

**Voces:** TENENCIA DE HIJO ~ PATRIA POTESTAD ~ TENENCIA COMPARTIDA

**Título:** Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares

**Autor:** Hollweck, Mariana Medina, Graciela

**Publicado en:** LLBA2001, 1425

**Fallo comentado:** - Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II (CCivComAzul)(SalaII) ~ 2001/06/04 ~ T.: C. A. c. M., J.

**SUMARIO: I. Introducción.- II. Hechos del caso.- III. La tenencia y sus particularidades.- IV. Doctrina del Fallo.- V. Conclusiones**

### I. Introducción

La sala segunda de la Cámara Civil y Comercial de Azul, con un excelente primer voto del jurista Galdós acaba de pronunciarse en un caso que reviste particular interés, no sólo porque en el mismo se otorga el régimen de tenencia compartida, sino también, por el tratamiento que se da al tema de la procedencia de éste sistema de guarda.

Estimando que la doctrina sentada por el aludido Tribunal será en lo sucesivo considerada un leading case e inevitablemente citada, en el presente trabajo nos proponemos hacer un breve análisis sobre las modalidades de la tenencia compartida sus ventajas y desventajas. Pero previo a ello brevemente repasaremos los antecedentes de este valioso precedente.

### II. Hechos del caso

Los esposos contrajeron matrimonio el día 25 de abril de 1986 y atento la existencia de causas graves que tornaban imposible la vida en común solicitaron su divorcio vincular, que fue decretado mediante sentencia recaída en mayo de 1995.

Los progenitores obtuvieron homologación judicial del acuerdo celebrado en materia de régimen de visitas respecto de su único hijo menor, donde convenían expresamente una suerte de tenencia compartida con la finalidad de que su separación incidiera lo menos posible en la vida del menor.

En razón de haber tenido el padre que trasladarse por motivos laborales a la Ciudad de Buenos Aires por un período breve que la sentencia ubica entre diciembre de 1994 y febrero de 1996, hasta su regreso definitivo a la Ciudad de Azul y desde la separación de hecho, el niño permaneció bajo la guarda de su madre.

Una vez que el padre regresó comenzaron las controversias con relación a la tenencia del niño ya que la madre se negó a cumplir lo acordado. Esto llevó a una situación de agravada conflictividad que repercutió nocivamente en el menor, en razón de ser partícipe de toda suerte de desacuerdos y peleas.

En este marco, durante varios años los progenitores se disputaron la guarda de su hijo, habiendo promovido la madre un incidente de tenencia en el que mediara reconvencción por parte del padre en idéntico sentido. En la sentencia de primera instancia el juez de grado decidió desestimar la demanda incidental promovida por la madre al igual que la reconvencción argüida por el padre, otorgándose la tenencia de modo compartido.

La incidentista plantea recurso de apelación que da origen al fallo que comentamos en el presente trabajo.

### III. La tenencia y sus particularidades

#### a.-La importancia de las palabras

La práctica ordinaria de usar el término "menor" en el lenguaje legal, doctrinario y jurisprudencial, ha sido motivo de diversas críticas, ya que psicoanalíticamente se observó que esa noción "extraña una mentalidad retrógrada que no inspira confianza al ser humano, ni adulto ni niño, en sus relaciones con los demás"; (1) y en un plano constitucional -el principio de igualdad ante la ley- se precisó que el término de marras implica un estigma discriminatorio que cosifica al niño (2).

Tampoco son felices las palabras "tenencia" y "patria potestad" ya que no son idóneas para designar los contenidos a los que aluden.

La impropiedad de alguno de estos términos ya fue destacada por Belluscio que dice del vocablo tenencia que es un término impropio, pues parece aludir más a las cosas que a las personas (3).

La voz tenencia evidencia una relación cosificante, impropia del vínculo paterno-filial y su proyección jurídica. Sin embargo, el derecho le asigna el sentido de proximidad necesaria del padre o madre hacia el hijo que viabilice las funciones de los roles atribuidos a los progenitores por ley, expresión que no podemos modificar sin perjuicio de una propuesta en tal sentido.

Si el fin que perseguimos es la cabal defensa de los niños se hace incomprensible, entonces, ese afán legal de gran parte de los autores de reproducir expresiones que ya han cobrado un claro matiz desvalorizante.

Es decir, si hay conciencia de que, el hijo que no ha alcanzado la mayoría de edad, es un igual del adulto en

dignidad y derechos, mal podemos hacer alusión a su tenencia en la medida que lo consideramos un semejante y no un minusválido al que hay que rehabilitar (4).

Para Nora Lloveras (5) las expresiones tenencia y guarda no resultan satisfactorias para indicar el contenido del deber-derecho emergente de la patria potestad que contienen con relación a la persona de los hijos, pero existe la necesidad de usarlas, al menos de un modo convenido.

Por otra parte, las expresiones mencionadas reconocen, tanto en la ley como en la jurisprudencia argentinas -en general-, un uso indiferenciado. Así vemos como tanto en la patria potestad como en el divorcio y la separación personal, se utilizan ambas expresiones -entre otras- para designar el deber-derecho emergente de la patria potestad, cuando se trata la resolución del conflicto que plantea la crisis de los progenitores respecto de la vida cotidiana del hijo menor. (arts. 264, incs 1° y 5°, 264 bis, 265, 271, 277, 307 inc. 2°, 206, 207 inc. 2°, 231, 236 y concs. del C.C.).

