



UNIVERSIDAD  
EMPRESARIAL  
SIGLO 21

## TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

*La evolución del régimen legal de la tenencia de menores*

ALUMNA: MARÍA DEL ROCÍO OVIEDO CALVO

CARRERA: ABOGACÍA.

AÑO: 2016

## **RESUMEN**

El presente trabajo de investigación versa sobre la evolución del régimen legal de la tenencia de menores. Principalmente se realiza una contraposición entre las normas contenidas en el Código de Vélez Sarsfield y el Nuevo Código Civil y Comercial sancionado mediante la ley nacional 26.994 del año 2014. Asimismo se analiza el cambio de paradigma que se produjo a partir de la reforma constitucional del año 1994 en cuanto al instituto de la tenencia y el modo en que el principio del interés superior del niño impactó en el ordenamiento jurídico argentino. Bajo estas premisas de trabajo se aborda la situación de la minoridad en la República Argentina en cuanto al discernimiento de la tenencia de los menores de edad, poniéndose énfasis en el proceso de cambio que culminó definitivamente con la sanción del nuevo ordenamiento civil, pues la postura del redactor original del Código Civil fue por casi doscientos años, en más o en menos, el criterio general en la jurisprudencia. Esta investigación pretende dejar expuestas las razones que llevaron al legislador del siglo XXI a romper con el paradigma del eminente Vélez Sársfield.

**ABSTRACT**

This research deals with the evolution of the legal regime of holding minors. Primarily a contrast between the rules contained in the Code of Velez Sársfield and the New Civil Code and Commercial sanctioned by national law 26,994 of 2014 is realized the paradigm shift that occurred after the constitutional reform of also discussed 1994 as the Institute of tenure and the way in which the best interests of the child hit the Argentine legal system. Under these assumptions work the situation of minority addressed in Argentina in the discernment of holding minors , putting emphasis on the process of change that finally culminated in the enactment of the new civil order , for the position the original editor of the Civil Code was for nearly two hundred years , more or less , the general approach in jurisprudence. This research aims to expose the reasons that led the legislator of the XXI century to break the paradigm of eminent Velez Sársfield.

## ÍNDICE

**Introducción..... P. 7**

### **Capítulo Primero:**

#### **Nociones generales sobre el instituto de la tenencia**

I) Introducción..... P. 11

**1. Tenencia..... P. 12**

1.1 Concepto..... P. 12

1.2 Tenencia de menores de cinco años..... P. 13

1.3 Tenencia de menores mayores de cinco años..... P. 15

1.4 Tenencia Compartida..... P. 17

**2. Derechos y Deberes Inherentes a la Tenencia..... P. 20**

2.1 Alimentos..... P. 20

2.2 Educación y Actividades del Menor..... P. 21

2.3 Derecho de Visitas..... P. 22

II) Conclusión..... P. 23

### **Capítulo Segundo:**

#### **La Tenencia de Menores en el Código Civil de Vélez Sarsfield**

I) Introducción..... P. 24

**1. Fundamentación e ideología del artículo 213 en el Código originario**

La Importancia del vocablo “Siempre”..... P. 24

**2. Fundamentación e ideología del artículo 206 del Código Civil según la ley de Divorcio Vincular nº 23.515. El significado de la expresión “Causas Graves”..... P. 30**

**3. Jurisprudencia destacada en torno a la figura de la tenencia de menores..... P. 34**

II) Conclusión..... P. 36

### **Capítulo Tercero:**

#### **La tenencia de menores y la Reforma Constitucional del año 1994**

D) Introducción.....	P. 38
1. El nuevo esquema de supremacía constitucional. El artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.....	P. 38
2. La Convención sobre los Derechos del Niño. Sus directrices y el impacto provocado en la interpretación del artículo 206 del Código Civil de Vélez Sarsfield.....	P. 40
2.1 La nueva interpretación doctrinaria y jurisprudencial del artículo 206.....	P. 40
2.2 La Ley 26.061 y la incorporación definitiva “Interés Superior del Niño” en el ordenamiento jurídico argentino.....	P. 43
2.3 La legislación provincial en torno a los derechos del niño.....	P. 46
3. El derecho comparado.....	P. 48
3.1 Países de Latinoamérica.....	P. 48
3.2 América del Norte.....	P. 51
3.3 La situación en Europa.....	P. 51
II) Conclusión.....	P. 52

### **Capítulo Cuarto:**

#### **El reemplazo de la figura “tenencia” por el de “cuidado personal” Recepción del Principio de Interés Superior del Niño en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.**

D) Introducción.....	P. 54
1. El artículo 1º del Código Civil y Comercial de la Nación. La importancia de los tratados internacionales de derechos humanos como fuente.....	P. 55
1.1 El artículo 639 inc. a) y la recepción del Principio del Interés Superior del Niño.....	P. 58
2. Análisis de las nuevas disposiciones referidas a la tenencia de menores en el Código Civil y Comercial de la Nación.....	P. 60
2.1 La responsabilidad parental.....	P. 60
2.2 El “cuidado personal”: una nueva fórmula legal que reemplaza al viejo concepto de “tenencia”.....	P. 62

2.2.1 El cuidado personal compartido.....	P. 63
2.2.2 El cuidado personal unilateral.....	P. 65
2.3 Los deberes compartidos. El plan de parentalidad.....	P. 68
2.3.1 La inexistencia de plan de parentalidad homologado (artículo 656) y los criterios para adjudicar el cuidado personal del menor.....	P. 69
2.4 El progenitor afín y la posibilidad del cuidado personal del menor.....	P. 70
2.5 La desaparición de la figura tradicional de “padre” y “madre” al momento de otorgar el cuidado personal. El matrimonio igualitario.....	P. 71
3. La desaparición del parámetro de edad a la hora de determinar a qué progenitor corresponde el cuidado personal del hijo.....	P. 72
II) Conclusión.....	P. 73
<b>Conclusión Final.....</b>	<b>P. 74</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>P. 77</b>

## INTRODUCCIÓN

En muchas oportunidades la historia de la humanidad nos relata episodios cruentos, sucesos donde increíblemente el hombre, un ser “racional”, protagonizaba el exterminio de su propia especie. Piénsese en los sucesos ocurridos en la edad contemporánea como el genocidio contra el pueblo armenio y el judío, a comienzos y mediados del siglo XX respectivamente. La tragedia es mayor aún si se tiene en cuenta que en hechos como estos padecieron miles de niños y que cada vez que se produce un conflicto bélico muchos de ellos son contados como víctimas fatales.

El derecho como ciencia que se nutre de la realidad social ha advertido que el niño “por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento” (Preámbulo de la Convención Sobre los Derechos del Niño). Así pues, una vez más la ciencia jurídica advirtió la necesidad brindar tutela jurídica a un sector indefenso de la sociedad: la niñez, de este modo equilibra la balanza en las relaciones jurídicas donde pueda estar involucrado el niño y lo protege de los abusos o arbitrariedades que puedan cometer los adultos en contra de su bienestar.

En este sentido, el Código Civil de la República Argentina sancionado en 1869 cuya autoría pertenece al eminente jurista cordobés Dalmacio Vélez Sarsfield, ha previsto en su redacción original varios artículos que resguardan el bienestar general de los niños más allá de las críticas que posteriormente se le hicieran sobre los criterios adoptados a la hora de legislar.

El presente trabajo de investigación tiene por objetivo analizar el derrotero jurídico de una de las instituciones pensadas por el doctor Vélez para el desarrollo integral de una persona con escasos años de vida: la tenencia y el modo en que debe ser adjudicada ante las diversas vicisitudes por las que pueden transitar sus progenitores.

Dicho análisis partirá del artículo 213 en su redacción primigenia: “Los hijos menores de cinco años quedarán siempre a cargo de la mujer. Los mayores de esta edad se entregarán al esposo, que a juicio del juez, sea el más a propósito para educarlos, sin que se pueda alegar por el marido o por la mujer, preferente derecho a tenerlos”.

A partir de esta norma se pondrá de resalto la evolución del instituto a hasta la actualidad, comprendiendo el período de vigencia irrestricta de la letra del artículo 213, la modificación que la ley 17.711 introduce sobre el asunto, la reforma constitucional del año 1994 que reafirma el criterio que la jurisprudencia paulatinamente fue acogiendo respecto al principio del interés superior del niño y la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que consagra expresamente dicho postulado en su artículo 706 inc. c).

De este modo se expondrá la evolución experimentada por el régimen jurídico argentino a partir de la reforma constitucional de 1994 respecto a los criterios tenidos en cuenta para la adjudicación de la tenencia de menores de cinco años ante la disolución del vínculo conyugal, una cuestión que por muchos años ha dejado de lado al niño como verdadero protagonista y giró en torno a los intereses de los adultos, a pesar de la advertencia que en la misma nota al artículo 213 el doctor Vélez hiciera sobre el tópico: “ Los hijos y el derecho de tenerlos, no puede ser objeto de pena al que diese causa al divorcio: que el mejor bienestar de los hijos debe sólo atenderse cuando se trata de la separación personal de los padres”. Es justamente este pasaje del Código original el que ha abierto la puerta a una interpretación amplia de la ley por parte de la jurisprudencia que se encontraba con reiterados casos donde no era conveniente que el niño menor de cinco años quede bajo la tenencia exclusiva de la madre.

Así las cosas, poco a poco la doctrina y la jurisprudencia fueron cuestionando el criterio extraído de la psicología evolutiva que indicaba terminantemente la necesidad de que el niño durante sus primeros cinco años de vida inexorablemente permanezca con la madre. Ante la rigidez de la regla establecida por el Código Civil surgió la

posibilidad de resolver los casos recurriendo a los principios, es decir aquellos que están relacionados con los derechos fundamentales individuales y que tienen un fuerte fundamento moral, de justicia y equidad. De esta forma los jueces y doctrinarios echaron mano a lo que se conoce como el Principio del Interés Superior del Niño utilizado durante muchas décadas a pesar de no haber tenido regulación legal expresa. Hasta llegar al cambio de paradigma axiológico y normativo que produjo el derecho humanitario a través del artículo 75 inc. 22 que incorpora la Convención de los Derechos del Niño con jerarquía constitucional que contiene entre sus disposiciones la mención expresa del interés superior del niño (artículo 3°) (Salomón, 2010).

La mencionada reforma produce un efecto cascada en todo el derecho de familia a punto tal que comienzan a conocerse fallos basados en el referido principio (CSJN “S., C. s/ adopción” 2005; CSJN “V., M.N. c/ S., W.S. s/Autorización” 2010; CSJN “M.D.H c/M.B.M.F” 2011, entre otros) hasta llegar a la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, cuya redacción estuvo dirigida por el doctor Ricardo Lorenzetti, actual presidente del cívico Tribunal de la Nación, donde quedó expresamente consagrado como bien se dijo anteriormente.

Consecuentemente el Nuevo Código Civil denomina “cuidado personal” a lo que se conocía como “tenencia”, cambia rotundamente la fórmula legal adecuándose a las mandas constitucionales cuyo artículo 1° reconoce como fuente.

Conforme a todo lo dicho este trabajo de investigación a lo largo de sus capítulos examinará el impacto que produjo la incorporación constitucional del Principio del Interés Superior del Niño en el régimen general de la tenencia de menores y específicamente en la situación prevista por el antiguo código para menores de cinco años ante la disolución del vínculo conyugal.

El capítulo primero expondrá nociones elementales sobre el instituto de la tenencia, concepto, clases y las obligaciones y deberes inherentes a ella.

Todo lo que hace a la evolución del régimen legal de la tenencia en el Código del doctor Vélez Sarsfield será abordado por el capítulo segundo. El antiguo artículo

213, el artículo 206 modificado por la ley 17.711 serán analizados conforme a la doctrina y jurisprudencia.

El capítulo tercero tratará el aporte hecho por el derecho constitucional al derecho de familia. Se estudiará la Convención de los Derechos del Niño y la Ley Nacional 26.061, instrumentos jurídicos de real preponderancia en lo que hace a la tutela de los intereses jurídicos de la minoridad.

Por último el capítulo cuarto expondrá todos los cambios realizados por el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Se explicarán los conceptos de responsabilidad parental, cuidado personal, progenitor afín, plan de parentalidad y cómo la nueva legislación deja de lado el criterio de la edad para adjudicar lo que antes se conocía como tenencia.

Es expectativa de la autora de este modesto trabajo de investigación brindar al lector un panorama claro y preciso sobre la evolución de la regulación jurídica de la tenencia, hoy denominada cuidado personal.

**Capítulo Primero:**  
**Nociones generales sobre el instituto de la tenencia**

**I) Introducción**

Dentro del derecho privado, el derecho de familia, posee contornos particularísimos en razón de la fuerte ligazón a ideas morales y religiosas con la que nació, así pues, por ejemplo, el Código Civil sancionado en 1869 estableció el matrimonio religioso en todo el país.

Con el transcurso de los años y la fluctuación de las ideas imperantes en la sociedad, las vetas religiosas características del derecho de familia fueron atenuadas, surgiendo así la ley nacional de matrimonio civil n° 2393 del año 1888 para dar paso ya en el siglo XX a la ley nacional 23.515 que introdujo el divorcio vincular en el ordenamiento jurídico argentino.

En la actualidad y como consecuencia de las nuevas ideas morales del siglo XXI, se ha establecido un régimen de familia que prevé el matrimonio de personas del mismo sexo y muchos otros cambios inimaginables treinta años atrás. Dentro de estas modificaciones previstas por un nuevo régimen civil y comercial (Ley Nacional 26.994 Nuevo Código Civil y Comercial) se instituyen de igual modo nuevas figuras en torno a la tenencia de menores.

El presente capítulo pretende abordar en forma genérica el instituto de la tenencia de menores, es decir, su objetivo es exponer ideas globales sobre la temática para así luego desarrollar específicamente las particularidades de la legislación de antaño y compararla con la actual.

## **1. Tenencia**

### **1.1 Concepto**

Como primera definición del instituto podría decirse que es la situación que se plantea cuando los progenitores se encuentran en una situación de no convivencia y deben decidir quién se hará cargo de la custodia y cuidado personal del menor en forma permanente, es decir, quién convivirá con éste.

Manuel Ossorio en su clásico Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, caracteriza a la tenencia y la clasifica del siguiente modo:

Problema que se plantea cuando los progenitores se encuentran divorciados o en trámite de divorcio, separados de hecho o no casados cuando no conviven juntos, así como también en el supuesto de anulación del matrimonio, ya que es preciso determinar a cuál de dichos progenitores se ha de entregar la tenencia de los hijos menores de edad. Una vez que se ha resuelto esa cuestión, se ha de fijar también el régimen de visitas, a efectos de que el cónyuge que ha sido privado de la tenencia pueda ver a sus hijos e incluso salir con ellos (Ossorio, 2001, p. 961).

La definición citada presenta la cuestión como un *problema*, este vocablo debe ser interpretado como una situación fáctica que la ley reconoce y le otorga solución, y no como lo que coloquialmente significa la palabra, por ello al conceptualizar el instituto es preferible la utilización del término *situación*.

Ossorio (2001) clasifica la tenencia de menores en provisional y definitiva, dice de la primera que es aquella que es “acordada durante la tramitación del divorcio o de la nulidad y por eso la legislación impone al juez la obligación de tratar de avenir a las partes” (p. 961). En cuanto a la segunda dice que “se acuerda en la sentencia, lo que no obsta para que la decisión se pueda modificar cuando a criterio del juez cambien las circunstancias que la determinaron” (p. 961). El autor referido explica seguidamente que el magistrado al evaluar las particularidades del caso puede otorgar la tenencia a terceras personas en virtud de la protección integral del menor.

En el mismo orden de ideas Marta Stilerman (1991) al analizar las disposiciones del Código Civil de Vélez Sarsfield reformado por la ley 23.515 de divorcio vincular sostiene que “Las cuestiones sobre tenencia se encuentran reguladas, casi en forma exclusiva, respecto de los supuestos de disolución del matrimonio. No obstante, en la actualidad, son muchos los progenitores que, no habiendo contraído matrimonio, no conviven durante la minoridad de sus hijos” (p. 96). Lo dicho por la especialista se compadece con la definición de tenencia dada al principio de este apartado.

