

EL CUIDADO DE LOS HIJOS EN LOS CASOS DE SEPARACION DIVORCIO O NULIDAD DE MATRIMONIO.

Constante aumento divorcios y rupturas de pareja

- El destino de la infancia queda afectado si no se garantiza la responsabilidad de los padres cuando no hay convivencia
- Estrategia: consolidación del principio de coparentalidad no obstante la desunión de los padres

PORQUE ES IMPORTANTE EL TEMA PARA LOS ABOGADOS

- Porque gran parte de los procesos de familia son divorcios
- Porque en estos divorcios, el mayor número de conflictos se refiere a la relación con los hijos: tenencia, comunicación, alimentos
- Porque los abogados tienen una importante misión social: cooperar para que en la etapa crítica de la separación de los padres se atenúen los conflictos que tanto dañan a los padres y a los niños o adolescentes.
- Denominación inadecuada. Reemplazar por " responsabilidad parental". El lenguaje influye en las creencias e incide en las conductas y actitudes.
- No es un poder , es una función en interés del hijo (Art.18 CDN) que se encuentra en cabeza de ambos progenitores
- Qué dice el art.264 C.C- Es un conjunto de derechos y deberes para la protección y formación integral de los hijos (art. 264 CC). Las decisiones de los padres deben favorecer el interés superior del hijo(art.18 CDN.)

EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

- Durante la convivencia ejercicio conjunto de la responsabilidad parental.
- Después de la separación o divorcio, en cabeza de quien ejerce la tenencia (art.264, inc.2 CC)
- Guardador define los actos de crianza y educación. Otro progenitor: derecho de comunicación con el hijo-El derecho de controlar su educación. Desde afuera como un extraño a la relación
- Contraría art. 18 CDN y CEDAW

TENDENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO

- Ejercicio conjunto de la patria potestad tanto durante la convivencia o cuando viven separados(Paraguay, Brasil, Uruguay, Venezuela, Francia, España).
- En caso de separacion, el ejercicio en cabeza de quien asumió el cuidado del hijo (Bolivia, Perú, Chile, Argentina)
- En algunos de estos países ,sin embargo, las partes pueden apartarse de esta regla como en la Argentina donde se admiten acuerdos ejercicio compartido. Los abogados deben propiciarlos porque tienen un alto valor simbólico-no hay exclusión.

Encuentro de Derecho de familia en el Mercosur, 2006

En caso de que los padres no convivan debe mantenerse el ejercicio de la responsabilidad parental en cabeza de ambos progenitores, ello sin perjuicio de que por voluntad de las partes o decisión judicial, en interés del hijo, se atribuya el ejercicio de la función a sólo uno de ellos"

JURISPRUDENCIA

Mantener el ejercicio compartido de la patria potestad significa sostener en la conciencia de los progenitores la responsabilidad que sobre ambos pesa respecto del cuidado y educación de los hijos, no obstante la falta de convivencia; preserva el fin querido por la ley de que no sea uno sino ambos padres quienes tomen las decisiones, expresa o tácitamente, atinentes a la vida y patrimonio de los hijos"

(CNCiv,Sala F, 23/10/87,LL,1989-A-95; CNCiv.Sala D, 21/11/95, La Ley, 1996-D, p.678.
CNCiv., Sala J, 24/11/98, J.A 1999-IV-603)

LA TENENCIA UNIPERSONAL

Cuestión terminológica: "tenencia": "posesión corporal de una cosa".Otras expresiones: "tener al hijo consigo"- "convivencia con el hijo", "Cuidado personal del hijo"

- Guardador define los actos de crianza y educación, salvo oposición.Otro progenitor: trato con el hijo-derecho de supervisión educación
- Derecho de los padres de fijar el sistema. El limite de esta libertad es el interés del hijo. Si no llegan a un acuerdo se le otorga el cuidado del hijo a quien el juez considere mas idóneo, de ordinario en cabeza de la madre. Cuando son menores de cinco años la ley privilegia a la madre

PREFERENCIA MATERNA

MERCOSUR: preferencia materna variando la edad: Paraguay, Uruguay, Venezuela, Perú, Chile, Argentina .La preferencia se extiende de 2 a 12 años e incluso sin límite de edad.