Sin perjuicio de lo antes expuesto, en algunos textos se esbozan diferencias entre la tenencia y la guarda de los hijos, pero suelen diluirse en ellos, ya que se utilizan ambas nociones con idénticos sentidos para situaciones distintas.

Así Cafferata (6) estima conveniente unificar la designación introduciendo en las respectivas normas las correcciones del caso, desechando la distinción entre las mismas.

Con otra perspectiva, Belluscio (7) denomina guarda al derecho-deber de los padres de tener a los hijos consigo, analizando la tenencia de los menores en el supuesto de quiebra de la armonía de los progenitores.

Pero la doctrina nacional no ofrece, en general, una diferenciación sistemática y permanente en las utilizaciones de las locuciones guarda y tenencia, de modo que las opiniones de los autores no pueden mostrarse por medio de corrientes de pensamiento, sino de modo aislado.

La tenencia es el derecho preferente a ejercer la guarda del menor por uno de los padres, cuando se ha producido la situación de desavenencia entre los progenitores, que se concreta en la convivencia con el hijo siendo uno de los supuestos de desmembramiento de la patria potestad (8).

#### b. La tenencia compartida y sus modalidades

El deseo de compartir ambos padres -aún siendo no convivientes- lo relativo a la educación y crianza de los hijos, y en este último sentido de tener un adecuado vínculo con los progenitores, motivó que en los hechos apareciera una nueva forma de tenencia (9).

Esta innovación es la tenencia compartida, sistema que implica la participación de ambos cónyuges en la formación y crianza del hijo.

Los esposos pueden convenir la división de la guarda por ciertos períodos o bien mantener en cabeza de uno de ellos la custodia física del hijo, pero lo importante en este régimen es que ambos padres asumen en forma compartida las responsabilidades de educación y formación del hijo (10).

La tenencia compartida no significa estar la mitad del tiempo con cada uno de los padres, implica mucho más. Para ello es necesario de parte de aquellos una comunicación fluida y una posibilidad concreta de consensuar todos los aspectos que hacen al cuidado de sus hijos (11).

Por un lado este régimen aspira a realizar una equitativa distribución de responsabilidades, las que se atribuirán según las distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales de los progenitores; y por el otro, a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al no colocarlos en una situación de permanentes tironeos e inestabilidades que por lo general ocasiona la ruptura de la vida familiar.

El sistema de anidación es una forma de tenencia de reciente aparición y que está siendo materia de observación y estudio en los Estados Unidos.

En este régimen, mientras los hijos permanecen en el lugar asiento del hogar conyugal o familiar, son los padres quienes en forma alternada conviven con ellos, mudando periódicamente su domicilio (12).

En el régimen de tenencia alternada, que es una modalidad de la tenencia compartida, el hijo convive alternativamente con cada uno de los padres durante un determinado período (que puede ser de días, semanas o meses). De esta manera, se distribuyen entre ambos progenitores las tareas que demanda la educación y formación del niño.

Gran parte de la doctrina se ha pronunciado en contra de esta última modalidad sosteniendo, por ejemplo, Mazzinghi (13) que ésta solución quizás puede resultar satisfactoria para los padres pero no es aconsejable para los hijos, pues este sistema carece de la necesaria estabilidad. La comparación entre las actitudes de uno u otro de los padres que el sistema estimula viene a suscitar una suerte de competencia entre los progenitores para complacer al hijo, lo cual es pernicioso para su educación.

En esta misma posición encontramos a Belluscio (14) y Guastavino (15) quienes coinciden en que la tenencia alternada no es una solución conveniente.

Sin embargo, en el derecho comparado actualmente las leyes de manera expresa disponen que es posible

aceptar acuerdos sobre tenencia compartida en caso de divorcio, destacando que lo esencial de este régimen es la participación en las decisiones respecto de los hijos, aun cuando la custodia física estuviera en cabeza de uno de los progenitores. También los Tribunales extranjeros en su gran mayoría admiten la tenencia compartida y la otorgan cuando ambos padres son capaces de ejercer la guarda y resulte conveniente para el hijo [\(16\)](#).

En nuestro país la Asociación Nuevo Padre (ANUPA) proclama la defensa de los derechos de los padres a criar a sus hijos, así como también el de los niños a mantener un vínculo constante, intenso y equitativo con ambos progenitores. Se inclinan asimismo a promover la comunicación paterno-filial luego de la eventual separación de los padres a través de la defensa de la tenencia compartida.

Este tipo de guarda pone fin a la preferencia de la figura materna, distribuyendo en forma igualitaria entre ambos progenitores lo que hace a la crianza y vida cotidiana de sus hijos.

Se advierte en la sociedad, así como también en nuestra doctrina y jurisprudencia, una corriente que acepta que en caso de divorcio o de separación, ambos padres están a priori habilitados para la crianza de los hijos y fomenta en este sentido la defensa de las ventajas que ofrece el régimen de tenencia compartida como medio para garantizar un mejor vínculo entre los componentes de estas familias transformadas.