La mayoría de la doctrina analiza la tenencia de menores al tratar los efectos del divorcio vincular o de la separación personal legislados en el ya mencionado Código de Vélez, así pues tanto Guillermo Borda (1993) al igual que Eduardo Zannoni (1989) en sus respectivas obras hacen lo propio. El nuevo Código Civil, no se aparta de este paradigma según se verá.

Por último es necesario citar algunos principios generales que deben tenerse en cuenta en la materia:

1. Las decisiones en la materia no causan estado, se dictan siempre rebus sic stantibus, es decir mientras se mantengan las circunstancias bajo las cuales fueron dictadas.

Asimismo, cuando se habla de tenencia "provisoria" y tenencia "definitiva", se está haciendo referencia a la que se dicta mientras dura el proceso, por contraposición a la que fija la sentencia definitiva.

2. Los conflictos de tenencia se deciden siempre en concreto, en base a las circunstancias del caso

3. El criterio rector en la materia es el llamado "bien entendido interés del menor".

4. Los acuerdos de las partes son siempre revisables por los jueces (Gowland, 2001, p. 7)

## **1.2 Tenencia de menores de cinco años.**

Originariamente el artículo 213 del Código del doctor Dalmacio Vélez Sarsfield disponía que “Los hijos menores de cinco años quedarán siempre a cargo de la mujer”.

Dice la mayoría de los autores que el fundamento de la norma se asienta en un criterio psicobiológico donde se privilegia el hecho de que el menor permanezca con la madre en virtud de las necesidades que un niño de esa edad posee (Borda, 1993; D'Antonio, 1987; Stilerman, 1991, Zannoni, 1989).

Stilerman (1991) dedica varias páginas de su libro titulado *Menores* para analizar las necesidades de los menores hasta los veintiún años, cabe destacar que primigeniamente la minoridad se extendía hasta los veinticinco años, luego la ley 17.711 estableció los veintiún años como comienzo de la mayoría de edad, hasta que la ley nacional n° 26.579 del año dos mil nueve dispuso que la minoría de edad cese al cumplir los dieciocho años, tal cual lo establecen varias legislaciones del derecho comparado al igual que el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación sancionado en el año dos mil catorce. La autora mencionada divide las necesidades del menor conforme a segmentos cronológicos que van: a) Desde el nacimiento hasta el año y medio; b) Entre los dieciocho meses y los tres años; c) Edad escolar propiamente dicha: entre los seis y doce años; d) Entre los trece y diecisiete años; e) De los dieciocho a los veintiún años.

La etapa comprendida desde el nacimiento hasta el año y medio se caracteriza por la necesidad de lactancia del menor. “La presencia de la madre resulta fundamental, porque los cuidados del lactante deben ser extremos en virtud de su indefensión primaria, que a esta edad es indefensión biológica” (Stilerman, 1991, p. 39). Al respecto la doctrinaria a quien se sigue en esta temática cita a catedráticos especialistas en psicología evolutiva y expone que “La conservación de la vida y la organización de los mecanismos que la harán posible ocupan la mayor parte del primer año de vida del lactante” (Spitz citado por Stilerman, p. 39).

Continúa la exposición la autora de referencia resaltando la preponderancia de este período:

El menor en esta edad requiere que quien se ocupe de su cuidado interprete esta demanda y sepa si el niño tiene hambre, sueño, dolor o necesidad de afecto y proximidad; los riesgos son altos, y si no hay alguien que, interpretando sus pedidos,

lo atienda de acuerdo con ellos y lo proteja con amor; esta carencia será sentida de una vez y para siempre: los síntomas físicos se conocen con el nombre de hospitalismo, y los daños psicológicos serán tan imprevisibles y heterogéneos que no pueden ser objeto de síntesis alguna (Stilerman, 1991, p. 39-40)

La autora se encarga de precisar el concepto de hospitalismo diciendo que es una expresión que se ha ampliado para “designar el efecto nocivo de la estancia en asilos de los niños ingresados en ellos desde su más tierna infancia, particularmente desde el punto de vista psiquiátrico” (Maurice Porot citado por Stilerman 1991, p. 40)

Respecto a la etapa comprendida entre los dieciocho meses y los tres años se dice que:

En esta etapa el niño debe ser introducido en las pautas de higiene y el respeto de los tiempos biológicos de sueño, alimentación y deposición, al tiempo que avanza en seguridad en sus movimientos físicos. La falta de dedicación a la fijación de esas pautas, el no control de la enseñanza y la no corrección en el uso del lenguaje provocarán un retraso del desarrollo a la edad madurativa correspondiente (Stilerman, 1991, p. 40).

Más allá de las coincidencias o la divergencia sobre los criterios biológicos aquí expuestos, lo importante radica en identificar algunas herramientas de la que se ha valido el legislador primigenio para redactar el artículo 213, pues estos criterios han tenido vigencia tanto en las épocas decimonónicas como en las actuales, lo cierto es que Vélez Sarsfield se inclinó por estos criterios a la hora de asignar la persona que *siempre* estará con el menor hasta la edad de cinco años. En el capítulo segundo se analizará detalladamente el artículo antes citado.

### **1.3 Tenencia de menores mayores de cinco años**

Con respecto a los menores mayores de cinco años la legislación no ha variado considerablemente desde sus orígenes, ya que el artículo 213 del Código originario

preveía que “Los mayores de esta edad [cinco años]<sup>1</sup> se entregarán al esposo, que a juicio del juez, sea el más a propósito para educarlos, sin que se pueda alegar por el marido o por la mujer, preferente derechos de tenerlos” y las reformas hechas a aquel Código consagran una fórmula similar en el artículo 206 que en esencia tiene idéntico contenido: “Los mayores de esa edad a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo”. Cabe destacar que el artículo mencionado fue introducido por la ley 23.515 de divorcio vincular y que rigió hasta la entrada del Nuevo Código Civil y Comercial vigente a partir del 1º de Agosto de 2015.

Borda al comentar esta última disposición sostiene que “es claro que si los padres estuvieran de acuerdo en quién debe tener la guarda del menor, el juez debe homologar ese acuerdo, salvo que fuere manifiestamente inconveniente para el interés del menor” (Borda, 1993, p. 509).

Ahora bien si no existe tal acuerdo, son los jueces quienes deben discernir sobre la aptitud de los padres y es allí donde se plantean una amplia gama de situaciones que la jurisprudencia ha considerado como por ejemplo negar la tenencia a “aquel que vive en concubinato o practica el curanderismo, o el espiritismo o se embriaga con relativa frecuencia; o aquel que ha abandonado al menor” entre muchas otras situaciones que hacen a la casuística. Es aquí donde se hacen evidentes las palabras de la doctora Stilerman (1991) al plantear que el instituto de la tenencia carece de normas regulatorias y recurre con frecuencia a los artículos 15 y 16 del Código Civil de Vélez.

Zannoni señala sobre la cuestión que con el artículo 206 “Se vuelve al criterio original del artículo 76 de la ley 2393, tomado del primitivo artículo 213 del Código Civil, que la ley 17.711 había sustituido dando preferencia al cónyuge inocente del divorcio”. Disponía el artículo 76 reformado que “Los mayores de esa edad [cinco años] quedarán a cargo del cónyuge inocente, a menos que esta solución sea inconveniente para el menor, si ambos cónyuges fueran culpables, el juez decidirá el régimen más conveniente al interés de los hijos”.

---

<sup>1</sup> Los corchetes pertenecen a la autora de este Trabajo Final de Graduación

Expone Zannoni al referirse a los cambios operados por la ley 17.711:

Señalaba Vélez Sarsfield en la nota al artículo 213, su reacción contra las legislaciones que negaban al cónyuge que dio causa al divorcio el derecho de tener a los hijos, y que, a la sazón, compulsó para consagrar la solución contraria. “He creído- dice- que los hijos, y el derecho de tenerlos, no puede ser objeto de pena al que diese causa al divorcio: que al mejor bienestar de los hijos debe sólo atenderse cuando se trata de la separación personal de los padres” (Zannoni, 1989, p. 188).

Señala el autor que la ley 2393 (ley de matrimonio civil) mantuvo el criterio de Vélez, pero la ley 17.711 “inexplicablemente – teniendo en cuenta la jurisprudencia anterior, pacífica y no controvertida en el punto- se apartó de estas directivas, consagrando una presunción de idoneidad a los efectos de la guarda de los hijos menores, fundada en la inocencia” (Zannoni, 1989, p. 188).

En definitiva, desde la vigencia del Código Civil en la República Argentina, existe un criterio que pone acento en el interés del menor al discernir quién será el que ejerza la tenencia.

La normativa del siglo XXI plasmada en el Nuevo Código Civil y Comercial (2014) ha rediseñado la cuestión terminológicamente, en los capítulos tercero y cuarto se estudiará en detalle el contenido del instituto a los efectos de establecer una comparación y así determinar si verdaderamente ha operado un cambio de paradigma.

Por lo pronto se adelanta que la reforma ha insertado expresamente el principio del “interés superior del niño” que posee raigambre constitucional y además fue esbozado por el propio Vélez en el siglo XIX.

#### **1.4 Tenencia Compartida**

Años atrás la tenencia compartida como decíamos era mirada con disfavor, ya que se suponía que contrariaba el criterio de estabilidad tan necesario para el correcto desarrollo del menor.

Se consideraba que esta debía ser una solución excepcional ya que los menores se verían sometidos a dos regímenes de vidas distintos, repárese en la cita de Stilerman (1991, p. 138):

Al respecto dice Lee, en su obra *Para que los padres entiendan a sus hijos*: “he visto algunos niños que se precian y disfrutan por tener dos hogares separados, dos cuartos distintos y hasta juguetes distintos en cada casa. Por el contrario he conocido muchos niños a quienes les resulta difícil adaptarse en ocasiones distintas a dos padres diferentes con quienes tenían que estar por separado, la alteración en sí misma no es buena ni mala.

Continúa la doctrinaria manifestando que “es menester tomar en consideración las características del menor cuya tenencia se analiza a los efectos de establecer si será o no positivo un régimen de tenencia compartida” (Stilerman, 1991, p. 137).

Expone Zannoni (1989) que no ha sido muy habitual en la jurisprudencia anterior a la reforma constitucional de 1994 la tenencia ejercida por ambos padres de modo compartido:

Al respecto se ha considerado que cuando los padres se separan los hijos deben necesariamente convivir con uno de ellos, por cuanto la tenencia alternada podría afectar la estabilidad emocional, teniendo en cuenta que la educación y formación de carácter requieren unidad de criterio en la dirección. (p. 193)

Sin embargo, poco a poco los tribunales han sido proclives a incorporar la tenencia compartida, diciendo al respecto que será procedente sólo con la conformidad de ambos padres y en razón de circunstancias que la justifiquen, es decir primero existió cierta renuencia a concederla en razón de los criterios psicólogos vigentes, pero lo cierto es que cuando se produjo la reforma constitucional y el derecho argentino elevó al rango constitucional la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el foco del análisis fue puesto en el bienestar general del niño que sólo podría lograrse armonizando la relación de los padres mínimamente. Es así como la tenencia compartida fue replanteada, siendo desplazado el concepto tradicional que la concebía

como la convivencia exclusiva del menor con un progenitor implicando ello un reparto aritmético de tiempo para el padre no conviviente con aquél. De acuerdo a esto se ha dicho:

Sin perjuicio del mencionado encuadre legal, se debe compatibilizar tal esquema a la actual coyuntura familiar en la cual son ambos progenitores insertos en el mercado laboral compartiendo de manera alternada las responsabilidades en la crianza de sus hijos, situación está que se mantiene luego con su separación, existiendo en ocasiones asimetrías de responsabilidades parentales. En esas circunstancias la incorporación de la tenencia compartida, entendida esta no como una combinación exacta de días a manos de cada uno de los progenitores, sino en la concreta y equilibrada participación de ambos progenitores en la vida de sus hijos, con la presencia necesaria y responsable del padre y de la madre, incluyéndose la misma, aun en casos de custodia física en cabeza de uno solo de ellos, genera un encuadre en sintonía a la realidad familiar preexistente, con rasgos ventajosos que benefician fundamentalmente al niño como a sus padres (Berbere Delgado y Haissiner, 2011, p. 10)

Los autores citados reivindican la tenencia compartida como la solución más acorde a los principios que inspiran el derecho de la minoridad a partir del esquema constitucional de 1994:

Sin desmedro lógicamente de pensar que existen fórmulas exactas y preconcebidas cuando se intenta reorganizar la dinámica familiar redistribuyendo roles parentales, y más allá de la pertinencia del modelo más conveniente en función del particular sistema familiar atravesado por una disputa, el que sin duda deberá ser puntualmente analizado, resulta válido también sostener la idea de ponderar los beneficios que esta alternativa propone. Siendo su consecuencia la necesidad de aggiornar desde lo legal y en consonancia con la integralidad de la vigencia de prerrogativas constitucionales expuestas, normativas que den espacio a tales propuestas (Berbere Delgado & Haissiner, 2011, p. 10)

Finalmente exponen sobre la interpretación integral que debe seguirse en la materia refiriéndose a lo establecido en el Código de Vélez, vigente hasta julio de 2015:

Puntualmente nuestra propia legislación de familia, posee normativas, que si bien guardan coherencia sincrónica a los criterios sociales de interés familiar, tal el recorte unipersonal del rol parental del art. 264 inc. 2, los mismos coexisten con otra norma como el art. 236, propiciando la autocomposición en aspectos de su organización familiar, con la presentación de acuerdos incluyéndose entonces y por qué no dirimir guardas compartidas, pues quienes han sabido idear una familia, bien podrían estar en condiciones de reorganizarla sin que esto signifique soslayar la adecuada injerencia del órgano estatal en la medida de no ser dichos convenios asegurativos de pilares básicos, como la educación, salud y demás resortes formadores de la psiquis humana (Berbere Delgado y Haissiner, 2011, p. 13).

De este modo la doctrina ha replanteado el concepto de tenencia compartida y a partir de su nueva definición y características es que puede conciliarse el instituto con el interés del menor, es así como la jurisprudencia ya no formula objeciones a la procedencia de la tenencia compartida.

El nuevo ordenamiento civil y comercial se compece con lo dicho sobre el tópico.

## **2. Derechos y Deberes Inherentes a la Tenencia**

### **2.1 Alimentos**

La doctora Stilerman (1991) analiza la cuestión en torno al artículo 271 del Código de Vélez que establece: “En caso de divorcio vincular, separación personal, separación de hecho o nulidad del matrimonio, incumbe siempre a ambos padres el deber de dar alimentos a sus hijos y educarlos, no obstante que la tenencia sea ejercida por uno de ellos”.

En primer lugar debe decirse que el mencionado artículo no establece una igualdad aritmética al establecer el deber de contribución económica. La tenencia implica materializar todos los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad, dependerá del progenitor que efectivamente esté conviviendo con el menor contribuir con los gastos de manutención de éste al igual que el progenitor que no posee la tenencia.

Stilerman (1991) plantea el caso de la madre que ejerce la tenencia y comenta fallos referidos a esa situación:

El aporte que realiza la madre en ejercicio de la tenencia, en virtud del mayor cuidado y esfuerzos que dedica al menor, integra su obligación alimentaria justificando que su aporte sea menor, aun en caso de igualdad de ingresos de ambos progenitores (p.141)

En orden a esta idea la jurisprudencia ha sostenido: “los aportes de la madre, cuando ésta ejerce la tenencia, se deben considerar satisfechos en una importante proporción con cuidados personales y en especie”<sup>2</sup>. Siguiendo esta línea de pensamiento puede decirse que la norma en cuestión tiene como único fundamento la protección del menor quedando absolutamente descartada la interpretación matemática de la disposición transcripta.

No obstante lo expuesto, debe advertirse que con la sanción de la ley de matrimonio igualitario 26.618 toda referencia a la madre o padre ha sido sustituido por el término progenitores y consecuentemente la idea expresada por Stilerman (1991) debe ser interpretada de conformidad a la legislación igualitaria, siendo entonces relevante en el planteo el hecho de que un progenitor conviviente aporte a su obligación alimentaria ese plus que antes era sólo atribuible a la madre por una cuestión cultural o por ser ella preferida en la tenencia de menores de cinco años.

