

(S-3163/10)

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1º.- Modificase el artículo 206 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Art. 206: Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviesen hijos de ambos a su cargo se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de la patria potestad. El cuidado personal de los hijos menores de edad será unipersonal o compartido. Unipersonal es cuando se atribuye a uno solo de los progenitores y es compartido cuando la ejercen ambos conjuntamente.

A pedido de ambos padres, uno de ellos, o de oficio, el Juez deberá otorgar el cuidado compartido de los hijos a ambos progenitores como primera alternativa, salvo que ello sea perjudicial para el hijo.

Este criterio será extendido a los efectos del otorgamiento de la guarda provisoria a que se refiere el art. 231.

Art. 2º.-Incorporase al Código Civil el siguiente artículo:

Art. 206 bis: En el supuesto de que el cuidado personal del hijo le sea atribuido a uno solo de los progenitores será preferido el que sea más idóneo para ejercerla. A tal efecto, se privilegiará a aquél que asegure al hijo del modo más amplio el derecho a mantener un trato de manera regular con el otro progenitor.

Art. 3º.-Incorporase al Código Civil, el artículo siguiente:

Art. 206 ter: En caso de desacuerdo entre los progenitores, el hijo siempre será oído y se valorará su opinión de acuerdo a su grado de madurez.

Art. 4º.-Modificase el inc 2 del art. 264 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Inc. 2: En los casos de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores en forma conjunta, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 206.

Art. 5º.-Modificase el inc. 5 del art. 264 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Inc. 5: En el caso de hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos padres en forma conjunta, convivieren o no, en los mismos términos que lo dispuesto en el inc. 2.

Art. 6º.-Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Lucía B. Corpacci.- Ada M. Maza.- Blanca Osuna.- Nicolás A. Fernández.- Liliana Fellner.-

FUNDAMENTOS

Señor Presidente:

Proponemos introducir la tenencia compartida o cuidado compartido en nuestro ordenamiento jurídico, ya receptado por nuestros tribunales. En el régimen actual, el principio general es que mientras los padres conviven, su ejercicio es compartido por ambos, en cambio cuando cesa la cohabitación se adopta el principio del ejercicio unilateral de la patria potestad.

El art. 206 del Código Civil recepta el cuidado de los hijos en cabeza de uno solo de los padres, es decir la tenencia o cuidado unipersonal cuando los progenitores se separan o divorcian. Este criterio ha ido evolucionando en la doctrina y la jurisprudencia hacia la conveniencia del hijo de contar con ambos progenitores en responsabilidades y deberes. Se trata de que los hijos cuenten con sus padres en la crianza en un marco de igualdad y respeto.

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

Mientras la familia permanece unida, el hijo disfruta de ambos progenitores. La ruptura crea una nueva estructura y la responsabilidad parental se concentra en apenas uno de los padres, quedando el otro reducido a un papel secundario.

La reforma propuesta pretende que así como se comparte la patria potestad mientras la familia permanece unida, se comparta también el ejercicio de la responsabilidad parental y el cuidado personal de los hijos estando separados, siempre que no se perjudique el interés superior del niño.

La tenencia compartida “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” (Schneider, Mariel, LL. 2001-1446).

Uno de los padres puede convivir con el hijo, pero el otro participa activamente sobre su vida, sobre la educación, salud, estudios, recreación, religión, etc.

Esta modalidad hace posible que la crianza de los hijos sea decidida y ejercitada en forma igualitaria por ambos padres. Es decir que ambos ejerzan sus derechos y deberes respecto a sus hijos teniendo en cuenta su interés superior y la igualdad que debe existir entre hombres y mujeres.

En este orden de ideas, la Dra. Cecilia Grosman sostiene que la rigidez en el mantenimiento de la tenencia unipersonal restringe la idea de que, para la formación del menor, resulta necesaria una real y profunda vinculación con ambos padres (En "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia" LL, 1984-B-806).

"La tenencia compartida se verifica cuando fácticamente se produce una alternancia en la guarda material y se brinda a los hijos-al menos en lo tiempos que pasan con cada progenitor-la satisfacción de todas sus necesidades. Ello en la inteligencia de que en estos casos se excede con amplitud el mero contacto esporádico de una salida de esparcimiento como tiene lugar cuando se lleva a cabo la típica "visita" paterno-filial...la tenencia compartida alternada deber ser alentada pues, resulta posible neutralizar en gran medida uno de los efectos negativos emergentes de la quiebra de la convivencia, como es el sentimiento de "pérdida" que, con la guarda unipersonal, padecen los hijos y el progenitor no custodio".(O.J.M. c/ V.M.P. s/ tenencia de hijos, CNC, 21-11-07).

Las formas de lograr la tenencia o cuidado compartido son: 1º) Por acuerdo de ambos progenitores; 2º) Por petición de uno solo de los padres; 3º) Por decisión judicial, sin pedido de parte; 4º) Cuando la ley lo establece.

En este sentido, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Buenos Aires los días 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:

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

2º.-“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).

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

La continuidad de la convivencia del menor con ambos padres, es indispensable para el desarrollo emocional saludable del mismo. Por ello, la tenencia unipersonal ha quedado desactualizada. Como la preferencia de la madre para la guarda, ha sido criticada como abusiva y contraria a la igualdad entre los géneros.