En la medida que el medio social acepte este cambio y deje de prevalecer el régimen monoparental, los progenitores podrán imaginar con mayor facilidad la adopción de un sistema de tenencia compartida.

### c. La tenencia compartida en la ley

Promovido el juicio de separación personal o divorcio, los esposos pueden acordar entre sí cuál de ellos ejercerá la tenencia de los hijos menores. El juez, previa vista al Asesor de Menores, habrá de homologar el acuerdo, salvo que del mismo surgiesen de forma manifiesta inconvenientes que repercutieran en contra del interés del menor.

De no llegar los progenitores a un acuerdo será el juez quien deba atribuir la tenencia a uno de los ellos o a ambos.

Esta atribución puede ser provisional o definitiva, calificación ésta que no es inmutable ya que sólo se mantendrá mientras subsistan las condiciones que la motivaron.

Atento que en esta materia debe prevalecer la resolución que mejor consulte el interés del niño, las decisiones sobre tenencia no causan estado, razón por la cual pueden ser modificadas posteriormente si existe una alteración en los presupuestos en que se fundaron.

El art. 206 del Código Civil al contemplar los efectos de la separación personal, estatuye en su párrafo segundo las pautas para resolver la atribución de la tenencia. Esta es la única norma que contiene pautas en materia de tenencia de menores, por lo que, en principio, debe ser aplicada subsidiariamente a la atribución de la tenencia en cualquier otra hipótesis.

La norma aludida deviene aplicable también al divorcio por expresa disposición del art. 217 del mismo cuerpo legal, y, al entender de Belluscio [\(17\)](#) y Vidal Taquini [\(18\)](#) "a todos los demás supuestos de tenencia provisional o definitiva".

En tal sentido el art 206 se constituye en la directiva fundamental para toda resolución en la materia al establecer ".....Los hijos menores de 5 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....."

Esta norma desvincula el interés del menor de la declaración de culpabilidad o inocencia de uno de los esposos, erigiendo criterios más objetivos que benefician al hijo. En tal sentido, Kemelmajer de Carlucci [\(19\)](#) ya con relación al régimen anterior decía que debe indagarse sobre el verdadero interés del menor a través del criterio de la mayor idoneidad.

De la norma transcripta surge que el ordenamiento legal sólo prevé la tenencia en cabeza de uno de los progenitores, ya que el precepto señalado fuerza a la elección entre el padre o la madre (quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo...). La tenencia compartida no fue prevista por el legislador en ninguna de sus formas conocidas, pero tampoco fue prohibida, razón por la que puede sostenerse que los cónyuges están autorizados a efectuar acuerdos que la contemplen [\(20\)](#)

Por su parte, el art 264 inc. 2 del Cód. Civil establece " ...su ejercicio corresponderá ....en caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo...". De una lectura literal surge claramente que esta norma, al igual que el art 206 ut supra referido, fuerza la elección entre alguno de los padres.

Pero si consideramos los preceptos transcriptos como una barrera infranqueable para otorgar la tenencia compartida a ambos padres, no debe de olvidarse que la Constitución Nacional consagra en la cúspide de la pirámide de jerarquía de las normas a los convenios y tratados internacionales, entre los que encontramos a la Convención de los Derechos del Niño, la cual presta atención primordial al Superior Interés del Niño y esto sólo

bastaría para superar la falta de legislación interna en la materia (21).

d. Las pautas para la atribución de la tenencia

La jurisprudencia ha elaborado en el transcurso del tiempo ciertas pautas que sirven de guía al momento de otorgar la guarda de los hijos y las cuales apuntan a preservar el Superior Interés del Niño.

Esas pautas pueden resumirse entre las siguientes:

1) El mantenimiento del lugar físico, la situación existente, el barrio y la escuela donde se encuentra integrado el menor.

En tal sentido la Cámara de Apelaciones en los Civil y Comercial de Morón, sala segunda, sostuvo que entre las pautas relativas al interés del menor a tener en cuenta en materia de atribución de su tenencia, puede citarse el principio de mantenimiento de la situación existente, como el lugar físico, el barrio o vecindad en que se encuentra integrado. Debe ponderarse prolijamente las secuelas del conflicto de adaptación a un nuevo medio que pueda sufrir el menor, al provocar su desplazamiento hacia un medio físico de vida distinto, en particular otra ciudad, pueblo o provincia y, especialmente, hacia el extranjero (22).

2).- La improcedencia de innovar sobre estados de hecho consolidados de alguna manera por diversos motivos con respecto a la tenencia de los hijos, "salvo que poderosas razones así lo aconsejen"

El tribunal antes mencionado también ha establecido que la mencionada directiva se expresa "en la improcedencia de modificar sin fundamento el estilo de vida consolidado del menor que lo favorece; pero a la par, el estado de hecho deberá modificarse cuando razones de peso así lo determinen, exigiéndose en algunas oportunidades causa muy serias".