## **2.2 Educación y Actividades del Menor**

Dice Borda (1993) que “la atribución de la tenencia comporta también confía la educación” (p. 514). Así pues, se ha dicho que a pesar de que el magistrado asigne a un progenitor el cuidado de la persona del menor, ello no impide la participación del otro en todos los asuntos relacionados a su formación intelectual y espiritual, aspectos

---

<sup>2</sup> C. N. C., Sala B, “P., R. A. y S. de P., E. B.” E. D. 123-356 (1986).

comprendidos por el concepto amplio de educación, que incluye no sólo la instrucción sino también el constante proceso de socialización:

Pero aunque el progenitor preferido por la decisión judicial tiene sobre sí el derecho y la responsabilidad de la educación del hijo, ello no priva al otro del derecho de supervisar su educación (art. 264, inc. 2) y por lo tanto, podrá pedir al juez la adopción de las medidas del caso cuando existan motivos razonables para rectificar la educación impresa por el cónyuge a quien se otorgó la tenencia (Borda, 1993, p. 514-515).

### **2.3 Derecho de Visitas**

La doctrina ha señalado la impropiedad terminológica del concepto *derecho de visita* prefiriendo el concepto de *derecho al trato* tal como lo establece el Código Alemán (Borda, 1993).

En este sentido, comenta Zannoni (1989) que las visitas deben “llevarse a cabo del modo que mejor garanticen el trato personal e íntimo del progenitor con sus hijos, incluso se ha aceptado que el derecho de comunicación con ellos se haga telefónicamente si el progenitor reside en el exterior” (p. 191). Obviamente el avance de la tecnología ha ampliado las formas de hacer efectivo este derecho en este tipo de circunstancias.

Lo que debe quedar claro que la visita consiste en el mantenimiento del vínculo afectivo que impactará fuertemente en la construcción de la identidad e imagen del menor, por ello “la visita no se reduce al trato durante breves horas” (Zannoni, 1989, p.192) siendo criterio de la magistratura la visita que incluye la pernoctación de los menores en el domicilio del padre que no ejerce la guarda, resultando ideal los fines de semana.

## **II) Conclusión**

Ha quedado establecido el concepto de tenencia como la situación motivada por los progenitores que se encuentran en un estado de no convivencia y deben decidir quién se hará cargo de la custodia y cuidado personal del menor en forma permanente, es decir, quién convivirá con éste.

El instituto se ha construido en orden al fracaso de una relación matrimonial lo cual supone un escenario que en principio puede ser traumático para el menor. En virtud de esto, la ley ha conferido un carácter protectorio al mencionado instituto y es por ello que desde la redacción primigenia del Código Civil se ha tenido en cuenta el interés del menor, por supuesto no con el vigor que la reforma constitucional del año 1994 lo ha hecho.

De este modo, el presente capítulo pudo plantear un escenario genérico de la temática basada en el Código de Vélez Sarsfield y sus sucesivas reformas. Así pues, se expusieron nociones fundamentales tratadas por la doctrina a lo largo de varias décadas y que constituyen el antecedente directo del nuevo ordenamiento civil y comercial que regirá a partir de agosto de 2015.

**Capítulo Segundo:**  
**La Tenencia de Menores en el Código Civil de Vélez Sarsfield**

**I) Introducción**

Como se dijo con anterioridad, son escasas las normas que el ordenamiento civil dedicó al instituto de la tenencia de menores. El doctor Dalmacio Vélez Sarsfield redactó originariamente el artículo 213 y su nota que durante muchas décadas fueron el norte de la jurisprudencia y la doctrina, hasta llegar al año 1987 donde bajo el régimen del divorcio vincular se dictó el artículo 206 que en líneas generales no se apartó de la concepción originaria.

Así pues, la cuestión gira principalmente en torno a las dos normas mencionadas en el párrafo anterior y por ello en esta parte del trabajo de investigación se hará un análisis detallado de estas disposiciones que en definitiva han contorneado el instituto dando lugar a diversas posturas doctrinarias sobre sus alcances, destacándose siempre aquello que en el siglo pasado, antes de la reforma constitucional del año 1994 se conocía como *interés del menor*.

**1. Fundamentación e ideología del artículo 213 en el Código originario. La Importancia del vocablo “Siempre”**

Al sancionarse el Código Civil de la República Argentina, en el año 1869, el eminente jurista cordobés, Dalmacio Vélez Sarsfield, redactó el artículo 213 correspondiente al *Capítulo X Efectos del divorcio en toda clase de matrimonios* (en esta época el divorcio consistía sólo en la separación personal de los esposos, quedando indemne el vínculo conyugal) que disponía:

Los hijos menores de cinco años quedarán siempre a cargo de la mujer. Los mayores de esta edad se entregarán al esposo, que a juicio del juez, sea el más a propósito para educarlos, sin que se pueda alegar por el marido o por la mujer, preferente derecho a tenerlos.

Si bien el artículo ha sido debidamente citado en el capítulo anterior, se hace necesaria su reproducción en este apartado para lograr una descripción efectiva de su contenido. De este modo, se advierte en primer término la palabra *siempre* como nota característica de la construcción gramatical de la norma.

Antes de comenzar el desglose normativo, debe decirse que toda norma jurídica al ser esencialmente una construcción realizada por el hombre, responde a un sustrato ideológico y a valores morales imperantes en la sociedad, lo cual supone reconocer la existencia de principios éticos que influyen en la construcción del derecho, sin que ello signifique lisa y llanamente adherirse a una postura iusnaturalista (Nino, 2003).

En este sentido el contexto de la sanción del Código de Vélez estuvo signado por una gran influencia de doctrinas escolásticas como del positivismo de Auguste Comte. En razón de ello podría decirse, ahora sí entrando en la exégesis de la norma, que el artículo 213 se compadece con esas corrientes de pensamiento al consagrar el hecho de que *siempre* un niño o niña menor de cinco años debe estar con su madre, ya que por un lado el cristianismo asigna a la madre un rol fundamental basado en el relato bíblico y la doctrina de los canonistas ejemplificaban hasta dónde podía llegar el amor de una madre con el encubrimiento de su hijo condenado a la horca, diciendo al respecto que ello no podía mirarse como delito; y por el otro el positivismo científico, representado esencialmente por las ciencias naturales, prevé un rol biológico insustituible de la mujer (en este caso madre) durante el período de la lactancia, asimilado al rol biológico de cualquier otro mamífero que por instinto de supervivencia de la especie garantiza la lactancia a su cría.

Respecto a la lactancia la propia nota al artículo dice: “Estas leyes [menciona las Partidas]<sup>3</sup>, lo mismo que la 3, tít. 8, lib. 3, del Fuero Real, limitan a los tres años lo que llaman el tiempo de la lactancia”. De este modo queda evidenciado principalmente el criterio biologicista como fundamento de la norma, sin perjuicio de la influencia del

---

<sup>3</sup> Los corchetes pertenecen a la autora de este Trabajo Final de Graduación.

pensamiento cristiano, pues el mismo se desprende de la manera en que fue reglado el matrimonio eclesiástico en el antiguo Código.

Ahora bien, es importante continuar la descripción de la mencionada nota para acceder al pensamiento de Vélez sobre la tenencia del menor:

En casi todos los Códigos se niega al esposo que ha dado causa al divorcio, el derecho de tener los hijos. Las leyes los dejan a cargo del cónyuge inocente, tenga o no aptitud para crearlos y educarlos. Nada tienen que ver las relaciones del marido y de la mujer con la conducta probable que uno u otro observarán con sus hijos. He creído que los hijos y el derecho de tenerlos, no puede ser objeto de pena al que diese causa al divorcio: que el mejor bienestar de los hijos debe sólo atenderse cuando se trata de la separación personal de los padres

Con respecto a este comentario Marta Stilerman (1991) sostiene que la visión del legislador fue muy avanzada para la época, rompiendo con algunos prejuicios acerca de la conducta marital de los mayores de los que se hacían eco la mayoría de las legislaciones y en consecuencia otorgaban la tenencia de los niños mayores de cinco años al cónyuge inocente en el divorcio (separación personal).

Una postura contraria a esta fue consagrada por la reforma de 1968 al artículo 76 la ley de Matrimonio Civil 2393 mediante la ley 17.711 que prescribía:

Salvo causas graves, los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre. Los mayores de esa edad quedarán a cargo del cónyuge inocente, a menos que esta solución fuere inconveniente para el menor; si ambos cónyuges fueren culpables, el juez decidirá el régimen más conveniente al interés de los hijos, según las circunstancias del caso.

Sobre la conveniencia de esta norma se ha pronunciado algún sector de la doctrina, tal es el caso de Daniel D'Antonio (1987) que claramente se manifiesta a favor de consagrar un régimen que tenga en cuenta la culpabilidad de los cónyuges a la hora de discernir la tenencia:

Oportunamente señalamos al respecto que la adopción de tal criterio legislativo era acertado, pues no compartíamos la opinión de Vélez Sársfield, expresada precisamente en la nota al artículo 213, cuando sostenía que nada tienen que ver las relaciones del marido y de la mujer con la conducta probable que uno u otro observarán con sus hijos. Afirmamos por nuestra parte que no puede dejar de reconocerse que es difícil establecer hasta dónde una o varias inconductas matrimoniales dejan de constituir un ataque a la formación de los hijos y, consiguientemente, la vulneración de los deberes paternos, pronunciándonos a favor de toda reforma que distinga las situaciones de inocencia y culpabilidad del divorcio (P. 103).

Como puede apreciarse el mencionado autor se pronuncia categóricamente a favor de negar la tenencia al esposo culpable, y expresa que la culpabilidad de la madre en la separación podría encuadrar en el concepto de *causas graves* previsto por la misma ley (art. 76 de la ley 2393 reformado por ley 17.711).

En el mismo sentido Gowland (2001) comenta sobre la culpabilidad como factor dirimente de la tenencia que:

Los defensores del criterio de la inocencia, como Jorge A. Mazzinghi, por ejemplo, sostienen que desde un punto de vista, el régimen anterior que otorgaba la preferencia a la mujer sin limitación alguna, implicaba una notoria injusticia que se derivaría del hecho de que privar al padre inocente del contacto diario con sus hijos, cuando ninguna culpa había tenido en el divorcio, cuando toda su expectativa matrimonial había sido puesta en la procreación de estos hijos y en la consiguiente educación y formación de los mismos, expectativa frustrada no por culpa suya sino de su cónyuge, y repito, privarlo de la tenencia, parecería un castigo a la inocencia, a la hombría de bien. Esto es así contemplando el problema desde el punto de vista del padre, pero como se ha dicho numerosas veces, no es éste el criterio principal a tener en cuenta en esta materia, donde prima como principio liminar el interés de los menores (Gowland, 2001, p. 2)

Gowland (2001), enfoca la cuestión desde el lado del cónyuge y desde la frustración de sus expectativas maritales, olvidándose por completo de la situación del niño, que justamente fue advertida por el legislador originario en el siglo XIX. Continúa el autor su exposición afirmando en alusión al interés del menor que:

Desde el punto de vista del interés de éstos, sostiene el autor que hemos citado precedentemente, cabría presumir que el padre que no ha sido responsable de la quiebra de la familia, es el que está en condiciones más aptas para ejercer con eficacia la tenencia. Mazzinghi, sostiene entonces que lo que ha hecho el art. 76 es establecer una presunción a favor del inocente, de que éste es el progenitor más idóneo para la educación de los hijos. Esta presunción, obvio es decirlo, y lo señala el mismo art. 76 cede sólo cuando se demuestre que de seguirse tal criterio la solución a la que se arribará sería inconveniente para el interés del menor (Gowland, 2001, p. 2)

Finalmente el profesor referido expone sus conclusiones a favor del artículo 76 de la ley 2393 hoy derogado sosteniendo que:

- a) En síntesis, la reforma al art. 76 de la ley 2393 no mereció el favor de la jurisprudencia, su equivocada, aunque bien intencionada modificación es resistida, aun por quienes aceptan que la ley vigente refleja la intención del legislador de 1977, y que las interpretaciones que se efectúan, son sólo formas de esquivar un criterio que no ayuda a la mejor solución de los casos en litigio, y que, a menudo, contradice el interés de los menores.
- b) La culpa en el divorcio debe ser una pauta más, una de las principales que hemos reseñado, y que los jueces deberán tener muy especialmente en cuenta.
- c) La voluntad común de los padres deberá ser especialmente ponderada ya que en definitiva serán éstos quienes estarán a cargo de los niños; permitiendo las formas que contemplen una mayor presencia de ambos progenitores en la vida de éstos (Gowland, 2001, p. 8).

En alusión a este régimen derogado Stilerman (1991) expresa que:

Desde 1968 hasta la sanción de la ley 23.515 se adoptó en el tema de tenencia un concepto legal de signo contrario al que, habiendo sido elegido por el codificador cien años antes, fuera un avance conceptual de importancia con respecto a las legislaciones de su época (Stilerman, 1991, p. 97).

El avance conceptual al que alude la autora radica justamente en la separación de las ideas de culpabilidad por ruptura marital de la del interés del menor, es claro Vélez al manifestar que no necesariamente el niño correrá peligro por el hecho de estar con el

progenitor que originó la separación, no obstante la norma original preveía los casos en los cuales la causal de la ruptura del matrimonio se asiente en un motivo de gravedad que haga inconveniente la convivencia con el menor, piénsese por ejemplo en el atentado a la vida previsto por el artículo 204 original.

En definitiva puede aseverarse que el concepto de interés del menor estuvo presente desde el momento mismo en que se sancionó el Código Civil allá por 1869 y que la reforma del año 1968 a la ley de matrimonio civil fue una involución por el hecho de crear una presunción que contemplaba la situación personal del cónyuge inocente y descuidaba la integridad del niño.

Afirma Stilerman (1991) en el capítulo titulado *Culpabilidad y Tenencia* perteneciente a su libro *Menores* lo siguiente:

Entendemos que la culpabilidad como descalificante de la capacidad de un progenitor para hacerse cargo de los hijos, deja de lado las grandes diferencias que van de una a otra de las causales de divorcio establecidas en la ley. La falta de amor, que es la más frecuente causa de divorcio, se manifiesta muchas veces en comportamientos que pueden ser objetivamente tomados como injuriosos, al tiempo que hace que se reciban del mismo modo actitudes del otro cónyuge que no lo son desde un punto de vista objetivo. Asignar a tales comportamientos un alcance diferente de aquello que revelan es pretender encasillar conceptos fuera de sus verdaderos contenidos, conduciendo a resultados disvaliosos; sin contar que – como regla general – toda injuria es respuesta a una actitud de la otra parte que puede ser de mayor gravedad (Stilerman, 1991, p. 112)

En definitiva, lo cierto es que toda contienda afectiva de los mayores no debe hacer mella en una realidad objetiva distinta: el bienestar del niño. Por lo tanto, más allá de que sus padres se separen, siendo uno u otro culpable de tal circunstancia, la tenencia del mismo debe ser otorgada pura y exclusivamente en atención a su desarrollo pleno e integral.

## **2. Fundamentación e ideología del artículo 206 del Código Civil según la ley de Divorcio Vincular n° 23.515. El significado de la expresión “Causas Graves”**

Luego de la reforma de la ley 23.515 de divorcio vincular, cabe aclarar que esta norma prevé la disolución del vínculo conyugal a diferencia del antiguo régimen que por divorcio sólo entendía la separación personal, el artículo 213 y sus modificaciones hechas a través de la ley 2393 de matrimonio civil y luego sobre esta misma ley por la 17.711, quedó redactado bajo el número 206 del Código Civil del siguiente modo:

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

Los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten al interés del menor. Los mayores de esa edad a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos.

De este modo la ley retornó, de algún modo, a sus premisas originales, en definitiva el artículo 206 no tuvo muchas variantes, pero al decir de Stilerman (1991) “la modificación es algo más que meramente retórica” (p. 101), ya que se incorpora el concepto de causas graves para negar la tenencia a la madre en el caso de menores de cinco años:

En efecto, del texto de la norma legal se desprende que el concepto de causas graves, ha tomado en la actualidad, un contenido más específico, en la definición de uno de los condicionantes de su determinación, que es el hecho de que las mismas deben afectar el interés del menor para obstar a la atribución de la tenencia (Stilerman, 1991, p. 101)

De lo dicho por la autora puede inferirse una vez más la preponderancia que cobra el interés del menor en la legislación, adviértase que en definitiva la legislación no hace más que confirmar con algunos bemoles el pensamiento del doctor Vélez. En este sentido expone Stilerman (1991) al respecto: “La diferencia es importante, en tanto

excluye, como causas obstativas del otorgamiento de la tenencia, circunstancias que – no obstante su gravedad objetiva – resultan neutras respecto del interés del menor” (p. 101).

