

XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2011

6. Comisión de Familia: Efectos de la Ley 26.618 en el Derecho de Familia –

Título: La Ley 26.618 y el Art. 206 Código Civil

Dra. Claudia Silvana Cochello - Miembro del Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones (Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L.Gioja", Facultad de Derecho -UBA-), que dirige el Dr. Marcos M. Córdoba; Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Dr. Marcos M. Córdoba Director del Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones (Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L.Gioja", Facultad de Derecho -UBA-) Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Dra. Esther H. S. Ferrer de Fernández Coordinadora del Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones (Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L.Gioja", Facultad de Derecho -UBA-) Profesora Adjunta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Dra. Vilma Vanella Miembro del Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones (Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L.Gioja", Facultad de Derecho -UBA-) Profesora Adjunta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

INDICE

1. De Lege Ferenda
2. Fundamentación. a) Introducción. b) Tratamiento del Régimen de Patria Potestad en el ordenamiento jurídico actual. c) Opinión de la Doctrina y Jurisprudencia. d) Tenencia VS Régimen de Visitas. e) Conclusiones y Propuestas

1. De Lege Ferenda

- a) Modificar los art. 264, inc. 2 – art. 206 segundo párrafo del Código Civil, permitiendo que los progenitores tengan el derecho de ejercer la

- Tenencia Compartida de sus hijos, en los casos de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular, o nulidad del matrimonio.
- b)** Reconocer a las parejas heterosexuales y homosexuales el derecho de ejercer la Tenencia Compartida de sus hijos, fundado en el derecho de igualdad entre el hombre y la mujer, el interés superior del niño, y el principio de protección integral de la familia.
 - c)** Adaptar las normas de Código Civil a las normas de Jerarquía Constitucional, constituye proteger a la familia y sobre todo la relación parental, sin limitar el ejercicio de la patria potestad frente a una circunstancia propia de los cónyuges, la cual no puede modificar la relación con los hijos, menos aún limitar la responsabilidad que dicha relación genera.
 - d)** Es necesario reformular y armonizar el régimen de tenencia (la última reforma del Código Civil mediante la Ley 26.618 - art. 206 del Código Civil) con las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño con Jerarquía Constitucional, permitiendo un sistema de tenencia bilateral, no sólo en la autoridad sino también, en la responsabilidad.
 - e)** Es necesario regular otras formas de ejercer la tenencia de los hijos, siempre y cuando se analice y evalúe previamente cual es la mejor manera de relacionarse con los hijos, que fortalezca y desarrolle el vínculo parental; adoptando en el ámbito extrajudicial o judicial el modelo de tenencia más beneficiosa para el menor, teniendo en cuenta las necesidades, características y deseos del menor.

2. FUNDAMENTACIÓN

a) Introducción

Actualmente nuestra Ley regula el tema de Tenencia de los hijos de manera unipersonal-art. 264 inc 2 CC- la cual surge cuando los progenitores deciden separarse o divorciarse, y como consecuencia de éste hecho el menor necesariamente debe convivir con alguno de los progenitores, ya sea que dicha convivencia se establezca por el acuerdo de los padres o por decisión judicial.

Por otro lado, la ley en el art. 264 CC pone en cabeza de ambos padres no solo la titularidad del derecho de patria potestad, sino también su ejercicio.

Frente a la ruptura del matrimonio, el art. 264 inc. 2 CC plantea un régimen de tenencia en cabeza de un solo progenitor, con quien generalmente convive el

menor y es el encargado de la formación, educación y estabilidad emocional del hijo; mientras que el otro progenitor no conviviente y dado la posibilidad de formar una nueva familia, se halla menos predispuesto al contacto con sus hijos, produciéndose un incumplimiento de sus obligaciones-deberes parentales. El hijo sufre un abandono emocional en su relación parental.

Actualmente, la ley 26.618 no ha introducido reformas en relación al régimen de tenencia, el cual continua siendo uniparental; en relación al criterio de atribución, en los casos de matrimonios de distinto sexo, la tenencia se otorga preminencia a la madre (en caso de tratarse de hijos menores de cinco años) mientras que en los matrimonios del mismo sexo, el criterio de atribución de la tenencia quedará determinada por “el interés superior del niño”, siempre y cuando no exista un acuerdo de los progenitores.

En ambos casos la tenencia sigue siendo unipersonal también para los matrimonios homosexuales. La reforma sólo revela que en la legislación actual no se contempla otras formas de ejercer la tenencia.