Con respecto a las causas graves la jurisprudencia también se ha expedido diciendo que quedan excluidas, como causas obstativas del otorgamiento de la tenencia circunstancias que, no obstante su gravedad objetiva, resultan neutras y no pueden incidir en la salud física o moral del menor (23).

Tampoco corresponde modificar el status quo existente si queda probado que el guardador ha brindado desde que los niños han quedado bajo su tenencia, todas las atenciones y cuidados acordes con las circunstancias y con buenos resultados para los menores (24).

También deberá valorarse si existen trastornos espirituales o físicos de los niños y su relación tanto con el padre con quien conviven como la relación que tienen los mismos con el progenitor que no ejerce la tenencia.

Asimismo deberá ser materia de prueba específica el beneficio que el cambio en la guarda producirá al menor o, el daño que la actual situación irroga al incapaz. Es que la modificación de la tenencia aun cuando, esta sea de hecho, constituye una decisión que excluye las vías de hecho y, debe ser recurrida al juez de la causa estando -por otra parte- la petición fundada en razones de tal gravedad que lleven a la convicción de que la subsistencia de la situación precedente puede provocar perjuicios de mayor gravedad que los que, comúnmente, producen la alteración de la guarda (25)

Pero por otro lado "la negativa a la modificación cuando existan causas graves, conduce a un inmovilismo impropio de la magistratura"... Se ha resultado "que demostrada la perturbación en que se hallan los menores en su actual convivencia con su padre y la nueva cónyuge de éste, corresponde modificar la tenencia a favor de la madre."(26).

3).- La preservación de la convivencia con los hermanos.

Este indicador del interés del menor se conjuga también con el interés familiar; proponerse preservar la convivencia de los hermanos declara la necesidad de no distorsionar el núcleo familiar a la hora de atribuir la tenencia de los hijos preservando los vínculos afectivos del niño.

Este principio de unidad filial no es absoluto, lo contrario es el riesgo de la dogmatización con su secuela probable de derivar en soluciones inequitativas.

El mejor ejemplo de lo expuesto lo da un caso (27) que resolvió la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el cual se verificó un desmesurado aferramiento al principio de la tenencia única y global, con soluciones muy injusta para cada hijo, pero que pudo ser dejado sin efecto posteriormente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien felizmente otorgo prioridad a los intereses y situación individual de cada niño y los distribuyó entre sus padres.

Cuando razones fundadamente atendibles tornen necesaria la separación física de los hermanos, deberá observarse estrictamente la comunicación y relación entre ellos a través de un sistema explícito y pautado que pueda luego ser evaluado por el juez en sus efectos, ya que los lazos de parentesco deben desenvolverse en la vida cotidiana para no transformarse en lazos abstractos desprovistos de contenido real.

4).- Las incidencias de factores económicos.

La asunción por ambos padres de los deberes emergentes de la patria potestad, en particular de los alimentos, supone que los factores económicos no pueden en general, ser obstáculos para que uno de ellos conviva con el hijo (arts. 267, 271 y conchs. del Cód. Civil)

Sin perjuicio de lo antes expuesto la situación económica real de los progenitores ayudará al momento de la toma de decisión sobre la tenencia. La jurisprudencia ha sostenido que las obligaciones referentes al cuidado de los hijos que impone la patria potestad depende, en cada caso, de la "situación familiar, social y económica de los sujetos", las que no pueden ser juzgadas con un criterio invariable (28).

En nuestra opinión es una pauta más que tendrá en cuenta el juzgador pero no decisiva al momento de resolver.

5) La edad, condiciones de vida materiales y espirituales de los progenitores.

Las circunstancias personales de vida de los progenitores también han de incidir en la resolución de la guarda.

Es que debe prevalecer como se ha expuesto en las demás pautas analizadas, el interés superior de los menores, sin que ello signifique no contemplarse el de los padres, pero el de estos ha de ceder ante lo que resulta más conveniente para los niños (29).

La Cámara del Apelaciones de Morón ha ponderado a los efectos de decidir sobre la atribución de la tenencia de una menor",.... que no debe pasarse por alto la edad y condiciones de vida materiales y espirituales; por ello, tratándose de una niña que ingresará a la pubertad, resulta aconsejable estrechar los vínculos materno-filiales. Súmese a ello que, viviendo ambos cónyuges en concubinato, si la niña quedara bajo la tenencia del padre, la convivencia diaria transcurriría con la concubina del padre, madre de dos hijos de su unión con el accionante, en cambio, la demandada no ha tenido descendencia de su nueva pareja, cuya relación con la niña es buena"(30).

En la decisión de atribución de la guarda no se juzga directamente la conducta de los padres, ni abstractamente la idoneidad de los mismos, sino pura y exclusivamente en consideración con el interés del menor, de donde resultará la elección del progenitor a quien se considere más apto para responder a las necesidades subjetivas de cada niño.

En tal sentido, las causas que han fundado el divorcio o la separación personal de los esposos no pueden constituir un obstáculo para la atribución de la guarda, salvo que de la sentencia de separación personal o divorcio surjan situaciones fácticas que representen un serio inconveniente que pueda poner en peligro el bienestar del hijo.