Ahora bien, ha llegado el momento de preguntarse por la ideología y fundamentación del artículo comentado, y para dar una respuesta cabal al interrogante debe decirse que el artículo se compadece con la corriente de pensamiento que inspiró a Vélez pero además el contexto político y social en que se dio la sanción de la ley 23.515 tuvo en miras la evitación de disputas en torno a la tenencia por el hecho de la culpabilidad en la ruptura conyugal.

Siguiendo con el análisis específico del artículo 206, cabe preguntarse por el concepto de *causas graves*, ya que la disposición no lo dice, por lo que no está claro en qué situación el padre obtendrá la tenencia de los hijos menores de cinco años. En relación a esto se ha dicho: “Toda enumeración que se intente hacer al respecto resultará, al mismo tiempo, casuista y meramente enunciativa” (Stilerman, 1991, p. 102).

Siguiendo una vez más a la especialista pueden dividirse las causas graves en aquellas que ponen en riesgo la integridad física del menor y las que pueden afectar la salud psíquica del mismo. La gravedad de la causa, en definitiva, será evaluada por el juez teniendo en cuenta todas las circunstancias que rodean al caso. En este sentido se afirma que:

Entre los motivos que hacen procedente el otorgamiento de la tenencia de los menores de cinco años al padre, algunos, por lo obvio, no ofrecen dudas; tal sería el caso, por ejemplo, cuando el divorcio se decreta por la causal del artículo 202, inc. 2º, esto es, por haber atentado contra la vida de uno de los hijos. Tampoco parece lógico dejar a un menor con su madre cuando ésta ha atentado contra la vida de su cónyuge. En estos casos, no se trata de sancionar a la madre privándola de la tenencia del menor, sino de proteger a éste de los riesgos involucrados en tal clase de convivencia.

Basada en el artículo 202 inc. 2º del Código Civil, D'Antonio (1987) formula una crítica en torno a la interpretación del artículo 206, afirma que en definitiva para otorgar la tenencia a un niño menor de cinco años o a un niño mayor de esta edad se tendrá en cuenta la culpa o inocencia del cónyuge, el artículo 202 y algunas de sus causales lo evidencian:

La reforma aparece contradictoria en sí misma pues, por ejemplo, ha consagrado como causal de separación judicial y divorcio inconductas conyugales que tienen como sujeto pasivo a los hijos (art. 202, inc. 2º Código Civil), lo que pone en evidencia el reconocimiento de la influencia que tiene la inconducta conyugal sobre la persona de los hijos y la necesidad de que la ley tome en consideración dicha circunstancia para resolver a cuál de los progenitores debe acordarse la tenencia (D'Antonio, 1987, p. 101)

Lo que se le escapa al mencionado autor es el hecho de que justamente la reforma abarca una amplia casuística y se centra exclusivamente, como se dijo en reiteradas oportunidades, en el interés del menor, cosa que el régimen de la ley 17.711 parecía dejar de lado, ocupándose de premiar al cónyuge inocente y castigar al culpable, con total indiferencia del contexto en que se encuentra el menor.

Continuando con el tratamiento del significado de causas graves en el artículo 206, no se ha considerado aconsejable “otorgar la tenencia de un menor a la madre cuando ésta se encuentra afectada por graves problemas psíquicos que hagan presumible que se produzca un abandono, aun cuando sea temporario” (Stilerman, 1991, p. 102).

En cambio, la escenario varía al considerar enfermedades psíquicas “ocurridas en épocas anteriores, que se encuentran largamente superadas, no configuran obstáculo para otorgar la tenencia de un menor cualquiera sea su edad” (p. 102).

En lo que atañe a la situación de discapacidad física de la madre, la doctrina ha sido conteste en analizar el propio desenvolvimiento y su aptitud para la crianza de los hijos. Podría decirse que la discapacidad no es una causa grave propiamente dicha para negar la tenencia, en realidad lo que debe ser tenido en cuenta es la suficiencia de la madre para satisfacer los requerimientos del menor:

Ninguna discapacidad de los sentidos impide, en sí misma, educar a un hijo. En cuanto a las discapacidades físicas de mayor gravedad – tales como la parálisis, hemiplejías, etc. - , la posibilidad de que la madre quede a cargo del hijo menor dependerá de si, pese a la gravedad de su incapacidad, puede igualmente desempeñar su rol, no sólo psicológico, sino en el aspecto físico, por sí o ayudada por una persona que pertenezca o no a su familia (Stilerman, 1991, p. 103).

Por último, debe decirse que no configura una causa grave en el sentido del artículo 206, el hecho de que una madre deje a su niño menor de cinco años por períodos más o menos prolongados para cumplir con su actividad laboral, como por ejemplo una semana, diez días, quince días, mientras deje al niño al cuidado de una persona de extrema confianza y ejerza el rol materno adecuadamente el resto de los días en que no está afectada a su trabajo:

Por el contrario, no configura causa grave, en el sentido del artículo 206 del C. C. en su texto actual, el hecho de que la madre deje al menor al cuidado de una persona de confianza, por lapsos más o menos largos – aún si lo son de varios días - , cuando existe idoneidad comprobada en la persona que se hace cargo de él, y los tiempos que la madre le dedica a su hijo en forma efectiva resultan suficientes para el adecuado establecimiento de la relación materno-filial (Stilerman, 1991, p. 104).

En definitiva el concepto de causas graves, debe ser completado por el juez mediante los recursos interpretativos que le otorga el mismo Código Civil, como por ejemplo los artículos 15 y 16. De ese modo el magistrado podrá impartir justicia en cada uno de los casos particulares pero dentro de un marco que está dado por el ya mentado interés del menor.

Finalmente debe decirse que el artículo aquí analizado tuvo una última reforma producida en el año 2010 mediante la ley 26.61 (denominada popularmente ley de matrimonio igualitario) quedando redactado del siguiente modo:

Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviese hijos de ambos a su cargo, se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad. Los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del

menor. En casos de matrimonios constituidos por ambos cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo, el juez resolverá teniendo en cuenta el interés del menor. Los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos

Esta última reforma mantiene inalterada la esencia del artículo anterior, sólo agrega una oración destinada a los cónyuges del mismo sexo para el caso de la tenencia de menores de cinco años.

### **3. Jurisprudencia destacada en torno a la figura de la tenencia de menores.**

A continuación se expondrán algunos fallos que datan de los años 1970, 1980 y de la década del 2000 que tratan la temática de la tenencia de menores en forma similar ya que como lo plantea Stilerman (1991, p. 97): “Con uno u otro texto legal, la jurisprudencia fue siempre proclive a dar prioridad a los intereses de los menores por sobre toda otra consideración”.

*Autos “R. de R, M. L. c. R., H. E.”*<sup>4</sup>

En este fallo se consagra el principio del mantenimiento de la situación o statu quo que la doctrina del derecho de familia ha ponderado como un lineamiento básico para lograr tutelar el bienestar del menor.

En cuanto a la guarda de los hijos, atribuida en la sentencia a la madre, considero que debe confirmarse. Coincidiendo con los argumentos del asesor de menores de Cámara, se destaca, como ya se lo hiciera, que no habiendo razón grave o de importancia para modificar la situación desarrollada a lo largo de los años, que es la guarda en cabeza de la madre, no parece prudente, desde la perspectiva del interés de los hijos, alterarla ahora a través de una resolución judicial.

El hecho de que se trate de hijos varones torna razonable lo dicho por el padre... en cuanto a llevarlos consigo a la práctica de deportes, sin perjuicio de que, como es notorio, los hijos al llegar a la adolescencia, suelen organizar actividades deportivas

---

<sup>4</sup> CNCiv., Sala F, “R. de R, M. L. c. R., H. E.”, DJ, 1989-II-480-482 (1988)

con varones de su edad y no con el progenitor... ello no es motivo suficiente para alterar el estado de la guarda (Del Considerando IV del doctor Santill).

*Autos "T., V. J., c. R. de T., G. N."*<sup>5</sup>

Este decisorio del año 1986, cuando todavía regía el artículo 76 de la Ley de Matrimonio Civil con la reforma de la Ley 17.711, se apartó de la letra de la ley que valoraba la situación de culpa o inocencia en la separación y dio preeminencia al interés superior del menor. Es uno de los fallos de referencia obligada a la hora de analizar la normativa sobre tenencia de menores:

A pesar de la reforma introducida por la ley 17.711 al artículo 76 de la ley de matrimonio, sigo creyendo que el interés de los menores es la directiva esencial para la atribución de su tenencia. Lo aclaro porque, al propiciar la confirmatoria del fallo en este aspecto, no lo hago exclusivamente la reconveniente resultara, a la postre, cónyuge inocente, sino porque las razones dadas por el asesor de menores de la Cámara (edad, identidad de sexo, comodidades de los respectivos hogares y tiempo que lleva la tenencia provisional materna) indican la conveniencia de no alterar la situación actual (Del voto del Dr. Greco).

*Autos "M., A. P., c. G. de M., A. M."*<sup>6</sup>

Esta sentencia se aparta también de la regla general de atribución de la tenencia al cónyuge inocente regulada por la Ley de Matrimonio Civil reformada por la ley 17.711. Establece que la regla no será seguida cuando sea inconveniente para el menor.

Dado el horario de trabajo del padre, declarado parte inocente según consta en la sentencia de divorcio, siempre existirá una ausencia de él o de un familiar, durante gran parte del día y en horarios críticos, con lo que habría un vacío difícil de superar...; en tanto que del informe de la asistente social surge que en la actualidad los menores están bien atendidos y gozan de protección y cariño materno, y no contando este Tribunal con la prueba que acredite que en el momento actual continúe la vida desarreglada que llevara la esposa, parece más prudente no innovar (Del voto del Dr. Cicca).

---

<sup>5</sup> CNCiv, Sala G, "T., V. J., c. R. de T., G. N." DJ 1987-I-247 (1987)

<sup>6</sup> CNCiv, Sala C, "M., A. P., c. G. de M., A. M." DJ 1982-IV-560 (1982)

*Autos “L., H. D. c. L., C. A.”*<sup>7</sup>

El presente fallo del año 2011 confirma la línea de los anteriores y hace mención al interés superior del niño como principio constitucional, es tal la relevancia asignada al principio que el magistrado cita las palabras de la perito interviniente en la causa por cuanto la misma concluye que espontáneamente el menor manifiesta lo que le resulta agradable y placentero, obsérvese la cita que sigue:

Por último, lo que resulta de mayor importancia en el caso es que al ser preguntada la perito si era conveniente o nocivo que el niño continúe viviendo con su progenitora en las condiciones en que lo hace actualmente, señaló que "cuando entrevistó al joven L. éste estaba satisfecho según lo expresó a través de los test y las verbalizaciones espontáneas" (ver fs. 554 vta.).

Desde esa perspectiva, no puede desoírse la voluntad del menor. En este sentido, resulta lógica la Convención sobre los derechos del niño cuando impone en su art. 12 que se garantice al niño el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten y que esta opinión se tenga debidamente en cuenta.

En el capítulo siguiente se desarrollará ampliamente el significado del principio del Interés Superior del Niño.

## **II) Conclusión**

No cabe duda alguna que desde la vigencia del Código Civil el legislador tuvo en cuenta algo más que los efectos personales de la separación de los esposos al legislar sobre la tenencia, es decir, más allá de la ubicación que el ordenamiento jurídico civil asignó a la tenencia de menores, legislada junto a la separación y el divorcio de los cónyuges, lo cierto es que a la ley advirtió un gran interés que debía ser tutelado: el interés del menor.

Como pudo observarse a lo largo de este apartado la doctrina y jurisprudencia asignaban la tenencia a aquel progenitor que fuera más idóneo en el cuidado integral del menor, repárese que los criterios sostenidos se apartaron de las disposiciones del Código Civil vigente en aquel momento, es decir, a pesar de que el menor poseyera una edad

---

<sup>7</sup> CNCiv, Sala L, “L., H. D. c. L., C. A” L.L.6-A-21 (2011).

inferior a los 5 años, el discernimiento de la tenencia se realizaba en consideración a su bienestar y la letra de la ley era contradicha en reiterados casos.

Lo expuesto en este capítulo sobre las normas del Código de Vélez ha evidenciado la importancia del interés del menor, a continuación, en los sucesivos capítulos se estudiarán los efectos que la reforma constitucional del año 1994 ha producido en torno a la tenencia de menores. Es tal la importancia de dicha reforma que el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, vigente a partir de agosto del año 2015, ha rediseñado conceptualmente el instituto e incorporado expresamente lo que la doctrina y jurisprudencia sostuvieron durante casi un siglo entero.

### **Capítulo Tercero:**

## **La Tenencia de Menores y la Reforma Constitucional del año 1994**

### **I) Introducción**

El presente capítulo se dispone analizar el instituto de la tenencia desde la óptica constitucional justamente por la entidad de la reforma constitucional del año 1994. Se estudiará el impacto del bloque de tratados internacionales introducido por el artículo 75. Inc. 22 y su íntima relación con el principio del interés superior del niño, ya que expresamente la norma menciona a la “Convención sobre los Derechos del Niño” como uno de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional que obligan a la adecuación del derecho de familia interno a sus disposiciones.

Es justamente a partir del año 1994 donde el derecho de familia al igual que todo el ordenamiento jurídico recepta principios cardinales positivizados y confirma las elaboraciones interpretativas doctrinarias y jurisprudenciales que por muchos años fueron sostenidas para solucionar casos controvertidos y que el ordenamiento nacional no los contemplaba expresamente en ninguna disposición.

#### **1. El nuevo esquema de supremacía constitucional. El artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.**

El artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional produjo un gran impacto en el ordenamiento jurídico argentino al rediseñar el esquema de supremacía constitucional que se desprende del artículo 31<sup>8</sup> de la Carta Fundamental. Dispone la norma motivo de análisis:

---

<sup>8</sup> **Artículo 31.-** Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

Artículo 75: Corresponde al Congreso: Inc. 22: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

La norma asigna jerarquía constitucional a los tratados expresamente mencionados y además prevé la posibilidad de incorporar otros con el mismo rango. En este sentido, citando a la doctrinaria Dreyzin de Klor, puede afirmarse que los tratados de derechos humanos “son el marco de toda sentencia – a nivel occidental – y la interpretación pasa a ser una fuente de derecho necesaria para avanzar en soluciones justas para los casos concretos que se presentan diariamente en los estrados judiciales” (Dreyzin de Klor citada por Scotti, 2014, p. 27).

El eminente constitucionalista Germán Bidart Campos explica la trascendencia de los tratados de derechos humanos en nuestra constitución con claridad meridiana, pues en su *Manual de la Constitución Reformada*, desglosa e integra conceptos del derecho internacional público para echar luz sobre la cuestión:

Después de la *reforma de 1994*, los *tratados con jerarquía constitucional* coinciden con nuestra constitución, por lo que no se plantea problema alguno, dados los

similares contenidos de ambos y la igual prelación compartida que revisten en el derecho interno.

En cuando a los tratados que sólo son *supralegales*, la incompatibilidad entre el “*ius cogens*” internacional y nuestra constitución siempre deja pendiente —para el caso de no aplicarse o cumplirse un tratado inconstitucional— la responsabilidad internacional de nuestro tratado (Bidart Campos, 2008, p. 413, T. 2)

Como bien lo señala el profesor citado el derecho argentino se encuentra en sintonía con ese núcleo de coincidencias básicas internacionales que la doctrina llama *ius cogens*, esta incorporación ha permitido modernizar los institutos del derecho civil, particularmente el derecho de familia, que en la actualidad, con la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial se refleja en su máxima expresión.

## **2. La Convención sobre los Derechos del Niño. Sus directrices y el impacto provocado en la interpretación del artículo 206 del Código Civil de Vélez Sarsfield.**

### **2.1 La nueva interpretación doctrinaria y jurisprudencial del artículo 206**

Como bien se dijo en el capítulo segundo, la ley 23.515 del año 1987, que esencialmente se ocupa de introducir el divorcio vincular al ordenamiento jurídico, produjo una nueva modificación en lo que hace al régimen de tenencia de menores eliminó la palabra *siempre* y la preferencia del progenitor inocente si mediare separación. Obsérvese una vez más la norma:

Artículo 206: Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente el domicilio o residencia. Si tuviese hijos ambos a su cargo se aplicarán las disposiciones relativas a la patria potestad.