- Siempre que no sea perjudicial para el hijo.
- No es admisible discriminación en función del sexo, sin perjuicio que la justicia considere la edad como un elemento relevante.
- Debe rechazarse presunciones abstractas de ineptitud-Analizar cada caso en función del interés del niño. Debe evitarse discriminaciones por razones religiosas, políticas o ideológicas, siempre que no afecten el interés del niño.

CONFLICTOS

- No se deslinda la responsabilidad parental de la relación de pareja. Disputa entre los padres: guarda, comunicación con el hijo o alimentos
- El niño objeto de pertenencia. Constituye un claro supuesto de maltrato infantil cuando se los utiliza "como objeto de presión, chantaje, hostigamiento o retención arbitraria en los conflictos familiares" (Código Niñez Bolivia)

DERECHO DE COMUNICACIÓN CON EL HIJO

- El derecho del hijo a tener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si fuese contrario al interés del hijo (art.9 CDN).
- El derecho no sólo consiste en encuentros periódicos, las llamadas "visitas". Implica el derecho a una posición activa de la función.La tarea formativa reclama un trato más asiduo, acciones e intercambios indispensables para profundizar los vínculos afectivos
- En caso negativa del hijo funciona en la justicia la visión rehabilitadora mediante intervenciones terapéuticas

FALLO

Resulta lesivo a los derechos del niño compelerlo por vía violenta a tener trato con el progenitor .La visita forzada o la imposición de una convivencia conflictiva, contraría los deseos del hijo de manifestar sus verdaderos afectos CNCiv.Sala E, 20/2/89,ED,136-685; CNCiv.Sala C,25/10/94; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K- Ordena una intervención terapéutica-4/5/2006.

OBSTRUCCION DEL PROGENITOR

- Todos los países de la región toman diferentes medidas.
- En la Argentina: intimación bajo apercibimiento de sanciones pecuniarias (666 C.C.)- Sanciones penales
- Posibilidad modificar el régimen de guarda (Argentina, Paraguay, Uruguay)
- Daños y perjuicios. Conducta antijurídica que puede causar daño al hijo y al progenitor

TRIBUNAL COLEGIADO DE FAMILIA N° 5 DE ROSARIO (Santa Fe) - 12/06/2006

- El impedimento de contacto entre el progenitor y su hijo configura una violencia psíquica e importa desconocer el mejor interés del menor contemplado en la CDN
Se ordena la retención de la mesada alimentaria prohibiéndole el retiro de la misma a la madre hasta tanto cumpla con la decisión donde se fija el régimen de visitas., haciéndose saber que de existir nuevos incumplimientos se podrá modificar el ejercicio de la guarda del niño."

DAÑOS Y PERJUICIOS:

El progenitor tenedor que no cumpla con el fundamental deber moral y jurídico de no obstaculizar , sino mas bien de favorecer la participación del otro progenitor en la crianza y vida afectiva del niño es responsable del grave perjuicio que sufre el progenitor no conviviente al no poder realizar plenamente la relación parental. Se fija una indemnización en concepto de daño moral-5/11/04-Trib. Monza, Italia

DAÑOS Y PERJUICIOS DE QUIEN TIENE A SU FAVOR EL DERECHO DE COMUNICACIÓN

- Corresponde admitir la demanda de una madre , que en representación de su hijo extramatrimonial solicita la fijación de un régimen de visitas para que el padre tenga contacto personal y directo con el niño (CCiv. Com. y Lab. Reconquista, 16/08/01, LLLitoral, 2002-172.
- Daños y perjuicios-No se pretende resarcimiento por el desamor, pero corresponde si se traduce en incumplimiento de deberes.