Otra circunstancia ha tener en cuenta es que el hecho de que existan hijos extramatrimoniales de la nueva unión de alguno de los progenitores, lo cual ha sido considerado en algunos casos como un inconveniente a los fines de la atribución de la guarda sin que ello implique juzgar la conducta del padre.

Todas las directivas jurisprudenciales que hemos mencionado no pueden ser analizadas aisladamente, y en esto deberá radicar la valoración que realizará el magistrado al momento de resolver, dando más importancia a unas circunstancias sobre otras, sin perder de vista la pauta orientadora en la materia en estudio que el Superior Interés del Niño,

Este interés se verá respetado en la medida en que el juez al momento de resolver, encuentre el justo equilibrio entre la solución que más beneficie al niño, que mejor salvaguarde sus derechos, que respete y restablezca sus relaciones familiares, que vele por sus deseos.

Esta discrecionalidad del juez no tiene otros límites que no sean el caso concreto y el interés del niño siendo su decisión ajustada a derecho en la medida de la sentencia guarda la necesaria razonabilidad entre los extremos antes mencionados.

6) La opinión del menor.

En nuestro derecho se establece la posibilidad de oír al menor para las hipótesis de desacuerdo entre los padres (arts. 264 ter, inc. 1, Cód. Civil), pero no se contempla expresamente tal posibilidad en lo atinente a los conflictos que provoque la guarda de los hijos menores.

A partir del 27 de septiembre de 1990, fecha de sanción de la ley 23.849 (Adla, L-D, 3693) que incorpora a nuestro sistema positivo la Convención de los Derechos del Niño, recabar la opinión del menor en determinados conflictos ya no es una facultad del magistrado actuante sino un deber (31).

A los efectos de decidir la atribución de la tenencia de un menor, el juez debe escuchar al hijo cuando su edad lo permita. Ello es así, pues parece razonable tomar contacto directo con el niño, ya que es la persona sobre cuya existencia se toman decisiones trascendentes (32).

La opinión del menor, si bien no puede ser el único elemento a tomar en consideración, adquiere importancia cuando por su edad y madurez puede ser considerada como personal y auténtica (33).

Para la evaluación y adecuada valoración de la opinión del niño deberá, necesariamente, tomarse en cuenta diversas circunstancias como ser la edad, su madurez emotiva, la autenticidad de sus conceptos, las motivaciones de sus preferencias, entre otras, debiendo en cada caso examinarse cuál es el camino idóneo para poder equilibrar sus deseos con las demás pautas.

Se considera que el menor entre los siete u ocho años ya tiene un juicio de la realidad, y que alrededor de los doce años ha adquirido capacidad de simbolización, razón por la cual será su edad la que determinará el modo de interrogarlo. Pero como bien decíamos más arriba, este no es un principio rector sobre a qué edad puede el niño tener conciencia de sus preferencias, dependiendo el carácter del niño y la problemática familiar en la que se ve envuelto.

Constatar la autenticidad de la opinión resulta de suma importancia, tornándose imprescindible el poder asegurar que ésta es el reflejo de lo que el niño realmente siente, descartándose toda posible influencia de uno de los progenitores con el objeto de ganar su preferencia. Debe, asimismo, poder determinarse según su edad, costumbres y hábitos de vida, que la inclinación por uno de sus padres en particular no se vea motivada por un menor control en sus actividades, menores exigencias, o, en definitiva, lo que haga que le parezca más deseable más allá de atentar contra sus propios intereses.

Lograr un equilibrio entre los deseos del niño y su conveniencia resulta difícil, pero su opinión no ha de ser desmerecida como tampoco sobrevalorada, debiendo encontrarse el punto justo de equilibrio, sin perder de vista que toda resolución a dictarse debe tener en cuenta fundamentalmente el interés del menor (34).

Hacer eco ciego a la opinión del menor equivaldría a omitir una de las funciones más importantes de la paternidad, como es la de suplir esta inmadurez de los menores, cosa que muchas veces resulta contraria a sus propios intereses. Los padres primero y los jueces después, dejarían de cumplir sus deberes y actuarían contrariando toda lógica si la conducta a seguir fuera fijada por niños cuyas edades oscilan alrededor de los diez años (35).

La doctrina arriba citada, sin perjuicio de su antigüedad, coloca en su verdadera dimensión la opinión del menor, sosteniendo que éste debe ser oído cuando haya alcanzado una edad en la que pueda pensarse, con fundamento, que expresa una opinión propia, y al mismo tiempo tal opinión debe ser evaluada como lo que es, uno de los muchos elementos que contribuyen a formar en el juzgador la convicción sobre cual ha de ser la mejor decisión respecto a cada caso en particular.

La opinión del niño adquiere gran importancia cuando existen problemas en la convivencia, los que pueden no ser de conocimiento de los testigos por tratarse de situaciones que solo se manifiestan dentro de la intimidad del hogar.

Situaciones extremas, como el abuso sexual del menor, el abandono o los malos tratos físicos o psíquicos (cuando no dejan huellas), solo pueden surgir de una conversación personal del niño con el juez o de la comunicación con la asistente social cuyo informe sustentará tal opinión.

Si bien en principio los dichos de los hijos menores no pueden determinar cual de sus padres habrá de ejercer su tenencia, deben analizarse según el caso particular de que se trate.