Los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos.

La reforma del 94´ asignó una importancia superlativa a la construcción *interés del menor*, contenida en el mencionado artículo, es así que poco a poco la doctrina

nacional profundizó la elaboración interpretativa que asignaba a esas palabras y se impuso el paradigma interpretativo *del interés superior del niño* que comprendía a la persona del infante vista desde una concepción emparentada con los derechos humanos, es decir, el niño dejó de ser visto como un sujeto de derechos inescindiblemente ligado a los mayores, para pasar a ser una persona autónoma.

La jurisprudencia argentina se ha referido a la temática al abordar por ejemplo el delicado tema de la restitución internacional de menores, al respecto dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>9</sup>:

... el procedimiento de restitución inmediata instaurado por la Convención de La Haya 1980 se encuentra inspirado en la regla del interés superior del niño establecida por la Convención sobre Derechos del Niño – aprobada por ley 23.849- , dado que en su preámbulo los Estados firmantes declaran estar “profundamente convencidos de que el interés superior del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a custodia...

Mucho antes de la reforma constitucional, la doctrina había planteado la posibilidad de que los niños y su interés sean escuchados en los estrados judiciales, al respecto se ha dicho que “frente a la disputa paterna sobre la tenencia, el tribunal podrá ordenar encuestas ambientales en los respectivos hogares de los progenitores a efectos de allegar informaciones que sirvan para apreciar las soluciones que más aprovechen al hijo” (Fanzolato, 2001, p. 167). Continúa el doctrinario diciendo que “también se podrán tener en cuenta los deseos expresados por los mismos hijos según la edad que acusen” (p. 167).

De la cita se desprende la evolución del pensamiento alrededor del instituto de la tenencia, ya que como se dijo en los capítulos primero y segundo, la ley no nació desentendiéndose del desarrollo integral del menor, véase el pensamiento de Vélez Sarsfield en la nota al artículo 213 originario, por lo cual no era inconciliable el hecho de pensar en el interés superior del niño a lo largo del siglo XX, tal vez el olvido del niño en los procesos de separación o divorcio se asentó en la concepción beligerante de

---

<sup>9</sup> CSJN, “R., M. A. c. F., M. B. s/ reintegro de hijo”. L. L. E-874 (2010)

los procesos de familia protagonizadas esencialmente por los esposos siendo un juez un espectador con algunas facultades para conciliar el litigio.

En orden a estas ideas expresa Fanzolato (2001, p. 167) al comentar el artículo 206:

También se podrán tener en cuenta los deseos expresados por los mismos hijos según la edad que acusen. Tratándose de menores adultos, aunque la ley no lo imponga, es muy conveniente la consulta de sus preferencias y de las razones que las determinan. Sin embargo la opinión expresada por ellos no somete al juez pues no se debe confundir el sentimiento del menor con lo que resulte ser su conveniencia.

Véase pues, cómo la doctrina termina receptando las mandas constitucionales referidas a los derechos de los niños a pesar de que el Código Civil no contenía ninguna referencia al interés superior del menor y lo concebía como una especie de persona *alieni iuris* del derecho romano sometido al gobierno y poder casi absoluto de los padres.

Con el correr de los años la jurisprudencia siguió pronunciándose a favor de la vigencia absoluta del interés superior del menor a tal punto que en diversos fallos declara la inconveniencia del contacto con sus progenitores en nombre de su desarrollo integral y pleno, en este sentido la Corte Suprema<sup>10</sup> ha dicho:

La permanencia del niño con su familia biológica debe ser dejada de lado toda vez que peligre su interés superior. Y que la procedencia de la familia de origen “no es con todo absoluta, sino que constituye una presunción conectada – entre otros extremos – con el hecho de que la familia biológica es el ámbito inicial de la vida de toda persona y que cualquier cambio implica necesariamente un trauma y también una duplicidad. No se trata por tanto, de una barrera infranqueable para la consideración de situaciones en las cuales la permanencia en ese espacio original fue de hecho interrumpida (como es el caso) o genera sufrimientos y daños aún mayores que los propios de un cambio. Un enfoque no dogmático lleva a la cuidadosa consideración de estos últimos casos desde la perspectiva libre de prejuicios que ordena utilizar el artículo 3.1 de la convención sobre Derechos del Niño.

---

<sup>10</sup> CSJN, “N.N. o U., V. s/ Protección y guarda de personas” Fallos 328:2870 (2012).

Asimismo se hace necesario citar un fallo que patentiza el interés superior de los menores al asignar relevancia a su opinión en el marco de un proceso donde se dirimía la tenencia de los mismos:

Los progenitores, plantean demanda y reconvención solicitando la tenencia unipersonal de los menores y el uso exclusivo de la casa habitación. Por su parte los adolescentes manifiestan su intención de continuar conviviendo con ambos padres, en similar cantidad de tiempo como el desarrollado hasta el momento. Aclaran que ambos progenitores se ocupan de ellos. El Tribunal dispuso la tenencia compartida y alternada de los niños con ambos progenitores y ordenó a los padres que compartan los niños en tiempo equivalente.<sup>11</sup>

Por otro lado la Cámara Nacional Civil, Sala I en el año 2013<sup>12</sup> sostuvo que con tal de proteger a los menores puede dissociarse el interés de éstos del de los padres al decidir en una causa sobre derecho de visitas de los abuelos donde la madre de una niña promovió una medida cautelar a los fines de obtener una prohibición de acercamiento de sus propios padres basada en la posible comisión de un abuso sexual:

La regla del artículo 3.1 de la convención de los Derechos del Niño ordena sobreponer el interés de éste a cualesquiera otras consideraciones y tiene – al menos en el plazo de la función judicial donde se dirimen controversias- el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos e, incluso, del de sus padres, pues la coincidencia entre uno y otro interés no es algo lógicamente necesario sino una situación normal y regular pero contingente que – ante el conflicto- exigirá justificación puntual en cada caso concreto.

## **2.2 La Ley 26.061 y la incorporación definitiva “Interés Superior del Niño” en el ordenamiento jurídico argentino.**

---

<sup>11</sup> Trib. Coleg. Inst. Única del Fuero Familia Nro. 1 de San Isidro Prov. Bs. As., La Ley Online, AR/JUR/80321/2012 (2012).

<sup>12</sup> CNCiv., Sala I, “G., D. A. c F. E. s/ medidas precautorias” La Ley Online, AR/JUR/108682/2013 (2013).

A pesar de la sanción de la ley nacional 23.849 Convención de los Derechos del Niño en el año 1989, de la Constitución del año 1994 que dio rango constitucional a dicha Convención, no existía un marco normativo interno que regulara específicamente la protección de los derechos del niño hasta el año 2005, fecha en la que se sancionó la ley nacional 26.061 denominada *Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*.

Esta última norma “garantiza al niño un cúmulo de derechos básicos para su desarrollo personal, se organiza en dos grandes partes, la de las garantías reconocidas y la creadora de organismos gubernamentales que facilitarán el goce de los derechos” (Assef, 2014, p. 1).

Particularmente la mentada ley define en su artículo 3° el Interés Superior del Niño como “la máxima satisfacción integral y simultánea de derechos y garantías”, dispone la norma:

**ARTICULO 3° INTERES SUPERIOR.** A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

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

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

La legislación cambia el paradigma tradicional que consideraba a los menores sujetos a la exclusiva autoridad de los padres producto de la presunción basada en que ellos siempre adoptarán las medidas acertadas para su desarrollo pleno por el hecho de existir entre ellos de un lazo biológico y social muy sólido. Al respecto comenta la profesora Assef (2014, p. 1) que:

...hasta que fuera incorporada la Convención de los derechos del Niño, Niñas y Adolescentes a la legislación argentina los niños eran considerados incapaces de hecho absolutos, este principio no hacía más limitar sus derecho a una esfera acotada de actos tímidamente permitidos...

Continúa la autora diciendo que “los niños desaparecían en el ámbito del derecho y todo aquel asunto en que sus intereses estaban en juego eran resuelto conforme las bondades de criterio de su representante” (p. 1).

Podría decirse entonces que la ley 26.061 deja atrás el sistema de patronato regulado por la ley 10.903, sin duda alguna vetusta para estas épocas, derogándolo en el artículo 76, pasándose así a un sistema garantista: “El antiguo sistema sólo se ocupaba de los niños considerados “irregulares”, aquellos que se encontraban en conflicto con la ley penal o si eran abandonados. De los que no estaban en problemas se ocupaba la familia” (Assef, 2014, p. 3).

La especialista que se sigue en esta parte del trabajo de investigación hace una síntesis de lo que ha significado la adopción del nuevo paradigma garantista para abordar los temas de la infancia, comenta que la minoridad bajo esta nueva mirada ya no es considerada dependiente absolutamente de los progenitores y con capacidad de decisión nula o restringida. La nueva legislación amplía sus derechos y gozan de una amplia tutela que comprende los económicos, políticos, sociales, culturales y civiles. Se ha pasado de un molde rígido donde la incidencia de las manifestaciones del pensamiento del menor era mínima a un esquema que contempla y humaniza el derecho

de familia al asignar valor a los sentimientos del menor. Nótese cómo en la siguiente cita queda evidenciado el cambio operado en este sentido:

El poder judicial, muy activo en las épocas del Patronato, hoy se convierte en un Poder de control de legalidad de los actos en los que el niño o sus intereses sean alcanzados. El juez deja de ser el “buen padre de familia del niño” para convertirse en un técnico que controlará la legalidad de los actos vinculados al niño. Ya no goza de facultades omnímodas, sino que está limitado por las garantías reconocidas y el nuevo principio de capacidad progresiva. Es el Poder Ejecutivo el que adquiere fundamental importancia en ésta etapa, a través de su rol preventivo y auxiliando las familias en crisis (Assef, 2014, p. 3).

Por su parte comenta Myriam Cataldi (2012, p. 466) que:

A partir de la incorporación a nuestro sistema jurídico de la Convención de los Derechos del Niño (ley 23.849/1990) – a la que luego se le dio rango constitucional – y más recientemente de la ley 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes (21/10/2005), la estructura jurídica centenaria que es el Código Civil, había comenzado a resquebrajarse e incluso muchas de sus normas habían quedado tácitamente derogadas frente a las disposiciones de mayor jerarquía normativa (la Convención) y mayor especialidad en la materia (ley 26.061).

En definitiva, el niño pasa a ser una persona que puede intervenir en sus propios asuntos, pues es un sujeto en condición de desarrollo y con capacidad progresiva. La ley comentada en este sector cierra un ciclo en el reconocimiento de los derechos de la minoridad cuyo último eslabón es el marco normativo previsto por el Libro Segundo del Nuevo Código Civil y Comercial.

### **2.3 La legislación provincial en torno a los derechos del niño.**

La sanción de la ley nacional 26.061 produjo un movimiento legislativo de gran importancia en el ámbito del derecho público provincial, pues las provincias se vieron en la necesidad de aggiornar la normativa referida a la niñez debido al contenido y preponderancia de la legislación nacional. Siendo esto así se dictaron leyes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley 114), en la Provincia de Buenos Aires (ley 13.298),

Chaco (ley 4347), Chubut (ley 4374), Entre Ríos (ley 9.861), Jujuy (ley 5.288), La Rioja (ley 7.590), Mendoza (ley 6.354), Misiones (ley 3.820), Neuquén (ley 2.302), Río Negro (ley 4.109), Salta (ley 7.039), San Juan (ley 7.338), Santa Cruz (ley 3.062), Santa Fe (12.967), Tierra del Fuego (ley 521), entre otras.

La mayoría de la normativa local adhiere en un todo al contenido de la ley nacional, principalmente se trata de establecer el enlace institucional previsto en los artículos 42 y 45 de la ley 26.061 que establecen:

**ARTICULO 42. SISTEMA DE PROTECCION INTEGRAL. NIVELES.** El sistema de protección integral se conforma por los siguientes niveles:

- a) NACIONAL: Es el organismo especializado en materia de derechos de infancia y adolescencia en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional;
- b) FEDERAL: Es el órgano de articulación y concertación, para el diseño, planificación y efectivización de políticas públicas en todo el ámbito del territorio de la República Argentina;
- c) PROVINCIAL: Es el órgano de planificación y ejecución de las políticas de la niñez, cuya forma y jerarquía, determinará cada provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respetando las respectivas autonomías así como las instituciones preexistentes.

Las provincias podrán celebrar convenios dentro del marco jurídico vigente para municipios y comunas en las jurisdicciones provinciales, como asimismo implementar un organismo de seguimiento de programas de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes en coordinación articulada con las organizaciones no gubernamentales de niñez, adolescencia y familia.

**ARTICULO 45:** Créase el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, el que estará integrado por quien ejerza la titularidad de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, quien lo presidirá y por los representantes de los Órganos de Protección de Derechos de Niñez, Adolescencia y Familia existentes o a crearse en cada una de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia dictará su propio Reglamento de funcionamiento, el cual deberá ser aprobado en la primera reunión.

La Provincia de Córdoba hace lo propio a través de su ley provincial n° 9396, adhiere a la normativa federal y con una excelente técnica legislativa faculta al Poder Judicial para que realice las adecuaciones normativas procedimentales y procesales pertinentes a los fines de lograr una implementación eficiente de cada uno de los

institutos previstos en la ley nacional, como ser las medidas de protección y excepcionales:

**Artículo 3°: Adecuación procedimental:** Facultase al Tribunal Superior de Justicia para que en el plazo de un (1) año, prorrogable por única vez por un período igual, arbitre las medidas conducentes a armonizar de manera gradual y progresiva las acciones que garanticen la adecuación a las disposiciones de la Ley Nacional N° 26.061, en materia de Procedimiento Prevenzional.

Finalmente resta decir que toda la evolución legislativa tuvo como corolario la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial que justamente a partir de la democratización de la familia que deriva de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos consagra expresamente el principio del interés superior del niño, el carácter progresivo de la autonomía en los niños y el derecho a ser oído por parte de los menores en el artículo 639 que será analizado en el próximo capítulo.

### **3. El derecho comparado**

Resulta de suma utilidad en este apartado hacer algunas breves reseñas sobre el derecho comparado durante el período en que la República Argentina firmó la Convención de los Derechos del Niño (1989) hasta la incorporación de dicho instrumento internacional en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Se comentará sucintamente la legislación de algunos países de Latinoamérica, América del Norte y Europa.

#### **3.1 Países de Latinoamérica**

##### **Paraguay**

Comenta Stilerman (1991) que el artículo 74 del Código del Menor en Paraguay establece respecto de los hijos matrimoniales: “En caso de divorcio o separación de hecho ejerce la patria potestad el cónyuge a quien el juez de menores confirió la tenencia de los hijos”.

El artículo 100 del mencionado cuerpo normativo al igual que la legislación de Vélez Sarsfield instituye para los hijos extramatrimoniales que “en toda cuestión sobre tenencia de hijos decidirá el juez de menores teniendo en cuenta la edad y el interés de ellos. Los menores de cinco años quedarán preferentemente a cargo de la madre”.

Nótese que en el régimen paraguayo no cierra la puerta a que el padre sea quien ejerza la tenencia mediante una fórmula rígida, el vocablo preferentemente hace permeable la norma.

Por otro lado el artículo 101 dispone que en caso de controversia sobre la tenencia del menor, el juez a solicitud de cualquier progenitor, puede nombrar un tutor que preventivamente atienda a los asuntos más urgentes del menor.

## **Uruguay**

El artículo 167 del Código Civil uruguayo establece lo siguiente: “no se citará para sentencia definitiva si antes no se acredita que se ha resuelto la situación de los hijos menores de edad o incapaces, en cuanto a su guarda, régimen de visita y pensión alimenticia”.

La norma es el fiel reflejo de que el legislador oriental ha receptado el principio del interés superior del niño al paralizar todo el proceso si en caso no se han resuelto cuestiones primordiales que hacen a la existencia misma del menor.

