos.

A lo expuesto se le suma el hecho de analizar muy cuidadosamente cada caso en particular, como se dijo anteriormente, las familias son todas diversas y cada una se conforma y compone de distintos elementos, características, personalidades, puntos de vista, creencias, ideologías, etcétera, que hacen que cada familia sea única e inigualable, aunque en apariencias podamos encontrar muchas similares. Dicho esto, se considera por esta parte que no deberían

TENENCIA COMPARTIDA

aplicarse soluciones análogas sin antes hacer un minucioso estudio de la familia en concreto; ya se dijo anteriormente, que pueden ser muy similares y a la vez muy disimiles. Aclarado esto, se responde por la afirmativa a la pregunta generada en el título del trabajo; es decir, que la tenencia compartida es lo más óptimo en interés del menor, si analizado el caso concreto, el juez decide que se estaría actuando en pos del interés superior del niño.

En segundo lugar, se considera por esta parte, que la tenencia compartida funcionaría mucho mejor en caso de acuerdo entre los padres, donde se presenten ante el juez buscando la homologación de las pautas que ellos mismos hayan generado. Esto habla de un entendimiento muy amplio de la situación y de un compromiso serio y prudente para con sus hijos menores de edad. Pero es sabido, que en gran cantidad de casos, los padres confunden el divorcio con la tenencia y no logran acordar varios puntos en relación a sus hijos, son de seguro éstos los casos más difíciles de resolver para el juez y también aquellos en los que la atención y el estudio han de ser mucho más arduos y objetivos. Con esto no se quiere decir que aquí no sea aplicable un sistema de tenencia compartida, sino que se cree adecuado hacer uso de ella siempre que el juez lo considere lo más benéfico para el menor y donde se le garantice el cumplimiento de sus derechos. Para lograr todo esto, se cree adecuado hablarles a los padres de los beneficios de aplicar el sistema de tenencia compartida, hacerles notar que no es uno más "padre" que el otro, por lo que el menor tiene derecho a compartir su vida con ambos de forma similar, todo esto sumado a la búsqueda de compromiso por parte de los padres para lograr que la tenencia compartida, de llevarse a cabo, sea lo mas dinámica y ágil posible.

Por esta parte no se comparte el hecho de determinar de oficio la tenencia compartida de una manera fría y sin analizar el caso concreto, ya que podría caerse en un perjuicio para el menor que le cause más dolor y angustia que el hecho de convivir con uno solo de sus padres y tener un régimen de visitas para con el otro. Igualmente, lo expresado en este párrafo se cree es

TENENCIA COMPARTIDA

muy difícil que pueda suceder, ya que la normativa internacional a la que Argentina adhiere y la normativa nacional en lo que a menores respecta, son muy cuidadosos y cautos al momento de determinar la obligación que pesa sobre todas las personas, en especial el juez, de velar por el interés superior del menor.

Otra cuestión que se planteó, es si se considera por esta parte que sería adecuado legislar a cerca de la tenencia compartida, a lo que se responde que tras haber leído y analizado normativas vigentes en otros países donde se encuentra a la tenencia compartida en la letra de la ley, tales como España y Perú, cuyos artículos fueren citados e incorporados a este trabajo, se considera que sería una decisión acertada, al menos discutirlo en la legislatura en estos tiempos, ya que es una figura jurídica "nueva" si se quiere, que en otros países funciona muy bien, debido a una legislación preparada y que contempla los diversos casos y opciones. Es decir que a nuestro parecer, si en Argentina se incorporara la tenencia compartida a la letra del Código Civil, debería dejarse un amplio margen para la autonomía de la voluntad por sobre todo y muy bien delimitada la necesidad de cubrir en cada acto y decisión el interés superior de los menores. Se cree acertado que la decisión de aplicarla de oficio debería ser la excepción.

Por otro lado, en cuanto a la edad del menor para aplicar el sistema de tenencia compartida, se cree adecuado más allá de analizar el caso concreto y las diversas necesidades que pueda tener cada niño, visualizar que no debe decidirse solamente con miras a una cuestión de edad y de género de los padres, sino más bien en las aptitudes de los mismos para hacerse cargo de un niño de una u otra edad. Ya se expresó que los roles de las mujeres y de los hombres han ido mutando, por lo que puede que ambos se encuentren en condiciones de hacerse cargo de un menor de cualquier edad. Es uno más de los puntos a analizar detenidamente en el caso concreto, ya que no todos los niños tienen las mismas necesidades, por ejemplo no todos son amamantados, hecho que indefectiblemente haría disponer la tenencia a favor de la madre.

TENENCIA COMPARTIDA

Por esta parte entonces y más allá de las apreciaciones del caso concreto, me inclinaría por disminuir la edad de los 5 a los 2-3 años, ya que a pesar de sostener que los hombres han adquirido un desenvolvimiento mayor en las tareas domésticas y en la crianza de los hijos estas últimas décadas, nada obsta a visualizar que la madre y el recién nacido tienen un contacto y una relación especial, sin pecar aquí de feminista ni caer en una cuestión de discriminación de género, es una mera apreciación personal.

Como colofón al presente trabajo final de graduación, se pretende dejar en claro que la tenencia compartida es para esta parte, una alternativa al momento de decidir la tenencia de los hijos menores de edad.