El valor de la opinión de los menores adultos reviste una característica más compleja, ya que la resolución que ignore infundadamente sus deseos será de difícil cumplimiento porque en virtud de las facultades que la propia edad de va otorgando como su propia movilidad e independencia, crean una nueva problemática familiar en vez de resolver el problema.

Por nuestra parte consideramos que si no existen causas graves o relevantes que justifiquen apartarse de lo que los niños a partir de los 16 ó 17 años deseen, y si su parecer se encuentra bien orientado, imponerle a un adolescente una decisión no deseada, genera únicamente situaciones en las que el niño permanece más tiempo fuera de su casa o en la casa del otro progenitor o, en casos más extremos, rompe sus lazos familiares.

#### e. La tenencia compartida como pauta de atribución

En nuestro medio prevalece la idea de que frente a la ruptura matrimonial es necesario que se otorgue la tenencia de los hijos a uno solo de los padres, pero esta concepción parte del significado errado que se le da a la acepción tenencia, la cual no sólo designa la guarda física, o sea el derecho a vivir con el hijo, sino que es comprensiva de un cúmulo de derechos y deberes que hacen a la crianza y formación de los niños.

Se han realizado estudios comparativos entre tenencia compartida y tenencia monoparental, los cuales han detectado que la mayoría de los niños en tenencia monoparental están insatisfechos con la cantidad de tiempo de visita del progenitor no conviviente, mientras que la mayoría de los que están bajo el sistema de tenencia compartida parecen razonablemente felices con sus contactos y accesos a ambos padres. Aparentemente, la calidad de las relaciones se determina mejor en la tenencia compartida. (36)

Roto el anterior equilibrio familiar el niño necesita continuar el contacto que tenía -cuando la familia estaba intacta- con ambos padres. A dicho efecto es importante que ellos restablezcan, una vez separados y en la medida de lo posible, la unión parental que garantice a los hijos la permanencia de los cuidados paterno y materno y, con ello, el mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas.(37)

Las ventajas que ofrece este régimen podrían resumirse de la siguiente manera:

Ambos padres se mantienen guardadores, es decir, ambos continúan criando a su hijos activamente, no quedando ninguno marginado ni alejado de los menores.

La idoneidad de cada padre es reconocida y útil en el ejercicio de su rol como progenitor.

Se equiparan ambos padres en cuanto al tiempo libre para la organización de su vida personal y profesional. La carga de la crianza no recae en uno sólo, situación que a la larga termina repercutiendo en los niños atento la insatisfacción del guardador.

Se comparten los gastos de manutención. Hay una mayor cooperación ya que este sistema fomenta los acuerdos entre los padres en beneficio de los hijos.

Los niños no padecen el sentimiento de abandono que suele provocar la situación de ruptura familiar, lo que beneficia notoriamente su autoestima.

El esfuerzo de los progenitores en superar sus cuestiones personales para estar cerca de sus hijos ayuda a la incorporación en el nuevo grupo familiar a cada uno de los padres.

Mayor comunicación. La misma dinámica de este sistema fomenta una mejor comunicación paterno o materno-filial.

Se eliminan los compromisos de lealtad que suelen surgir con la tenencia monoparental.

Las desventajas de este régimen pueden, a su vez, resumirse de la siguiente manera:

Necesaria adaptación a dos casas y como consecuencia de ello a sus hábitos, sus reglas, sus horarios. Los niños se ven frente a la situación de comprender y aprender a escindir las distintas maneras de educar que cada progenitor les imparte.

Mayores costos para la familia, ya que ambos padres deben mantener en sus respectivas casas un lugar apropiado para los hijos, se repiten los insumos, etc.

Proximidad de ambos padres. Este sistema obliga a que ambos padres se pongan de acuerdo y a que estén cerca el uno del otro, lo que puede ser en algunos casos un foco de discusiones y peleas.

Es imprescindible contar con una flexibilidad laboral ya que ambos padres deben tener un horario amplio que les permita cubrir las necesidades que demanda el cuidado de sus hijos.

#### IV. Doctrina del Fallo

La tendencia jurisprudencial mayoritaria en los casos de separación o divorcio se inclina por la elección del sistema monoparental de tenencia, argumentando por una lado que la tenencia compartida o alternada se contraponen a pautas consideradas impostergables al momento de decidir la guarda del menor y por otro que este sistema puede generar una lesión a la seguridad de los niños.

En el fallo que analizamos, el Tribunal intenta buscar en cada uno de los tópicos a decidir la solución que mejor consulte el superior interés del niño, siendo este último la finalidad en el otorgamiento de la tenencia.

Así resuelve confirmar la sentencia apelada que otorgara la tenencia compartida a ambos progenitores, fundando su decisión primeramente en la situación conflictiva en la que se encuentra inmerso el menor como consecuencia de la transferencia del conflicto matrimonial a la relación paterno-filial y atento la incapacidad demostrada por los padres de modificar sus conductas nocivas, las cuales no permiten al niño recrear nuevamente sus relaciones paternas.