Stilerman (1991) realiza un comentario muy atinado en relación al artículo aquí citado:

El “no quiero dejarle a los chicos...”, que tan a menudo se escucha en la práctica profesional, no siempre significa lo que se desprende de su texto; siendo numerosos los casos en que uno de los cónyuges solicita la tenencia de los menores como instrumento para que el otro, a fin de conservarla para sí, resigne alguna de las pretensiones económicas. El interés del menor debe ser tomado en consideración como primordial, siendo conveniente que quede efectivamente desvinculado de la división de bienes con una norma que imponga, a semejanza del artículo 167 del Código Civil uruguayo, como paso procesal previo en los juicios de separación o

divorcio, la solución, sea por acuerdo de partes o por resolución judicial, de las cuestiones concernientes a los menores (Stilerman, 1991, p. 193).

Asimismo, como norma marco establece el artículo 174 del mismo código: “salvo motivo grave, a juicio del juez, los hijos que tengan menos de cinco años serán confiados a la madre. Los que tengan más de cinco años, el juez proveerá contemplando las razones que expusieran los padres y el fiscal”.

## **Chile**

El viejo código chileno establecía en su artículo 223 que:

...a la madre divorciada, haya o no dado motivo al divorcio, toca cuidar personalmente de los hijos menores, a menos que por su depravación, sea de temer que se perviertan, o que se halle inhabilitada; casos en los cuales el cuidado personal de los hijos se confiará al padre...

Por su parte el artículo 224 disponía que los varones a partir de los 14 años fueran confiados al padre, si no existían causas graves que hicieran aconsejable dejarlos al cuidado de la madre.

Surge de la lectura atenta de las normas una ideología contraria a la igualdad de género imperante en estos días, además de un criterio biologicista que discrimina entre menores varones y mujeres al otorgar la tenencia al padre de aquellos niños varones de 14 años.

El Código Civil actual del país trasandino recepta el criterio que ha adoptado el Nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina en cuanto a la adopción del término cuidado personal, sin embargo mantiene la preferencia por la madre al producirse la separación de los cónyuges, debe recordarse que en Chile no existe el divorcio vincular. Obsérvese el artículo 225 actual:

Art. 225. Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de

común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.

Vale destacar sobre la legislación chilena que mantiene el concepto patria potestad, regulando sus condiciones y efectos luego del cuidado personal que está inserto en el Título IX “De los derechos y obligaciones entre padres e hijos”.

### **3.2 América del Norte**

Comenta Gowland (2001) que en los Estados Unidos de América se ha intentado unificar la legislación civil referida a la tenencia de menores mediante la “Uniform child custody act”, la que ha sido adoptada por la gran mayoría de los estados, dicha ley flexibiliza los criterios rígidos que varios estados adoptaban en cuanto a que la tenencia de los hijos correspondía a la madre. Recordemos que a diferencia del régimen federal argentino que se caracteriza por la delegación de competencias de las provincias a la nación, en Estados Unidos cada estado posee legislación civil exclusiva, es por ello que para compatibilizar el funcionamiento del sistema el derecho federal intenta crear leyes marcos que integren a la mayoría de los estados federados.

### **3.3 La situación en Europa**

#### **Suecia**

El Foraldrabalken, es un dispositivo legal que contiene normas referidas a la paternidad, guarda y minoridad. Su sección segunda dispone que el menor “debe estar bajo la custodia de ambos progenitores o de uno de ellos, a menos que haya sido confiado judicialmente a un guardador especialmente nombrado” (Stilerman, 1991, p. 208).

Dispone la sección 3º que en caso de divorcio “el menor queda bajo la custodia de ambos, lo que deberá ser expresamente establecido en la sentencia de divorcio, a menos que resulte incompatible con el interés supremo del menor” (Stilerman, 1991, p. 209).

## **Francia**

Estatuye el Código Civil Francés en su artículo 287 que “según sea el interés del menor, la patria potestad podrá ejercerse por ambos progenitores conjuntamente o por uno de ellos, indicando el juez quien tendrá la tenencia del menor” (Stilerman, 1991, p. 216).

En el mismo sentido el artículo 247 determina la competencia del *Tribunal de Grande Instance Statuant en Matière Civile*, magistratura exclusiva para casos de divorcio y sus efectos. Dicho artículo prevé la salvaguarda de los intereses del menor a tal punto que prevé que la tenencia sea ejercida por un tercero en caso de grave peligro físico o moral.

Debe recordarse aquí que la legislación francesa constituye el antecedente directo de la legislación uruguaya en cuanto dispone que en caso de plantearse un divorcio, sea contencioso o por presentación conjunta, pueden y deben, respectivamente, los progenitores ofrecer una planificación con las consecuencias derivadas de la ruptura del vínculo en lo concerniente a sus hijos menores, es decir, todo aquello vinculado a los alimentos, tenencia y régimen de visita.

## **II) Conclusión**

La sanción del Nuevo Código Civil y Comercial introdujo al régimen jurídico argentino, en lo tocante a la tenencia de menores, la síntesis de toda la evolución del pensamiento expuesta en este capítulo. El abandono del modelo de Patronato por un sistema garantista ha sido el punto de inflexión respecto al derecho minoridad provocado por la sanción de la ley 26.061.

Ha quedado absolutamente claro que el derecho de familia al igual que todas las ramas del ordenamiento jurídico han mutado merced a la influencia del derecho público, este hecho muchas veces produjo rechazo por los sostenedores del statu quo, que con el

argumento de la autonomía de la voluntad y el sostenimiento de las interpretaciones rígidas negaban la publicitación del derecho privado.

En el capítulo siguiente se observará cómo definitivamente el derecho de familia y todo el derecho privado reconocen como fuente directa el bloque constitucional del artículo 75 inc. 22 de la Constitución de la Nación Argentina.

## **Capítulo Cuarto:**

### **El reemplazo de la figura “tenencia” por el de “cuidado personal” Recepción del Principio de Interés Superior del Niño en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.**

#### **I) Introducción**

El Nuevo Código Civil y Comercial se ha hecho eco de la doctrina y jurisprudencia que declaraban válida y necesaria la influencia del derecho público en el ordenamiento privado.

Respecto a los contenidos del derecho de familia, la novel legislación produce cambios conceptuales muy importantes en consonancia con el nuevo paradigma garantista tendiente a proteger a la minoridad en su conjunto.

En este sentido desaparecen los conceptos de patria potestad y tenencia, al ser reemplazados por los de responsabilidad parental y cuidado personal respectivamente. Así pues se ha dicho que:

...la responsabilidad parental, no es un poder, es una función en interés del hijo que se encuentra en cabeza de ambos progenitores; es un conjunto de facultades y deberes destinados primordialmente a satisfacer el interés del menor como sujeto de derechos...” (Cataldi, 2012, p. 467).

Por otra parte, se deja de hablar de tenencia, por cuanto el término se refiere a la relación jurídica real entre persona y cosa, siendo más adecuado a la concepción democrática del derecho, el término cuidado personal, que hace referencia a esa relación afectiva, por sobre todas las cosas, entre los padres y el niño o adolescente.

La nueva ingeniería legislativa propone esencialmente compatibilizar la normativa civil y comercial con los tratados internacionales de derechos humanos receptados por el derecho constitucional, este hecho, más allá de todas las críticas que por razones de técnica legislativa o de detalles conceptuales se formulen, implica

sostener la dignidad de la persona como blasón y significa reconocer que no existe ninguna norma jurídica en el derecho objetivo argentino que no reciba la influencia de aquéllos.

### **1. El artículo 1° del Código Civil y Comercial de la Nación. La importancia de los tratados internacionales de derechos humanos como fuente.**

Como bien se expuso en la introducción al presente capítulo, los tratados de derechos humanos han ejercido una influencia directa en el Nuevo Código Civil y Comercial, dispone el artículo primero:

ARTÍCULO 1°.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

Es clara la norma al reconocer la Constitución y los tratados de derechos humanos como fuentes directas a la hora de resolver un caso. El código decimonónico no contaba con una norma similar por la sencilla razón de que fue sancionado muchísimo antes de la reforma del 94', sin embargo no es descabellado sostener que el doctor Vélez fue consciente de las mandas constitucionales dictadas por el constituyente de 1853-60 y por ello consagró derechos y prohibiciones en armonía interpretativa respecto de la Carta Magna. Sobre el tópico escribe Julio César Rivera:

Alberdi en los primeros párrafos de su famosa carta de 1868 califica al Proyecto de Vélez Sarsfield como “una obra destinada a convertirse en Constitución civil de mi país”, pero el preclaro pensador tucumano no cayó en el error de considerar al Código como una suerte de segunda Constitución en la que se incluirían los derechos civiles, sino que encuentra los derechos civiles enraizados en la Constitución, de modo que “el Código Civil Argentino debía ser el cuerpo metódico de leyes que organizan los derechos concedidos a todos los habitantes de la Nación por los artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 (Rivera, 2012, p. 2).

Desde este punto de vista, podría sostenerse que el Código de Vélez no era más que la reglamentación de los derechos civiles consagrados constitucionalmente y por ello, a pesar de la inexistencia de una norma como la que posee el Nuevo Código sancionado en 2014, era lícito pensar que todo instituto regulado en la faz civil se integraba a las disposiciones constitucionales en caso de lagunas, contradicciones u otros problemas interpretativos como la ambigüedad.

No obstante lo dicho Rivera (2012) explica que “a pesar de la advertencia de Alberdi, a nuestro Código Civil se le atribuyó un rol de “constitución civil” y se convirtió para muchos en el centro del sistema jurídico” (p. 2). Continúa la explicación el citado autor y menciona:

La enseñanza fue organizada en función de los cursos de derecho civil; las sentencias y la doctrina estuvieron orientadas a la búsqueda de la “intención del legislador”, lo que se hacía a través de las notas puestas por el mismo Vélez Sarsfield y de sus fuentes. Las decisiones judiciales se sostenían exclusivamente en las normas del Código, cuando no en la jurisprudencia y doctrina francesas que aplicaban y explicaban el Código de Napoleón al que se consideraba fuente primordial del Código, siendo una rareza una sentencia de un tribunal civil que citara una norma constitucional (Rivera, 2012, p. 2)

Ahora bien, el Nuevo Código, advierte la situación y se propuso corregir este defecto, pues en las últimas décadas la influencia del derecho constitucional ha sido decisiva a la hora de interpretar cualquier norma del ordenamiento jurídico. Al respecto señala el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Luis Lorenzetti (2012)<sup>13</sup>:

La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho

---

<sup>13</sup>Fuente:<http://www.nuevocodigocivil.com/aspectos-valorativos-y-principios-preliminares-del-anteproyecto-de-código-civil-y-comercial-de-la-nación/>

privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.

Así las cosas, la nueva normativa civil y comercial se constitucionaliza y dicha situación acaba con el prejuicio de la independencia o superioridad del derecho privado por sobre la constitución que al menos, en el plano académico se hizo patente hasta hace algunos pocos años. De este modo, siguiendo a Rivera (2012) puede aseverarse que la constitucionalización tuvo alcance normativo:

La constitucionalización del derecho privado en los términos indicados nos pone frente al problema de la determinación de la eficacia que tienen las normas de derecho privado incorporadas a la Constitución. Así, se suele decir que esas normas tienen: - Eficacia directa, lo que significa que el sujeto que demanda la tutela jurisdiccional de una garantía o derecho constitucionalmente establecido, puede hacerlo invocando la norma constitucional si no hubiere norma legal que desarrolle la garantía o derecho que se trate. - Eficacia derogatoria, de modo que las normas civiles constitucionales derogan cualquier disposición en contrario a la norma superior. - Eficacia interpretativa: quien interpreta la ley para aplicarla, debe hacerlo de manera que ella resulte conforme a la norma constitucional; en otras palabras, la norma constitucional dirige la interpretación de todos los textos comprendidos en la materia a que ella se refiere (Rivera, 2012, p. 5).

Del mismo modo y siguiendo al mismo doctrinario puede decirse que la constitucionalización tuvo también alcance dikelógico:

En este sentido la constitucionalización implica que – como señalaba Alberdi – el derecho privado debe recoger los valores de la Constitución, esto es, ser recipiendario de los principios democráticos y de los valores propios del liberalismo político al que adscribe la Constitución... Como explica Carlos Santiago Nino, el liberalismo político de la Constitución es una idea que puede definirse por exclusión y por determinación de sus principios fundamentales. Implica la exclusión de toda doctrina totalitaria, entre las cuales se identifican el perfeccionismo y el

colectivismo. En este sentido el liberalismo es lo contrario al totalitarismo. De lo cual van a resultar algunos principios fundamentales que estructuran la sociedad liberal, y que – como mínimo – son: - toda autoridad o convención social es susceptible de ser sometida a crítica; - la neutralidad moral del Estado frente a la perspectivas morales de cada uno, lo cual se proyecta fundamentalmente en el ámbito del derecho criminal; - la autonomía personal; - la inviolabilidad de la persona; - la tolerancia; -la dignidad personal (Rivera, 2012, p. 6).

En definitiva el Nuevo Código se asienta en los principios rectores que dimanar de la norma superior y con mayor legitimidad del sistema jurídico: una Constitución.

### **1.1 El artículo 639 inc. a) y la recepción del Principio del Interés Superior del Niño.**

Como bien se mencionó con anterioridad, el Código del doctor Dalmacio Vélez Sarsfield carecía de una norma que expresamente consagrara el principio del interés superior del niño. En la actualidad se consagra una norma que es el norte de toda decisión que afecte directa o indirectamente los intereses de la minoridad, se ha dicho al respecto que “el interés del niño se convierte en brújula ante la toma de decisiones que se refieren a él. No existe frente al interés del niño otro interés o derecho mejor o superador que desplace al de ese niño” (Assef, 2014, p. 3).

Siguiendo a la misma autora puede afirmarse categóricamente que “el niño, sujeto social por demás sensible, es protegido ante todo otro sujeto o interés que se le oponga. Ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los niños debe ser prioridad” (Assef, 2014, p. 5).

Dispone el artículo 639 del Nuevo Código Civil y Comercial:

ARTÍCULO 639.- Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios:

- a. el interés superior del niño;
- b. la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos;

c. el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Comenta Graciela Medina (2015, p. 489) que el significado del inc. a del artículo hace referencia a “la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos. El concepto alude justamente a la protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o “nivel de vida adecuado”:

Por ello una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se pueden afectar por resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa (Medina, 2015, p. 489 y 490).

En el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado sobre el principio aquí analizado, comenta Ricardo Lorenzetti que:

La Corte Federal tiene dicho que este precepto apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. Se intenta que este principio proporcione un parámetro objetivo que permita resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño (Lorenzetti, 2015, p. 271).

No debe dejarse de advertirse el hecho de la existencia de múltiples definiciones sobre el contenido del interés superior del niño, esta situación puede perjudicar su significado cabal y ser una herramienta que juegue en su contra, por ello sabiamente se ha manifestado la entidad de dicha problemática:

El interés superior del niño fue definido por la doctrina de muchas maneras diferentes. Esta vaguedad permite el ejercicio discrecional del poder estatal que puede debilitar la tutela de los derechos que la propia Convención de los Derechos del Niño consagra, lo cual ha provocado que sea asimilado a un “cheque en blanco”. Es por ello que se ha procurado precisar su significado. En este sentido, el interés

superior del niño puede ser definido como un mandato estatal de privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas en las que se deben restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos. De este modo, ostenta un contenido normativo específico que supone que determinados derechos de los niños sean un “interés superior” al contraponerse con derechos individuales e intereses colectivos (Lorenzetti, 2015, p. 272).

El problema planteado por el profesor Lorenzetti tiene gran relevancia, no obstante puede decirse que la delimitación normativa realizada por el artículo 3° de la ley 26.061 soluciona en gran parte los problemas de interpretación que puedan surgir en cuanto a los casos donde un niño esté involucrado (Véase el punto 2.2 del Capítulo Segundo).