El tema de plantear un nuevo modelo de tenencia a partir de regular la **tenencia compartida** en aquellas parejas separadas o divorciadas, se encuentran en artículos y sentencias aisladas, que no permite su inserción en el ordenamiento jurídico actual. Nuestra Constitución Nacional ha incorporado, mediante la reforma Constitucional del año 1994, en el art. 75 inc. 22, Tratados y Convenciones Internacionales que tienen jerarquía constitucional; por ejemplo **“La Convención de los Derechos del Niño”** – prestando atención primordial al **Intereses Superior del Niño**.

Ahora bien, los interrogantes son: ¿La tenencia uniparental hoy en día regulada en nuestro ordenamiento jurídico tiene en cuenta el intereses superior del niño?, ¿Se tiene en cuenta la relación familiar entre los progenitores?, ¿Se protege los lazos familiares?. Si la patria potestad es un derecho que se ejerce en forma conjunta e indistinta entre los progenitores durante el matrimonio; ¿Porqué dicha situación tiene que cambiar cuando los progenitores deciden separarse o divorciarse?, ¿Porqué la tenencia no puede ejercerse en forma conjunta durante y luego de disuelto el matrimonio?.-

Los hijos son de la pareja, por lo tanto el derecho de tenencia debe ser de ambos progenitores, resulta absurdo otorgar prioridad a uno de los progenitores, además de ser fundamentalmente un derecho del hijo en su relación parental.-

La tenencia compartida como un nuevo modelo no solucionará muchos de los conflictos que se suscitan en la relación de los progenitores con sus hijos, sin embargo, permitirá que exista una relación familiar mas justa, adecuada a los tiempos que corren. La necesidad urgente de la articulación e integración de los nuevos paradigmas del derecho de familia es consecuencia de los cambios que ha sufrido el ordenamiento jurídico desde la sanción del código civil y sus reformas posteriores.

b) Tratamiento del Régimen de Patria Potestad – Tenencia en el ordenamiento jurídico actual

Patria Potestad

La Patria Potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.

Su ejercicio corresponde:...2° En caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad del matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación. (Inciso sustituido por art. 2° de la Ley N° 23.515 B.O. 12/6/1987.)...

El régimen legal actual establece un sistema de ejercicio de la patria potestad combinado e indistinto, es decir, en principio el ejercicio de dicho derecho corresponde de forma conjunta a los progenitores; ya sean que los hijos sean matrimoniales o extramatrimoniales; siempre y cuando convivan bajo el mismo techo.

El problema se suscita en el caso de que los cónyuges deciden plantear separarse de hecho, la separación personal o el divorcio vincular; que se otorga a uno de los progenitores la tenencia de los hijos, que generalmente es quien convive con ellos, mientras que al otro progenitor se le otorga un régimen de visitas, mediante el cual puede mantener una comunicación con los hijos y supervisar su educación.

El inc. 2 del Art. 264 CC confunde el alcance del ejercicio del derecho de patria potestad, aquel derecho cuyos titulares son los progenitores y el cual no debe ser vulnerado por situaciones ajenas a los hijos y propias de la convivencia de la pareja. Otorgar a uno de los progenitores la tenencia y al otro un régimen de visitas es limitar el derecho de patria potestad y su ejercicio, desdibujando el marco normativo conceptual de aquel. Donde uno de los progenitores (ya no podemos hablar de padre y madre frente a la reforma del Código Civil mediante la Ley 26.618) ejerce la patria potestad con mayor amplitud que el otro, que generalmente es la madre quien debe encargarse del desarrollo, educación y sostén emocional como económico de los hijos; produciendo una ruptura, desvinculación parental entre el progenitor no conviviente y los hijos, lo que conlleva a antagónicos conflictos en las relaciones familiares. Ésta limitación no solo la sufre el progenitor que no convive con los hijos, sino que son los propios hijos quienes la padecen, vulnerando el vínculo filial y personal entre ellos. Si aceptamos que la patria potestad es un derecho que ejercen ambos progenitores en forma conjunta e indistinta, el alcance y efectos en los vínculos familiares mediante la aplicación del inc. 2 del art. 264 confronta con la concepción de patria potestad.

Es por todo lo expresado que el ejercicio de la patria potestad es un derecho-deber independiente de la convivencia de los progenitores con sus hijos, es un derecho-deber que va más allá de las circunstancias que se suscitan en la vida y relación afectiva de los progenitores.-

c) Opinión de la Doctrina y Jurisprudencia

La Doctrina y Jurisprudencia mayoritaria en Argentina, sostienen que la tenencia debe ser otorgada unilateralmente, en los casos de divorcio o separación. Se entendió inconveniente que ambos progenitores pudieran ejercer la tenencia en forma alternada o compartida y, en todo caso, debía ser una solución de carácter excepcional, habida cuenta que significaba someter a los hijos menores a dos regímenes de vida distintos y en forma alternativa, con posibles incidencias en su educación y futura formación. Así se sostenía que el sistema vulneraba el buen orden, la claridad en las consignas diarias, el sentido de pertenencia y estabilidad que necesariamente requiere un menor para su mejor y más completo crecimiento.