El derecho argentino no la prohíbe, por lo que se encuentra implícitamente permitida, y es deber de los abogados y de todas las personas que velan por el cumplimiento de los derechos de las personas hacer conocer todas las vías y alternativas para la solución de conflictos, la única vía no es el pleito y es esto lo que se quiere dejar en evidencia; los padres no han de buscar "ganar" en desmedro de otros, sino que los que deben "ganar" por sobre todos son los menores y se considera que si ganan ellos, ganan todos. Son el lazo que juntos crearon como padres y por ellos ha de actuarse en cada decisión a tomar frente a la ruptura de la relación.

Es un deber de la sociedad toda, servir de ejemplo a las actuales y futuras generaciones, qué mejor que demostrarles a los niños que mediante el diálogo y el consenso se puede encontrar una solución adecuada a los conflictos de la vida.

Por esta parte entonces, se propone la aplicación del sistema de tenencia compartida cuando a criterio del juez, empapado de las características de la familia en particular, sea lo mejor y más apto para el desarrollo y progreso de una relación entre padres-hijos lo más pacífica e igualitaria posible.

TENENCIA COMPARTIDA

La intervención del juez, nos garantiza entre una cantidad de derechos, la imparcialidad, y brinda al acto una seguridad jurídica muy amplia, que genera equilibrio y tranquilidad entre las partes.

El juez siempre actuará en pos del interés superior del menor, y esa ha de ser la garantía suprema para los padres, de saber que se está actuando de la mejor manera en beneficio de sus hijos menores de edad.

10 BIBLIOGRAFIA

- Belluscio, A. (1974). *Derecho de Familia*. Bs As: Ed Depalma.
- Belluscio Augusto y Zanonni Eduardo. (1979). *CODIGO CIVIL y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*. Buenos Aires: Astrea.
- Bossert Gustavo- Zanonni Eduardo A. (1985). *Regimen Legal de filiacion y patria potestad Ley 23.264*. Buenos Aires: Astrea.
- Bossert Gustavo y Zanonni Eduardo. (2008). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Astreas.
- *Codigo Civil Argentino*.
- De Carlucci Aída- Herrera Marisa. (2009). *La Familia en el Nuevo Derecho*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni.
- Ferrer Francisco, Medina Graciela y Mendez Costa María Josefa . (2007). *CODIGO CIVIL COMENTADO*. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni.
- Fleitas Ortiz de Rosas Abel y Roveda Eduardo G . (2004). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Jelin, Elizabeth. (2010). *Pan y Afectos- La transformación de las familias*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Lagomarsino Carlos y Salerno Marcelo. (1991). *Enciclopedia de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Ed. Universidad.
- Lloveras Nora y Bonzano Maria de los Angeles . (2010). *Los derechos de las niñas, niños y adolescentes*. Córdoba: Alveroni.
- Zanonni, E. (1998). *Tratado de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Ed. Astrea.

Páginas Web Consultadas

- <http://blog.pucp.edu.pe/item/16451/tenencia-compartida-de-los-hijos>
- <http://elderechoperuano.blogspot.com/2010/02/la-tenencia-compartida.html>
- <http://www.derechoycambiosocial.com/revista016/tenencia%20compartida.htm>
- www.anupa.com.ar

Artículos de Doctrina y Jurisprudencia

- Revistas Interdisciplinarias de Documentos y Jurisprudencia. 2005. Editorial Lexis Nexis. Tomo I Y II.
- Revistas Interdisciplinarias de Documentos y Jurisprudencia. 2006. Editorial Lexis Nexis. Tomo III Y IV.

Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Este formulario estará completo sólo si se acompaña de la presentación de un resumen en castellano y un abstract en inglés del TFG

El mismo deberá incorporarse a las versiones impresas del TFG, previa aprobación del resumen en castellano por parte de la CAE evaluadora.

Recomendaciones para la generación del "resumen" o "abstract" (inglés)

“Constituye una anticipación condensada del problema que se desarrollará en forma más extensa en el trabajo escrito. Su objetivo es orientar al lector a identificar el contenido básico del texto en forma rápida y a determinar su relevancia. Su extensión varía entre 150/350 palabras. Incluye en forma clara y breve: los objetivos y alcances del estudio, los procedimientos básicos, los contenidos y los resultados. Escrito en un solo párrafo, en tercera persona, contiene únicamente ideas centrales; no tiene citas, abreviaturas, ni referencias bibliográficas. En general el autor debe asegurar que el resumen refleje correctamente el propósito y el contenido, sin incluir información que no esté presente en el cuerpo del escrito.

Debe ser conciso y específico”. Deberá contener seis palabras clave.

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	HEBRAL GIORDANO, Jorgelina
E-mail:	zorhebralg@hotmail.com
Título de grado que obtiene:	ABOGADA

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	Tenencia Compartida, ¿lo más óptimo en interés del menor?
Título del TFG en inglés	Joint custody, did more optimal in the interest of the child?
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	Investigación Documental Crítica (IDC)
Integrantes de la CAE	TABOAS, Verónica WARDE, Adriana
Fecha de último coloquio con la CAE	28 de marzo de 2012
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	Tesis completa guardada en formatos PDF y Word 2007

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (Marcar con una cruz lo que corresponda)

Autorización de Publicación electrónica:

- Si, inmediatamente**
- Si, después de mes(es)**
- No autorizo**

Firma del alumno