FALLO DEL URUGUAY

Cámara civil Montevideo, 3 de mayo 2006

- 1.-El el demandado ha infringido deberes de protección y asistencia derivados de la patria potestad, cuyo cumplimiento inadecuado e insuficiente determina su responsabilidad civil de naturaleza extracontractual. Se fija daño moral
- Se probó:
- Conducta abandonica del padre, su profesión- diplomático- no justificaba esta conducta .Desinterés en los estudios del hijo, estado de salud, falta de comunicación (cumpleaños- fiestas tradicionales, llamadas).

- Los estudios psicológicos demostraron un daño en la psiquis del hijo. Estaba probado que la madre intentó contribuir a una mejor relación.

INCONVENIENCIA TENENCIA UNIPERSONAL

- Desvincula al hijo de uno de los progenitores, generalmente el padre
- El hombre, convertido en un padre "intermitente", poco a poco se distancia de sus hijos y deja de lado su responsabilidad alimentaria. Investigaciones confirman
- La madre agobiada por las tensiones psíquicas, que afronta en soledad la crianza y manutención de sus hijos.
- Todos los protagonistas son víctimas de esta interacción perniciosa, lesiva a los derechos del niño

EL CUIDADO COMPARTIDO. DISTINTAS MODALIDADES

- Modalidades del sistema compartido
- 1.-La llamada tenencia alternada
- 2.-El hijo reside de manera principal en un hogar y comparten decisiones y distribuyen labores de crianza
- Cualquiera fuere la extensión, su sola expresión asume el valor de un compromiso de ambos padres. No es lo mismo que las "visitas" amplias.

DEFINICION JUDICIAL

- "La tenencia compartida o alternada podrá articularse mediante convenios a través de los cuales los interesados buscan compartir de una manera mas o menos igualitaria el trato y responsabilidad respecto de la formación educativa de los hijos, destacándose la participación de ambos padres en la ejecución de los atributos emergentes de la patria potestad, con el objetivo de garantizar el contacto permanente del menor y de brindar un modelo de organización familiar que se asemeje a la familia intacta" (ST Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, 8/10/97, LL, 1998-F, 569)

DERECHO COMPARADO

- Se admite por acuerdo de partes o decisión judicial en interés del niño (España, ley 2005, Francia, art.373-2-9; Uruguay, art.177) .Primera opción en México, Estados Unidos, Suecia.
- Conferencia Internacional sobre la Igualdad Parental, Langedac (1999,Francia) Acuerdo de los delegados: *"la custodia compartida representa los mejores intereses de los niños, los padres y la sociedad en general"*. Se consideró que su promoción, constituía una prioridad que debería contar con el apoyo de las instituciones gubernamentales de cada país.

¿QUE PASA EN LA JUSTICIA ARGENTINA?

- ❖ Se homologan los acuerdos, siempre que no afecte el interés del niño. Los padres son los que están en mejores condiciones de definir si puede ser cumplido. Siempre se debe escuchar al niño o adolescente para definir su mejor interés (C.N.Civ., Sala D, 1998, J.A, 1999-IV-603, "La Ley" , 1999-D4-77;) ;CNC,SALA H - 28/04/2003).

EL RECHAZO DEL SISTEMA EN EL PASADO

NO SE HOMOLOGABAN LOS ACUERDOS :

- La conducta de los cónyuges no merecía confianza-Incompatible con el divorcio. La comunicación de los padres debía ser necesariamente conflictiva.
- Se lesiona la estabilidad del niño
- Necesidad de unidad de criterio en la educación.