Sin embargo, el mencionado criterio ha sido cuestionado, surgiendo otra corriente, estableciendo otra forma de tenencia, basados en disciplinas como la sociología y la psicología, la cual consiste en “**reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, sus recursos, posibilidades y características personales, responsabilidades y deberes**”. Se trata del cuidado de los hijos concedido a los padres basados en el respeto e igualdad. Se trata en éste sistema de tenencia promover la coparantabilidad, dando respuesta a una realidad sociológica del grupo familiar de nuestro tiempo, dado que las funciones de cuidado de los hijos ya no esta a cargo de la mujer, sino de ambos padres, dado que la responsabilidad afectiva y física es compartida.

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

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

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

En las **Jornadas Nacionales de Derecho Civil**, realizadas en Bs.As., el 25 y 26

de septiembre de 2003, en la **Comisión nº 5** sobre el tema : **“La autonomía de la voluntad en las relaciones entre padres e hijos”** se resolvió puntualmente sobre este tema: **1.-“Los acuerdos de tenencia compartida no violan el orden público, sin perjuicio del control judicial en cada caso concreto relativo al respeto de los derechos constitucionales de las partes involucradas. La función estatal a través del órgano jurisdiccional debe limitarse a controlar que el interés del menor de edad sea el que prive en dichos acuerdos”.**
Mayoría (40 votos)

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

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

Actualmente la mayoría de la jurisprudencia entiende negativo que los progenitores gocen de la tenencia compartida, aplicando sólo la regla de la tenencia unilateral, regulada por la ley, mediante la homologación de los acuerdos presentados por los progenitores o por decisión del juez. En los últimos tiempos existen acuerdos homologados de los progenitores que satisfaciendo el interés filial, resuelve la tenencia compartida. A su vez, la Jurisprudencia ha elaborado en el transcurso del tiempo, pautas para la atribución de la tenencia que tienden a preservar el interés superior del niño y se resumen en los siguientes ítems: 1.-El mantenimiento del lugar físico, la situación existente, el barrio y la escuela. 2.-La improcedencia de innovar sobre estados de hecho consolidados, salvo poderosas razones que así lo aconsejen. 3.-La preservación de la convivencia con los hermanos para no distorsionar el grupo familiar. 4.-Las incidencias de factores económicos. 5.-La edad, condiciones de vida materiales y espirituales de los progenitores. Todas deben ser analizadas y valoradas por el juez, sin perder de vista el interés superior del niño, buscando el justo equilibrio. 6.-La opinión del niño, es un deber para el juez oírlo, cuando la edad lo permita, por ser la persona sobre cuya existencia va a tomar decisiones trascendentales. Para valorar esa opinión debe tenerse en cuenta la edad, su madurez emotiva, la autenticidad de sus conceptos, etc.

d) Tenencia VS Régimen de Visitas

En el sistema legal actual la Tenencia vs. Régimen de Visitas se ponen en práctica cuando los progenitores deciden poner fin a su vida matrimonial mediante una acción judicial de separación personal o divorcio vincular, lo cual conlleva a decidir sobre la manera en que continuará la relación entre los progenitores y los hijos.

En éste sentido el nuevo texto de art. 206 del CC establece: **“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 (5) 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”.

Plantea el Dr. Néstor Solari en éste sentido, la reforma del art. 206 del código civil mediante la Ley 26.618/10, mantiene un sistema de tenencia unipersonal, para aquellos progenitores que se hallaban casados, sean éstos matrimonios heterosexuales y homosexuales. Sin embargo, el criterio de atribución de la tenencia difiere, según se trate de un matrimonio heterosexual o un matrimonio homosexual. En el primer caso, la tenencia se le otorga a la madre; en el segundo caso, según resulte más conveniente al interés superior del niño, a falta de acuerdo. Como se advierte, no hay ningún cambio sustancial en la materia, sino solamente una contemplación expresa para el caso de matrimonios del mismo sexo, señalándose que el criterio de atribución de la tenencia lo será en atención al interés superior del niño.

La única finalidad de la reforma fue incluir a los matrimonios del mismo sexo al régimen de tenencia unipersonal ya establecido, sin someter a un análisis más profundo el régimen de tenencia vigente, donde se permita regular otro modelo de ejercer la tenencia de los hijos, siempre y cuando se determine que otra manera de relacionarse con el niño/a sea lo más beneficioso para el desarrollo de la relación parental y familiar.