El menor transmite su angustia en el sentido de querer disfrutar más de su padre, sentir que se encuentra directamente relacionado con el régimen rígido y pautado de visitas, al cual pudo arribarse luego de muchas desavenencias y conflictos entre los progenitores.

No habiéndose demostrado ninguno de los progenitores ser más idóneo que el otro, conforme toda la prueba producida y habiendo fracasado el sistema de tenencia monoparental de hecho ejercido por la madre, es necesario encontrar un régimen que permita concluir con el clima beligerante en que se encuentra inmerso el niño, siendo esto último necesario e indispensable para su crianza y educación.

Si bien es cierto que la decisión jurisdiccional desplaza otra pauta importantísima en materia de atribución de la guarda como es el principio del mantenimiento del statu quo, esto se debe a la necesidad de revertir el estado emocional desfavorable en que se encuentra el menor ante el fracaso del régimen de tenencia aludido, buscando poner fin a sus padecimientos, frustraciones y culpas frente a cada nuevo conflicto que generan sus progenitores. Esta situación configuraría sin duda la justa causa exigida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia para poder apartarse del principio antes mencionado.

Las circunstancias que puedan alegarse en contrario, como ser -por ejemplo- el desplazamiento del centro de vida del niño, carecen de entidad frente a las situaciones antes referidas, sin perjuicio de lo cual el Tribunal también pondera la cercanía de los domicilios de los padres, que permite que el niño no cambie su ambiente social y escolar.

Asimismo se le impone a los padres de modo conjunto y al menor separadamente un tratamiento terapéutico a fin de ayudarlos a superar las secuelas del "divorcio patológico", lo que le permite al Tribunal el seguimiento de la situación y la posibilidad de evaluar periódicamente la evolución del nuevo régimen de tenencia

establecido.

Si bien es difícil para los hijos la ruptura familiar que se produce con la separación de sus padres, la tenencia compartida puede constituirse en un medio viable para mejorar la convivencia de quienes se separan. La comunidad empieza a esperar de los progenitores que sean capaces de llevar una sana co-parentalidad, aunque no una con-yugalidad, y que las situaciones difíciles que se plantean en esta materia no sean resueltas por la ruptura, la violencia o el duro imperio de la ley.

La Corte Suprema de Justicia ha declarado acerca de la patria potestad que todo padre y toda madre tienen el derecho de velar por sus hijos menores, no obstante los defectos que pueden tener y que son propios de la condición humana, si no han sido inhabilitados a ese efecto. Desconocerlo podría introducir un gravísimo factor de perturbación tanto en lo moral como en lo social y aún importar el riesgo de que una eventual concepción utópica y totalitaria atribuyera al Estado la función que la propia naturaleza ha conferido a los padres. Negar a éstos la facultad de decidir sobre la crianza y educación de los hijos, transfiriéndola a los magistrados, situaría al ordenamiento en una pendiente peligrosa que podría incluso acercarse a concepciones repugnantes a la esencia de nuestro régimen constitucional, donde se asignen al Estado funciones que sólo le competen subsidiariamente (38).

Por último, y quizás lo más interesante del fallo en estudio, resulta ser que la atinada decisión tomada por el Tribunal coloca nuevamente a los padres ante el desafío de poder superar sus rencores personales para poder de manera conjunta ayudar a que su hijo sea feliz. Solamente depende de ellos.

#### V. Conclusiones

a) Cuando se otorga la tenencia compartida lo más importante es salvaguardar el Interés Superior del Niño y el precedente en análisis buscó la solución que más lo protegiera según las especiales circunstancias del caso

b) La actual situación social de la familia en virtud del ingreso de la mujer en el mercado de trabajo, trae como consecuencia cambios en los roles de la pareja tanto en el ámbito social como en el hogareño, los que deben ser ponderados en las decisiones jurisdiccionales.

c) Debe revisarse la concepción que exige el sistema de tenencia monoparental y debe aceptarse el sistema de tenencia compartida como una alternativa favorable frente a determinados conflictos familiares.

d) El Interés Superior del Niño consagrado por los arts. 3.1 y 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño basta para superar la falta de legislación interna en la materia, es ponderable la actitud de los miembros del tribunal en la sentencia en comentario que así lo advirtieron

e) Ambos padres están a priori habilitados para la crianza de los hijos, razón por la cual debe replantearse la preferencia de la madre en materia de tenencia. El régimen de tenencia compartida y el sistema de anidación ponen fin a esta desigualdad.

f) Para la formación del niño es necesaria una real y profunda vinculación con ambos padres, siendo indispensable para su adecuado desarrollo emocional que los padres luego de la separación producida sigan funcionando como tales.

g) Debe alentarse la participación activa de ambos padres para que los niños puedan entablar luego de la separación o divorcio lazos paterno-filiales más seguros

h) En materia de tenencia no es posible manejarse con criterios generalizados, motivo por el cual la conveniencia y eficacia de un régimen de tenencia dependerá de la singularidad de cada familia y de las circunstancias de cada caso.

i) Las desventajas del régimen de tenencia compartida pueden ser superadas con la cooperación y voluntad de los progenitores, en la medida que estos últimos olviden sus rencores y frustraciones personales en pos del bienestar de sus hijos.

j) Sería deseable que la tenencia compartida alcanzara status normativo, presentándose de esta manera como alternativa para que las partes, o el magistrado actuante se vean facultados a aplicarla en los casos en que se lo considere beneficioso para la familia.