## **2. Análisis de las nuevas disposiciones referidas a la tenencia de menores en el Código Civil y Comercial de la Nación.**

### **2.1 La responsabilidad parental.**

La doctrina mayoritaria del derecho de familia hace varias décadas planteaba la necesidad de un cambio de paradigma respecto al tratamiento jurídico de la minoridad dentro y fuera del núcleo familiar. Con la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño a la Constitución Nacional la necesidad de modernizar las instituciones cobra vigor, sin embargo no pudo lograrse una reforma legislativa que capte cabalmente los lineamientos del derecho internacional a pesar de la existencia de fallos que planteaban la existencia de un nuevo orden jurídico referido a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Finalmente, la sanción del Nuevo Código Civil se hizo eco de la doctrina y plasmó su pensamiento a lo largo de toda la nueva normativa, siendo uno de los grandes cambios el reemplazo del instituto de la patria potestad por el de la responsabilidad parental, abandonándose de este modo una concepción romanista que denotaba la idea de gobierno y poder absoluto sobre los menores por parte de sus padres para pasar a un esquema que ve en la relación entre padres e hijos, más que poder y gobierno, respeto y afecto.

Sobre la responsabilidad parental dispone el Código Civil y Comercial:

ARTÍCULO 638.- Responsabilidad parental. Concepto. La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

Comentan las profesoras Kemelmajer de Carlucci, Herrera, y Lloveras (2014) a propósito de este artículo lo siguiente:

El lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico. Siguiendo la tendencia del Derecho Comparado, se reemplaza la expresión “patria potestad” por la de “responsabilidad parental”, denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en el contenido de la relación entre padres e hijos. La palabra “potestad”, de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la potestas del Derecho Romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. El vocablo adoptado, “responsabilidad”, implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño en cabeza de ambos padres, tal como lo establece la Convención de los Derechos del Niño (art. 18) (Kemelmajer de Carlucci, et al., 2014, p. 18)

La responsabilidad parental puede definirse como “el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres con respecto a sus hijos menores de edad no emancipados. Por tratarse de un conjunto de derechos y deberes se trata de una función” (Medina, 2015, p. 483). La autora citada hace además una aguda observación a la hora de definir el instituto diciendo:

Para que exista responsabilidad parental debe existir una condición fija y afirmativa: que se trate de menores de edad; y otra negativa y contingente, que estos menores no se hallen emancipados. Asimismo, existe una condición afirmativa, aunque contingente: que aquellos menores tengan ascendientes llamados por ley al ejercicio de la responsabilidad parental, y una circunstancia negativa: que no estén incapacitados ni impedidos para tal ejercicio (Medina, 2015, p. 483).

Afirma también que el objetivo de la responsabilidad parental radica en cumplimentar las mandas de la Convención de los Derechos del Niño y por lo tanto hacer plenamente operativo el principio cardinal en esta materia: el ya reiterado principio del interés superior del niño, así pues los padres deberán contemplar las elecciones, los sentimientos y la capacidad progresiva con la que el menor va exteriorizando su autonomía (Kemelmajer de Carlucci, et al., 2014).

## **2.2 El “cuidado personal”: una nueva fórmula legal que reemplaza al viejo concepto de “tenencia”.**

Otro de los cambios relevantes que hace la novel legislación civil es reemplazar el término tenencia por el de cuidado personal, la doctrina ha coincidido sobre el cambio terminológico (Herrera, 2015; Lorenzetti, 2015; Kemelmajer de Carlucci et al., 2014; Medina, 2015; Rivera, 2012). Al respecto se ha dicho que “esta denominación facilita la tarea de transmitir su significado en un lenguaje llano o coloquial, comprensible y accesible, alejado de complicados tecnicismos, inasequibles para el ciudadano común” (Kemelmajer de Carlucci et al., 2014, p. 103)

Se reemplaza el termino tenencia referido más bien a la relación jurídica entre la persona y la cosa, por un término que tiene como eje la relación entre un adulto y el niño: “Cuidado significa poner diligencia, atención y solicitud en la ejecución de algo, el cuidado personal implica entonces, poner diligencia, atención y solicitud en el ejercicio de deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana de los hijos” (Kemelmajer de Carlucci, et al., 2014, p. 104)

Establece el nuevo código en su artículo 648 que “Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo”.

Por otro lado la docente María Miguez de Bruno (2015, p. 516) define al instituto del siguiente modo: “Se entiende por cuidado personal el derecho deber de los progenitores de tener al hijo consigo. Es la presencia física la característica esencial de este cuidado”

El Anteproyecto del Código afirmaba en sus fundamentos que:

Se diferencia el ejercicio de la responsabilidad parental del cuidado personal del hijo. El cuidado personal es uno de los deberes y derechos de los progenitores que se derivan del ejercicio de la responsabilidad parental y atañe a la vida cotidiana del hijo (Miguez de Bruno, 2015, p. 516).

En definitiva lo que debe tenerse en cuenta es que el cuidado personal es uno de los modos de ejercer la responsabilidad parental.

La jurisprudencia anterior<sup>14</sup> esclarece este punto al decir:

La patria potestad, cuya titularidad tienen los padres, es el instituto máximo de protección de la minoridad; esta autoridad que la ley les reconoce tiene fines específicos y por ello se presenta como una función social encaminada a la protección y desarrollo integral de los hijos. La adjudicación de fines a la patria potestad implica consagrar la “cláusula de beneficio de los hijos”, que impone una forma de ejercer la autoridad siempre puesta en interés del hijo, siempre con la mirada puesta en el beneficio del hijo.

### **2.2.1 El cuidado personal compartido**

La modalidad de la tenencia compartida abordada en el capítulo primero de esta exposición es receptada expresamente por el Código Civil y Comercial a través de los siguientes artículos:

ARTÍCULO 649.- Clases. Cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos.

ARTÍCULO 650.- Modalidades del cuidado personal compartido. El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.

---

<sup>14</sup> Juz. Fam. 4ª Nom. de Córdoba, “E. S. s/Guarda” Actualidad Jurídica. Familia y Minoridad II-105 (2002)

El cuidado personal compartido consiste en que:

Los dos progenitores no convivientes asumen en la realidad cotidiana el conjunto de deberes y derechos que constituyen la protección, desarrollo y formación del hijo, día a día, en la verdadera realidad del proceso de crecimiento del hijo menor de edad” (Kemelmajer de Carlucci, et al., 2014, p. 114).

Sobre la conveniencia de esta modalidad de cuidado personal en su generalidad se ha dicho:

La responsabilidad parental compartida tiene un alto valor simbólico; la sola expresión contribuye a que ninguno se sienta apartado ni excluido, más allá de que el sistema previsto en la reforma permite que los progenitores puedan acordar otro sistema o incluso, ser decidido por el juez cuando ello sea en el mejor interés del hijo. El ejercicio compartido de la responsabilidad cuando los padres se separan es el principio rector que adopta una gran cantidad de países en el derecho comparado, por ejemplo, Brasil, El Salvador, Paraguay, España, Francia e Italia (Fundamentos del Proyecto del Código Civil y Comercial citado por Miguez de Bruno, 2015, p. 520).

Existen dos modalidades de cuidado personal: el alternado y el indistinto. El primero consiste en el reparto de los momentos a compartir con el menor por parte de los progenitores. El cuidado personal compartido alternado es “el equivalente a la tenencia compartida, se comprueba si hay alternancia en la guarda material, tomando a su cargo el progenitor la custodia de los hijo en los días de descanso, y la atención de estos en sus actividades diarias” (Miguez de Bruno, 2015, p. 519). La doctora Aída Kemelmajer de Carlucci define a esta modalidad como “el que admite que el hijo conviva un tiempo con cada uno de los progenitores – un período de tiempo con uno de ellos, y otro período con el otro- . (Kemelmajer de Carlucci, et al. 2014, p.114).

En cuanto al cuidado personal compartido indistinto se afirma que “la diferencia es que en este último el hijo residirá de manera principal en el domicilio de uno de sus progenitores, con el cual pasará la mayor parte del tiempo y de forma secundaria lo hará con el otro” (Miguez de Bruno, 2015, p.519). También se ha definido esta modalidad diciendo que consiste “en que el hijo menor de edad reside de modo preferente o

principal con uno de los progenitores, y ambos padres realizan las labores según las necesidades del grupo familiar, con independencia del lugar donde el hijo reside principalmente” (Kemelmajer de Carlucci, et al. 2014, p.114).

La legislación otorga a los progenitores amplia libertad para decidir los aspectos sobre la convivencia con el hijo, pero orienta al juez en la decisión, ya que establece que la regla debe ser la convivencia bajo la modalidad indistinta, repárese en el artículo 651: “A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo”.

La doctrina mayoritaria entiende que el Nuevo Código Civil y Comercial “privilegia el sistema de cuidado personal indistinto por sobre el alternado, por considerar que es el que mejor respeta mejor el derecho constitucional del hijo a mantener relaciones personales y contacto directo como ambos padres de modo regular” (Kemelmajer de Carlucci, et al. 2014, p.114).

### **2.2.2 El cuidado personal unilateral**

Dispone el artículo 653:

Cuidado personal unilateral. Deber de colaboración. En el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el juez debe ponderar:

- a. la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro;
- b. la edad del hijo;
- c. la opinión del hijo;
- d. el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo.

El otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente.

Debe tenerse en claro que esta modalidad de cuidado personal es absolutamente excepcional. Se puede llegar a este sistema por acuerdo o decisión jurisdiccional. En caso de ser dispuesto por vía judicial, la ley enuncia las pautas que no son taxativas para

atribuir el cuidado personal a uno u otro progenitor. No debe dejar de mencionarse el hecho de que el padre no favorecido con la decisión del juez siempre tendrá mínimamente garantizada un mínimo de participación en la crianza del menor. Comenta Lorenzetti (2015) que “las pautas que se enumeran de manera enunciativa son aquellas que la doctrina y la jurisprudencia han ido elaborando siempre en total consonancia con el principio rector del interés superior del niño” (p. 358).

Expresa Kemelmajer de Carlucci, et al. (2015, p. 133) respecto de las razones que llevan a la adopción de esta modalidad excepcional que “Frente a la ruptura, vaciamiento o inexistencia de la unión matrimonial o no matrimonial, se plantean supuestos en los que la regla general del cuidado personal compartido del hijo no puede llevarse a cabo o perjudica eventualmente el hijo”. Siendo ello así plantean las autoras una cuestión por demás interesante:

En los casos en que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal se acentúa el principio de la corresponsabilidad en el cuidado del hijo, y la coparentalidad se realiza de un modo diferente, pero con plena vigencia: los dos progenitores tienen el deber-derecho de la responsabilidad parental, en todos sus contenidos. El cuidado personal debe ser unilateral, manteniéndose en dicha situación la regla del ejercicio conjunto de la responsabilidad parental (art. 641, 645 y concs.), salvo que excepcionalmente se decida también un ejercicio unilateral de la responsabilidad parental (art. 641, inc. b, última parte, e inc. e, primera parte) (Kemelmajer de Carlucci, et al. 2014, p.133).

Continuando con el análisis de la norma en sí debe prestarse atención a cada uno de sus incisos. El primero de ellos al plantear la prioridad del progenitor que facilita la comunicación regular con el otro reafirma el derecho de todo niño a mantener los vínculos con ambos padres:

Salvo razones fundadas y extremas, los hijos tienen derecho a relacionarse con ambos padres, y éstos últimos a vincularse con los primeros. En ese marco, la coparentalidad mediante el cuidado personal compartido es el mejor sistema legal que responde a esta manda constitucional-internacional [Convención de los

Derechos del Niño]<sup>15</sup>, y si ello no puede ser factible por diversas circunstancias, siempre se debe intentar mantener un mínimo de interacción. En este marco, la pauta de atribuir el cuidado al progenitor que resguarda la comunicación del hijo con el otro progenitor adquiere un papel relevante. Por ello, en la reforma no sólo se lo reconoce como una variable a ser tenida en cuenta por el juez para resolver el conflicto, sino que se lo menciona en primer lugar (Lorenzetti, 2015, p. 363).

El segundo de los incisos contempla la edad y opinión del hijo, “ambas pautas se vinculan y retroalimentan, no sólo es lisa y llana la aplicación del principio de la autonomía progresiva y del interés superior del niño, sino también la consolidación de una línea jurisprudencial firme” (Lorenzetti, 2015, p. 363).

En cuanto al mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo como principio para la atribución del cuidado personal unilateral, debe decirse que proviene de lo que la doctrina y jurisprudencia denominaron principio del statu quo, “es decir el respeto y mantenimiento de la situación de cuidado y crianza que el niño viene ostentando” (Kemelmajer de Carlucci, et al. 2014, p. 135). En este sentido se ha expresado que “Toda modificación en las condiciones de vida de un niño, cuando de tenencia se trata, deben encontrar su justificación en la falta de idoneidad de quien la ejerce” (Lorenzetti, 2015, p. 368). Del mismo modo los doctrinarios citados entienden que también es válido hablar de la importancia de la convivencia que el niño ya mantuvo con su progenitor y de los beneficios que ella le ha reparado al menor.

Al respecto dice la doctora Marta Stilerman (1997) citada a lo largo de los capítulos primero y segundo que:

Al igual que lo que acaece respecto de la fijación de cuota alimentaria, las decisiones judiciales tomadas acerca de la tenencia de un menor sólo son estables en tanto no se alteren las circunstancias de hecho que a ella condujeron; ello no empecé a la existencia de cosa juzgada, debido a que la posibilidad de modificación de una decisión judicial que otorga la tenencia estará condicionada a la invocación de una variación de las circunstancias de hecho, variación que requiere al mismo tiempo ser de una entidad suficiente como para hacer recomendable el cambio y ser

---

<sup>15</sup> El agregado pertenece a la autora de este Trabajo Final de Graduación.

posterior, o al menos conocida posteriormente, a la decisión judicial cuya modificación se pretende. (Stilerman, 1997, p. 132).

Por último resta hacer un comentario sobre el último párrafo del artículo aquí desglosado: “El derecho y el deber de colaboración del progenitor no conviviente con el conviviente”. Dice Lorenzetti (2015) sobre esta cuestión que “al legislador le preocupa resguardar todo tipo de contacto o comunicación entre el progenitor no conviviente y el hijo”. (p. 368).

Lo cierto es que la norma refuerza una vez más la idea de que el menor no pierda el vínculo afectivo con el padre que físicamente no está en permanente contacto con él:

“El único límite que encuentra el derecho de comunicación del niño con sus progenitores, parientes y terceros con interés legítimo, es el dado por su interés, de tal modo que, si tal contacto lo afecta en su moral, desarrollo físico o psíquico, deberá restringirse, limitarse o suspenderse según la gravedad del caso” (Lorenzetti, 2015, p. 369).

### **2.3 Los deberes compartidos. El plan de parentalidad**

Sobre el principio básico de la coparentalidad y del bienestar del menor, la normativa prevé un instituto que tiene su antecedente directo en el artículo 236 del Código de Vélez que establecía que la demanda de divorcio por presentación conjunta podía contener algún acuerdo sobre tenencia y régimen de visita. Dispone el artículo 655 del nuevo ordenamiento:

Plan de parentalidad. Los progenitores pueden presentar un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo, que contenga:

- a. lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor;
- b. responsabilidades que cada uno asume;
- c. régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia;
- d. régimen de relación y comunicación con el hijo cuando éste reside con el otro progenitor.

El plan de parentalidad propuesto puede ser modificado por los progenitores en función de las necesidades del grupo familiar y del hijo en sus diferentes etapas.

Los progenitores deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y en su modificación.

La norma se vincula con el convenio regulador obligatorio en caso de divorcio, pues el artículo 438 establece:

Requisitos y procedimiento del divorcio. Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición.

Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta.

Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia.

En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local.

No obstante, este plan de parentalidad no se limita solamente a los cónyuges, pueden realizarlo igualmente los padres que no están casados ni unidos y aquellos que han registrado o no una unión convivencial (Miguez de Bruno, 2015).

### **2.3.1 La inexistencia de plan de parentalidad homologado (artículo 656) y los criterios para adjudicar el cuidado personal del menor**

Ante la inexistencia de plan de parentalidad, la normativa dispone impone al juez una serie de criterios destinados a satisfacer el bienestar del menor. Atiéndase a la disposición:

ARTÍCULO 656: Inexistencia de plan de parentalidad homologado. Si no existe acuerdo o no se ha homologado el plan, el juez debe fijar el régimen de cuidado de los hijos y priorizar la modalidad compartida indistinta, excepto que por razones

fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado. Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición.