EL PENSAMIENTO DE LOS JUECES HOY

- Al convivir el hijo con cada uno de los padres, éstos quedan equiparados en cuanto a la organización de su tiempo, vida personal y profesional (igualdad)
- Desaparecen los padres periféricos. Se garantiza el mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas.
- Disminuyen el impacto traumático del divorcio en los hijos y su sentimiento de abandono
- Crea un clima donde el niño siente que no pierde a ninguno de sus progenitores.
- Atenúa el sentimiento de pérdida de quien no tiene la guarda estimulando las responsabilidades del progenitor no guardador. Previene el desentendimiento de las necesidades materiales del niño

POR IMPOSICION DEL TRIBUNAL

- Por decisión del tribunal, en función del interés superior del niño. Aún cuando las partes pidieron la tenencia exclusiva, con oposición del otro. CCiv. y Com. Azul, Sala I, del 8/5/2003, LLBA, 2003-997; Sala II, del 4/6/2001, LLBA, 2001-1425; fallo CNC, Sala B, 28/11/07
- Para superar una situación conflictiva entre los padres.
- Cuando no existen elementos para decidir en forma definitiva. Ninguno de los padres había acreditado mayor idoneidad que el otro.

FALLO: NI VENCEDORES NI VENCIDOS

- La tenencia compartida que se propicia no debe ser interpretada como una derrota de la demandada. Las nociones de "vencedor" y "vencido" no corresponden con la naturaleza de estos procesos, la realidad es que tal tipo de guarda que se decide permitirá aligerar jurídicamente las cargas que hoy sustancialmente pesan sobre la madre de los niños, al incorporar al padre como co-responsable visible en el manejo de todo lo que hace al quehacer diario de los hijos comunes. Tampoco es indispensable un "código común de educación" entre los padres, bastando a tal efecto que medie un mínimo de compatibilidad entre los distintos puntos de vista (CNC, sala B, 28/11/07).

OTRO FALLO

- Corresponderá entonces la residencia dividida de los niños en forma alternada en el domicilio de cada uno de sus padres, de lunes a viernes en el del padre, y de viernes a lunes en el de la madre, atribuyendo el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental a ambos progenitores (arts. 3, 5, CDN)-SCBA, 5/12/2007
- De tal modo, se aventa el preconcepto existente en torno a que quien no tiene la tenencia de los hijos es un mero supervisor, un tercero ajeno a la relación que vigila si la tarea conferida se lleva a cabo adecuadamente. "Corresponde la residencia dividida de los niños en forma alternada en el domicilio de cada uno de sus padres, atribuyendo el ejercicio conjunto de la

responsabilidad parental a ambos progenitores (arts. 3, 5, 9 CDN (Cam.Apel.Civ y Com,Dolores) 18/3/2008)

A LA LUZ DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

- La lógica de la participación enaltece principio igualitario-igualdad de oportunidades.
- Se concilia mejor con los cambios en los roles sociales en función del sexo.
- La importancia de la figura paterna en la socialización del hijo. “Estudios recientes sobre desarrollo infantil temprano señalan que un padre afectivamente cercano y disponible es un factor protector y promotor de la autoestima y de la confianza personal para con niños y niñas.
- Se cumple en mejor medida el art.9 CDN

NO ES UNA PROPUESTA DOGMATICA

- SE LEGITIMA UN MODELO ALTERNATIVO, FRENTE AL SISTEMA YA “NATURALIZADO” DE UNA GUARDA UNIPERSONAL. Papel educativo de la ley
- Su puesta en práctica habrá de confirmar la conveniencia del sistema. Los acuerdos o resoluciones no causan estado.
- No siempre posible: distancia, trabajo, falta vivienda, niños muy pequeños. Cada familia debe encontrar su propio camino
- Necesidad de políticas sociales que permitan conciliar trabajo con responsabilidades familiares y la vivienda
- Podrá truncarse la vida amorosa de los padres, pero su unidad como pareja de progenitores constituye un lazo perenne que se inscribe en la continuidad social. Desde la mirada del niño, su interés es “ no divorciarse de ninguno de sus padres” , no perder sus ademanes, ni su brújula, ni su calor.