Siempre debe imperar en estos casos la decisión más conveniente de acuerdo a los intereses de los niños, aquello que sea más beneficioso y coherente en el desarrollo de la relación entre progenitores y sus hijos. Es por ello, si tenemos en cuenta el Interés superior del niño, no podemos dar un marco igualitario a los matrimonios heterosexuales y homosexuales, porque son circunstancias diferentes que requieren una regulación especial, atendiendo a las particularidades y necesidades en cada caso.

Mientras no exista un cambio sustancial en el ordenamiento jurídico en relación a éste tema y solo hagamos agregados de situaciones que pueden ser contempladas de la misma manera, se producirán contradicciones legales.

Los tratados Internacionales con jerarquía constitucional – reforma constitucional del año 1994 – plantean que el derecho-deber de la patria potestad debe ser ejercido por ambos padres-progenitores, aun se hallen separados. En éste sentido, entendemos que para éste caso la tenencia compartida como modelo de ejercer la patria potestad de forma conjunta es aplicable tanto a matrimonios heterosexuales como homosexuales que se encuentren separados o divorciados.

El derecho de igualdad entre el hombre y la mujer, el intereses superior del niño son pilares de los tratados internacionales con jerarquía constitucional los cuales

no podemos dejar de lado, porque de lo contrario estaríamos legislando contradiciendo la pirámide constitucional sobre la cual se estructura y regula el ordenamiento jurídico argentino.

e) Conclusiones y Propuestas

Adoptar un modelo de Tenencia compartida en aquellas familias donde los progenitores se encuentran separados o divorciados judicialmente implica asumir la responsabilidad parental en forma compartida entre la madre y el padre, entre las comadres o los copadres, es decir, participar ambos progenitores del cuidado físico, psíquico, la educación de los hijos, independientemente de con quien convive el menor. Éste modelo permitirá que exista una mejor comunicación y relación personal no sólo entre los progenitores sino también entre éstos y los hijos; de lo contrario, un modelo de tenencia uniparental el progenitor no conviviente que tiene el derecho a un régimen de visitas, donde el vínculo con el menor se reduce a una relación de visitas esporádicas, no permiten crear y desarrollar un vínculo parental donde se comparta cosas de la vida cotidiana.

En el I Encuentro Nacional de Jóvenes Abogados en Derecho de Familia se manifestó que el cuidado compartido admite varias modalidades: tenencia alternada, y residencia permanente en una sola casa, pero con decisiones de crianza absolutamente compartidas. De ésta manera, estimó definitorio el concepto de participación, que se predica respecto a todas las decisiones atinentes a la crianza del niño. Éste modelo define en mejor medida lo que prescribe el art. 9 de la Convención de derecho del niño. Mantener el ejercicio compartido de la patria potestad significa sostener la conciencia de los progenitores, la responsabilidad que sobre ambos pesa respecto del cuidado y educación de los hijos, que en definitiva es el fin querido por la ley: procurar el interés superior del niño y la integridad de la familia, preservar las relaciones familiares.

En éste sentido, adoptar un régimen de tenencia compartida permitirá regular el ejercicio de la patria potestad de una manera mas armónica y adecuada con los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional; sobre todo es un medio que permite preservar los vínculos entre los hijos y sus padres; sin perjuicio de lo que han reconocido los tribunales en relación al modelo de tenencia compartida, se requiere también de la voluntad y compromiso de los progenitores para que la reforma legal se lleve a cabo.

Salzberg señala que el ejercicio compartido de la patria potestad no implica necesariamente tenencia alternada sino asunción compartida de autoridad y responsabilidad en relación a todo cuando concierna al niño y, en definitiva, el respeto de su derecho a continuar contando afectivamente y realmente, con un padre y una madre.

Finalmente, la Dra. Highton de Nolasco plantea que en función de los cambios legislativos introducidos por las leyes 23.264, admite posible los acuerdos que

celebren los padres sobre éste punto. Es innegable que cuando ambos padres solicitan la tenencia compartida, una vez producida la ruptura, este sistema es el que mejor asegura la permanencia de ambos progenitores en atención de los hijos. Se resguarda mejor los roles paterno y materno que redundará en beneficio de los menores, colocándolos en un pie de igualdad, evitando los tironeos que implica colocar a uno de ellos como titular de la custodia o tenencia y al otro como beneficiario del régimen de visitas.

Es necesario regular otras formas de ejercer la tenencia de los hijos, siempre y cuando se analice y evalúe previamente cual es la mejor manera de relacionarse con los hijos, que fortalezca y desarrolle el vínculo parental; adoptando en el ámbito extrajudicial o judicial el modelo de tenencia más beneficiosa para el menor, teniendo en cuenta las necesidades, características y deseos del menor.