La última parte de la norma destaca como parámetro para adoptar una decisión sobre el otorgamiento del cuidado personal del menor la cuestión de idoneidad como característica fundamental. Censura la norma toda otra cuestión que esté basada en prejuicios.

#### **2.4 El progenitor afín y la posibilidad del cuidado personal del menor.**

Dispone el Código en su artículo 672 “Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente”.

La norma en cuestión no posee antecedentes en el régimen de Vélez, pues “reconoce expresamente la realidad de las nuevas uniones con hijos menores de parejas anteriores o la relación concubinaria” (Ignacio, 2015, p. 580).

De este modo la legislación en pos de brindar tutela a los niños expresamente impone cargas a quienes biológicamente no tienen vinculación pero en los hechos mantienen una relación afectiva asimilable a la que tiene, tuvo o podría tener con su padre consanguíneo.

Se ha dicho sobre este instituto que viene a dar solución a las viejas uniones de hecho en donde era posible visualizar relaciones que durante años se mantenían y como producto de ello se producían fuertes vínculos entre quienes no eran padres e hijos biológicamente:

La figura del progenitor afín solamente se ha consagrado por el derecho descansando sobre un hecho: la convivencia con el padre/madre del menor que lo tiene a su cuidado, de manera que desaparece cuando se produce su ruptura, sea bajo

la modalidad de separación de hecho de los cónyuges o el cese de hecho de la unión convivencial; sin que puedan discutirse cuestiones formales tales como la disolución o no del matrimonio por la sentencia de divorcio sobreviniente o el cese definitivo de la unión convivencial sea por acuerdo, notificación unilateral o al año de producirse la ruptura (Ignacio, 2015, p. 581).

## **2.5 La desaparición de la figura tradicional de “padre” y “madre” al momento de otorgar el cuidado personal. El matrimonio igualitario.**

La sanción de la ley de matrimonio igualitario, ley n° 26.618, había provocado la modificación de varios artículos del Código de Vélez Sarsfield entre los que se encontraban todos aquellos que se referían a la tenencia de menores.

El Nuevo Código contiene en su artículo 402 una norma expresa que consagra el matrimonio entre personas del mismo sexo, producto de la corriente ideológica basada en la ampliación de derechos que se manifestó en los últimos años en la República Argentina:

Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo.

A partir de esta concepción todas las disposiciones referidas a los efectos del matrimonio o a la familia no hacen distinción sexual alguna y, consecuentemente, en todos los casos se ha suprimido la distinción entre padre y madre, sólo se reconoce la figura de cónyuges y progenitores.

No existe disposición equivalente al viejo artículo 206 que proclame una preferencia por la madre al momento de otorgarse el cuidado personal.

### **3. El parámetro de edad a la hora de determinar a qué progenitor corresponde el cuidado personal del hijo. El caso del cuidado personal unilateral**

Como regla general puede afirmarse que el cuidado personal de los hijos es siempre compartido y excepcionalmente corresponderá a uno de ellos, con esto “se responde a una importante demanda social, supone un cambio del esquema tradicional al configurar la custodia compartida frente a la individual como norma preferente en los supuestos de ruptura de convivencia” (Kemelmajer de Carlucci, et al., 2014, p. 105).

La edad como parámetro fijo y determinado que preveía el código del siglo pasado (5 años) ha desaparecido, sólo se la menciona como criterio genérico en caso de que sea necesario determinar el cuidado personal unilateral.

La doctrinaria Miguez de Bruno (2015) comenta el artículo 653 referido al cuidado personal unilateral refiriéndose a la edad de los menores:

Como bien lo señala Mzrahi se deberán observar las necesidades según la edad del niño, como así también los roles de cada progenitor. En tal sentido, no se debe considerar la expresión madre en el sentido de madre de nacimiento, sino de mamá, rol que en un caso puntual puede ser desempeñado por el padre e, incluso, por una tercera persona, con posibilidades de variación en el transcurso del tiempo. En otras palabras, el intérprete – para la atribución del cuidado personal – tiene que analizar el papel que represente el sujeto concreto más que un hecho de la realidad genética. Por ejemplo, si es el padre quien se encuentra todo el día en el hogar y atiende las necesidades corrientes de un pequeño hijo de menos de cinco años, mientras que la madre – por compromisos laborales o de otra índole – permanece gran parte del tiempo fuera de la casa, la función maternal la cumpliría aquél y no ésta. En ese cuadro de situación, por lo tanto, al progenitor masculino se le deberá conceder la guarda del hijo – si sobreviene una separación-, sin que la madre de nacimiento pueda invocar preferencia alguna (Miguez de Bruno, 2015, p. 527 y 528).

## **II) Conclusión**

El paradigma basado en el criterio biológico (menores de 5 años) para la adjudicación de la tenencia de menores y regulado principalmente como efecto de la ruptura del vínculo matrimonial ha sido dejado de lado.

La constitucionalización del derecho privado ha provocado una nueva conceptualización de los institutos de la patria potestad y de la tenencia, es sin duda una redefinición con valor simbólico superlativo en virtud de la reivindicación de la Convención de los Derechos del Niño y su influencia en todo el ordenamiento jurídico referido al derecho de familia.

El principio del interés superior del niño se ha difuminado por absolutamente todos los institutos referidos a la minoridad, es justamente este hecho lo que ha dado lugar a un cambio de paradigma hoy reflejado en la redacción del Nuevo Código, pero sostenido por la jurisprudencia y la doctrina desde la década de 1980.

## **CONCLUSIÓN FINAL**

Ha quedado establecido el concepto de tenencia como la situación motivada por los progenitores que se encuentran en un estado de no convivencia y deben decidir quién se hará cargo de la custodia y cuidado personal del menor en forma permanente, es decir, quién convivirá con éste.

El instituto se ha construido en orden al fracaso de una relación matrimonial lo cual supone un escenario que en principio puede ser traumático para el menor. En virtud de esto, la ley ha conferido un carácter protectorio al mencionado instituto y es por ello que desde la redacción primigenia del Código Civil se ha tenido en cuenta el interés del menor, por supuesto no con el vigor que la reforma constitucional del año 1994 lo ha hecho.

No cabe duda alguna que desde la vigencia del Código Civil el legislador tuvo en cuenta algo más que los efectos personales de la separación de los esposos al legislar sobre la tenencia, es decir, más allá de la ubicación que el ordenamiento jurídico civil asignó a la tenencia de menores, legislada junto a la separación y el divorcio de los cónyuges, lo cierto es que la ley advirtió un gran interés que debía ser tutelado: el interés del menor.

Como pudo observarse en el capítulo segundo la doctrina y jurisprudencia asignaban la tenencia a aquel progenitor que fuera más idóneo en el cuidado integral del menor, repárese que los criterios sostenidos se apartaron de las disposiciones del Código Civil vigente en aquel momento, es decir, a pesar de que el menor poseyera una edad inferior a los 5 años, el discernimiento de la tenencia se realizaba en consideración a su bienestar y la letra de la ley era contradicha en reiterados casos.

La sanción del Nuevo Código Civil y Comercial introdujo al régimen jurídico argentino, en lo tocante a la tenencia de menores, la síntesis de toda la evolución del pensamiento expuesta a lo largo de este Trabajo Final de Investigación. El abandono del modelo de Patronato por un sistema garantista ha sido el punto de inflexión respecto al derecho minoridad provocado por la sanción de la ley 26.061.

Lo cierto es que ha quedado absolutamente claro que el derecho de familia al igual que todas las ramas del ordenamiento jurídico han mutado merced a la influencia del derecho público, este hecho muchas veces produjo rechazo por los sostenedores del statu quo, que con el argumento de la autonomía de la voluntad y el sostenimiento de las interpretaciones rígidas negaban la publicitación del derecho privado.

El paradigma basado en el criterio biológico (menores de 5 años) para la adjudicación de la tenencia de menores y regulado principalmente como efecto de la ruptura del vínculo matrimonial ha sido dejado de lado como regla general.

La constitucionalización del derecho privado ha provocado una nueva conceptualización de los institutos de la patria potestad y de la tenencia, es sin duda una redefinición con valor simbólico superlativo en virtud de la reivindicación de la Convención de los Derechos del Niño y su influencia en todo el ordenamiento jurídico referido al derecho de familia. El niño ya no es considerado un sujeto de derecho con capacidad restringida y dependiente necesariamente de la voluntad de los mayores, se quiebra el modelo que simbólicamente asimilaba al niño a una especie de cosa con la palabra tenencia, vocablo usado en las relaciones de derechos reales (persona-cosa).

El principio del interés superior del niño se ha difuminado por absolutamente todos los institutos referidos a la minoridad, es justamente este hecho lo que ha dado lugar a un cambio de paradigma hoy reflejado en la redacción del Nuevo Código, pero sostenido por la jurisprudencia y la doctrina desde la década de 1980.

En definitiva, el legislador del año 2014 ha visto la realidad con nuevos ojos y se ha decidido a transformar las estructuras jurídicas basadas en prejuicios, pues, en razón de lo expuesto, no es correcto mantener una regla con criterio biológico exclusivo (el menor de menos de cinco años debe quedarse siempre con la madre) ya que hay algo más en la relación paterno-filial, ese algo es el sentimiento de una persona de corta edad que desde el momento en que puede exteriorizarse hay que tenerlo en cuenta.

Quizás la reforma sea criticada por no sentar una norma clara sobre lo que en definitiva comprende el interés superior de un niño, también puede que se le impute la

falta de un criterio objetivo para asignar valor probatorio a sus manifestaciones de voluntad y también los viejos enciclopedistas, renuentes a la psicología piagetiana, lancen sus voces en contra del exagerado empoderamiento del menor. Lo cierto es que la nueva normativa no ha hecho otra cosa que equilibrar la balanza de acuerdo a la parte más débil, pues en definitiva de eso se trata, de buscar la justa medida de las cosas y, en este caso, brindar protección a personas indefensas que dependen de quienes los trajeron al mundo, o bien de aquellos que no los han engendrado pero han decidido hacerse cargos de ellos.

## **BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA**

### *Doctrina*

- Assef, M. S. (Diciembre de 2014). El tiempo de los niños: derechos fundamentales del niño a la luz de los nuevos paradigmas. *Doctrina Judicial La Ley* (50), 1-6.
- Berbere Delgado, J. C., & Haissiner, L. (2011). El ejercicio de la patria potestad ante la ruptura parental. Obtenido de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Bidart Campos, G. J. (2008). *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires: Ediar.
- Borda, G. A. (1993). *Tratado de Derecho Civil. Familia I*. Buenos Aires: Perrot.
- Bueres, A. J., & Highton, E. I. (1998). *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Cataldi, M. M. (2012). La responsabilidad parental. En J. C. Rivera, & G. Medina, *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial 2012* (págs. 463-489). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cerra, S. (2015). Extinción, Privación, Suspensión y Rehabilitación de la Responsabilidad Parental. En J. C. Rivera, & G. Medina, *Código Civil y Comercial Comentado y Anotado* (págs. 617-627). Buenos Aires: La Ley.
- D'Antonio, D. H. (1987). *Régimen Legal del Matrimonio Civil Ley 23.515*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Fanzolato, E. I. (2001). Derechos personales en las relaciones de familia. En A. I. Bueres, & E. I. Highton, *Código Civil y Normas Complementarias* (págs. 165-170). Buenos Aires: Hammurabi.

-Galli Fiant, M. M. (Diciembre de 2014). Los tiempos de los niños. *Doctrina Judicial La Ley* (50), 21-30.

-González Magaña, I. (Noviembre de 2012). El decreto 1006/2012 y la inscripción de los hijos menores de matrimonio entre personas del mismo sexo nacidos con anterioridad a la sanción de la ley 26.618. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* (10), 63-66.

-Gowland, A. J. (2001). Tenencia de hijos: Criterios de atribución. El artículo 76 de la ley 2393 modificado por ley 17.711: una reforma resistida. Obtenido de <http://www.laleyonline.com.ar>

-Ignacio, G. C. (2015). Deberes y Derechos de los Progenitores e Hijos Afines. En J. C. Rivera, *Código Civil y Comercial Comentado y Anotado* (págs. 577-590). Buenos Aires: La Ley.

-Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., & Lloveras, N. (2014). *Tratado de Derecho de Familia*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

-Levaggi, A. (1987). *Manual de Historia del Derecho Argentino* (Vol. 2). Buenos Aires: Depalma.

-Lorenzetti, R. L. (2015). *Código Civil y Comercial Comentado*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

-Medina, G. (2015). Responsabilidad Parental. En J. C. Rivera, & G. Medina, *Código Civil y Comercial Comentado y Anotado* (págs. 481-512). Buenos Aires: La Ley.

-Miguez de Bruno, M. S. (2015). Deberes y Derechos sobre el Cuidado de los Hijos. En J. C. Rivera, & G. Medina, *Código Civil y Comercial Comentado y Anotado* (págs. 513-537). Buenos Aires: La Ley.

-Nino, C. S. (2003). *Introducción al Análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astrea.

-Ossorio, M. (2001). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.

-Otero, M. C. (Noviembre de 2012). Tenencia y régimen de visita en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* (10), 52-62.

-Panigadi, M. (2015). Procesos de Familia. En J. C. Rivera, & G. Medina, *Código Civil y Comercial Comentado y Anotado* (págs. 629-655). Buenos Aires: La Ley.

-Pitrau, O. F. (2015). Deberes de los Hijos. En J. C. Rivera, & G. Medina, *Código Civil y Comercial Comentado y Anotado* (págs. 571-575). Buenos Aires: La Ley.

-Pitrau, O. F. (2015). Deberes y Derechos de los Progenitores. Obligación de Alimentos. En J. C. Rivera, & G. Medina, *Código Civil y Comercial Comentado y Anotado* (págs. 539-569). Buenos Aires: La Ley.

-Rivera, J. C. (2012). La constitucionalización del derecho privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial. En J. C. Rivera, & G. Medina, *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012* (págs. 1-22). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

-Scotti, L. B. (Agosto de 2014). El interés superior del niño en la jurisprudencia argentina: una mirada desde el derecho internacional privado. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* (7), 26-39.

-Stilerman, M. N. (1991). *Menores*. Buenos Aires: Universidad.

-Stilerman, M. N. (1997). *Menores*. Buenos Aires: Universidad.

- Yuni, J. A., & Urbano, C. A. (2006). *Técnicas para investigar y formular proyectos de investigación* (Vol. 2). Córdoba, Argentina: Brujas.

-Yuba, G. (Noviembre de 2012). Acerca del informe: Situación de los niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina. *Revista de Derecho de Familia y las Personas* (10), 67-69.

-Zannoni, E. A. (1989). *Derecho Civil. Derecho de Familia T.2*. Buenos Aires: Astrea.

### ***Jurisprudencia***

-CNCiv., Sala F, “R. de R, M. L. c. R., H. E.”, D. J., 1989-II-480-482 (1988)

-CNCiv, Sala G, “T., V. J., c. R. de T., G. N.” D. J. 1987-I-247 (1987)

-CNCiv, Sala C, “M., A. P., c. G. de M., A. M.” D. J. 1982-IV-560 (1982)

-CNCiv, Sala L, “L., H. D. c. L., C. A” L. L. 6-A-21 (2011).

-CNCiv., Sala I, “G., D. A. c F. E. s/ medidas precautorias” *La Ley Online*, AR/JUR/108682/2013 (2013).

- CSJN, “N.N. o U., V. s/ Protección y guarda de personas” Fallos 328:2870 (2012).

-Juz. Fam. 4ª Nom. de Córdoba, “E. S. s/Guarda” *Actualidad Jurídica. Familia y Minoridad* II-105 (2002)

-Trib. Coleg. Inst. Única del Fuero Familia Nro. 1 de San Isidro Prov. Bs. As., *La Ley Online*, AR/JUR/80321/2012 (2012).

### ***LEGISLACIÓN***

-Constitución de la Nación Argentina

-Ley Nacional n° 340. Código Civil de la República Argentina

- Ley Nacional n° 26.994. Código Civil y Comercial de la República Argentina.
  
- Ley Nacional n° 23.849 Convención sobre los Derechos del Niño
  
- Ley Nacional n° 26.061 Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes
  
- Ley Nacional n° 26.618 Matrimonio Igualitario
  
- Ley Provincial n° 9.390. Ley de Adhesión a la Ley Nacional de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes (Córdoba).
  
- Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina 2012.