El Segundo Encuentro Regional de Derecho de Familia en el MERCOSUR del año 2006, estableció pautas de armonización legislativa para los países del MERCOSUR y asociados, en el tema “La guarda de los hijos después del divorcio” llegó a las siguientes conclusiones:

1.- Cuestiones terminológicas: Reemplazar la expresión “patria potestad” por “responsabilidad parental”. Tenencia o custodia de los hijos por “cuidado personal de los hijos” o “convivencia con los hijos”. La expresión “visitas” por “comunicación con los hijos”.

2.- En caso de que los padres no convivan debe mantenerse el ejercicio de la responsabilidad parental en cabeza de ambos padres, 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 o se establezcan distintas modalidades en cuanto a la distribución de tareas. Igualmente podrá establecerse el ejercicio unipersonal si se acreditare un “serio desentendimiento del hijo por parte de uno de los padres”.

3.-En el modelo armonizador debe consignarse que la voluntad de los padres es prioritaria para decidir el régimen de convivencia con el hijo, ya sea el cuidado unipersonal del hijo o el cuidado compartido, salvo que tal acuerdo lesione el interés del niño o adolescente.

4.-Deben propiciarse los acuerdos de “cuidado compartido” del hijo y plantearlo como alternativa preferencial en los ordenamientos legales teniendo en cuenta el derecho del niño a la responsabilidad de ambos padres en su crianza y educación, consagrado en los arts. 9 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Es conveniente, en principio, contar con el acuerdo de los padres. Sin embargo, pueden darse circunstancias por las cuales resulte apropiado que el juez disponga el régimen de cuidado compartido en interés del niño.

5.-Aún cuando se considere el cuidado compartido del hijo como la opción mas beneficiosa para el grupo familiar, como no siempre es posible o conveniente arribar a esta solución, no sólo los padres podrán acordar el cuidado unipersonal del hijo, sino también podrá decidirlo el tribunal si en función de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta el interés del niño o adolescente, no resulte aconsejable el sistema de cuidado compartido

6.-En la atribución del cuidado del hijo de carácter unipersonal debe evitarse exclusiones fundadas en presunciones abstractas de ineptitud en razón del sexo, la religión, la orientación sexual o las preferencias políticas o ideológicas. Sólo pueden juzgarse las conductas o actividades de los progenitores en la medida que afecten el interés del niño o adolescente y repercutan en su desarrollo y formación.

7.-La preferencia materna, que aún subsiste en algunas legislaciones de la comunidad regional, constituye una discriminación en función del sexo que lesiona el derecho igualitario de ambos padres en la relación con sus hijos consagrado en los tratados de derechos humanos. Ello no impide que la edad del hijo se considere un elemento relevante a la hora de decidir con quien convivirá el niño, pero el juez debe tener la libertad de adoptar una decisión teniendo en cuenta su mejor interés en cada caso singular.

8.- Debe considerarse como un elemento relevante para acordar el cuidado del hijo cuál es el progenitor que facilite de manera amplia la comunicación y relaciones con el padre no conviviente.

9.-Es necesario consignar en forma expresa que el régimen de comunicación con los hijos no sólo consiste en encuentros periódicos, sino que, al mismo tiempo, implica el derecho del padre a participar en forma activa, conjuntamente con el progenitor que convive con el hijo, en la función de crianza y educación.

10.-En los casos de obstrucción al régimen de comunicación del progenitor con sus hijos, sin perjuicio de las sanciones civiles o penales que se establezcan, es conveniente la implementación de un procedimiento que permita indagar las causas del conflicto planteado mediante el apoyo de un equipo interdisciplinario que oriente y ayude a las partes a encontrar una solución al conflicto planteado. Esta misma herramienta legal es preciso instrumentarla en los casos en que resulte incumplidor el progenitor a cuyo favor se estableció el régimen de comunicación.

11.- La obstrucción de la relación materna o paterna filial podrá dar lugar a que se modifique el régimen de convivencia con el hijo, salvo que ello afecte su interés.

12.-Procede la acción de daños y perjuicios contra el progenitor que obstaculiza las relaciones del hijo con el otro padre, como así también es responsable civilmente de los daños causados el progenitor que incumple injustificadamente el régimen de comunicación con el hijo.

13.- Es necesario establecer en el modelo de armonización legislativa de la comunidad regional, el derecho del niño o adolescente a relacionarse con familiares u otras personas con las cuales tienen un vínculo de afectividad que desea mantener

Cabe destacar como antecedente, el trabajo realizado por la Asociación Nuevos Padres (ANUPA), organización no gubernamental, cuyo objetivo, entre otros, es lograr que se reconozca el derecho a mantener un vínculo constante, intenso y equitativo de ambos progenitores con sus hijos, y promover la comunicación paterno-filial luego de la separación de sus padres.

Esta OGN considera que “compartir la tenencia de los hijos luego del divorcio es como mantener viva a la familia en lo referente a las redes intervencionales de resguardo que ella aporta a los niños, implica madurez por parte de los padres al separar la conyugalidad de la parentalidad. Conlleva beneficios para los hijos, madres y padres luego del divorcio”.

Asimismo, se ha tenido como antecedente la ley 11.698 del 13 de junio 2008 de Brasil, que modifica el Código Civil para receptar la guarda compartida.

El objetivo principal de este proyecto de modificación del Código Civil es garantizar los derechos del hijo a mantener vínculos parentales con ambos progenitores en caso de divorcio o separación de hecho. Como así también receptar la evolución de la sociedad incorporando la tenencia o cuidado compartido en nuestro ordenamiento jurídico.

Por las razones expresadas, solicitamos a nuestros pares nos acompañen en esta iniciativa.

Lucía B. Corpacci.- Liliana Fellner.-