(1) DOLTO, Françoise: "La causa de los adolescentes", p. 201 Ed. Seis Barral, Buenos Aires 1990.

(2) CARRILLO BASCARAY, Miguel, "La protección legal de la vida: Reflexiones sobre el concepto de niño y sus implicancias normativas", en J.A., del 22/1/92, p. 2.

(3) BELLUSCIO, Augusto C., "Manual de Derecho de Familia." Ed. Depalma. Buenos Aires 1987.

(4) Conf. MIZRAHI, Mauricio Luis en "Interés del Menor. Enciclopedia de Derecho de Familia" - t. III- p. 52 y sigtes. Ed. Universidad. Buenos Aires, 1994.

(5) LLOVERAS, Nora, "Enciclopedia del Derecho de Familia", t. III, p. 721y sigtes., Ed. Universidad. Buenos Aires 1994.

(6) CAFFERATA, J. I., "La guarda de los menores"



- (7) BELLUSCIO, Augusto C. , op. cít.
- (8) LLOVERAS, Nora. " Enciclopedia de Derecho de Familia", Ed. Universidad, Buenos Aires, 1994, t. III, p.728.
- (9) OPPENHEIM, Ricardo y SZYLOWICKI, Susana: "Partir o Compartir la Tenencia. ¿Es posible compartir la tenencia de los hijos en caso de divorcio? " Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. N° 5. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1991.
- (10) GROSMAN, Cecilia P. "El Proceso de Divorcio. Derecho y Realidad" Ed. Abaco, Buenos Aires, 1991.
- (11) CNCiv., sala H, febrero 11-1998 "C., M. E. y otros c. D. S., H. O."- 48.804- ED, 179-291.
- (12) OPPENHEIM, Ricardo y SZYLOWICKI, Susana. op cít.
- (13) MAZZINGHI, Jorge, "Derecho de Familia" Abeledo-Perrot, t. III, p. 171.
- (14) BELLUSCIO, Augusto César, "Nociones de Derecho de Familia", t. IV, p. 89 Ed. Omega, 1968.
- (15) GUASTAVINO, Elías P., "Régimen de visitas en el Derecho de Familia", J.A., 1976-I-656 y sigtes.
- (16) GROSMAN, Cecilia P., op. cit..
- (17) BELLUSCIO, Augusto C., "Manual de Derecho de Familia", t. I, p. 409 nro. 249, Ed. Depalma. Buenos Aires, 1991.
- (18) VIDAL TAQUINI, Carlos H., "Separación de hecho, tenencia de hijos y patria potestad" LA LEY, 1978-B, 3.
- (19) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La culpa en el divorcio y la tenencia de los hijos mayores de cinco años", LA LEY, 1975-D, 258.
- (20) GROSMAN, Cecilia P. op. cít.
- (21) CNCiv., sala J, 24/11/1998.
- (22)"G.C.A. c. J.L.L.s/ tenencia de hijos. LLBA, 1995-437.
- (23) C1aCC Mar del Plata, sala I, 3/9/92 "R.,M. V .c/ G. B.,M s/ Incidente de tenencia"
- (24) CNCiv., sala F, abril 23-983- P.J.A. c. B. de P., M.I. J.A.983-Ii-104.(Idem, septiembre 24-982-C., J.E. y otra La Ley 1983-B,160 (Idem sala D, noviembre 30-982- W., A. E c R., J. R. M. ED, 103-754.
- (25) A.C.L.c. D.,J.O. s/ tenencia (art 250 del C.P.C.C.) 15-2-96
- (26) CNCiv., sala B 4/5/89 " S.M.M. c/ N.O.M.P." JA,1989-IV-237
- (27) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13/5/1988."JA.,1988-IV-529.
- (28) C2a CCLa Plata, sala I, 21/10/49, LA LEY, 58-427
- (29) CCiv. y Com., Morón, sala II, 14/2/95 "G.C.A. c. J.L.L. s/ tenencia de hijos" ED, 165, 263- LLBA, 1995-437.
- (30) Conf. Fallo cit.(10).
- (31) Que alcanzaría rango constitucional con la posterior reforma de 1994.
- (32) Cciv y Com., sala 2, Morón 1472795 "G. C. A. c. J.L.L. s/ tenencia de hijos" ED, 165, 263.
- (33) Marta N. Stilerman "Menores. Tenencia. Régimen de visitas." p. 71- Ed. Universidad, Buenos Aires, 1991.
- (34) CNCiv., sala D, 11/7/1974, "D. De V., D., c. V.,A.", ED, 58-264.
- (35) CNCiv., sala C, 17/7/1973, "C. P. y C. de C.,E" ED, 50-465.
- (36) Tesis doctoral de A. D. Luepnitz (1980) Universidad estatal de New York en Buffali (UMI nro. 80-27618)
- (37) CNCiv, sala J, 24/11/1998.
- (38) Ramírez, Carlos A. y otros, 1983, Fallos: 305: 1825.