

TRANSCRIPCIÓN DE AUDIO. DRA. CECILIA GROSMAN

EL CUIDADO DE LOS HIJOS DESPUÉS DEL DIVORCIO

Bueno muy buenas tardes, mi nombre es Cecilia Grosman, soy profesora titular consulta aquí en la Facultad de Derecho de la UBA, soy Directora de la carrera de Especialización en Derecho de Familia y Directora de la Maestría de Infancia, Familia y Adolescencia, además soy investigadora del Concejo Nacional de Investigaciones Científica y Técnica o sea del CONICET y dirijo una revista que se llama Derecho de Familia de doctrina y jurisprudencia editado por la editorial Abeledo Perrot. Y hoy quiero hablarles sobre un tema que a mi me parece importante para los integrantes de la familia, fundamentalmente para los niños y para la sociedad en su conjunto.

Yo quiero hablarles de cómo debería ser el modelo del cuidado de los hijos después de una situación de divorcio o ruptura de la pareja de padres. Pareja de padres que se pudo haber formalizado a través de un matrimonio y en este caso estamos frente a una situación de divorcio o de separación. Pareja de padres que se pudo haber formalizado de manera consensual a través de lo que se llama la convivencia de pareja o bien una pareja que ha tenido un hijo pero que nunca ha convivido, en definitiva a mi me interesa hoy plantear el problema de cómo debe ser el cuidado de los hijos en una situación en que los padres no conviven. Y me parece que es importante para los abogados este tema, primero porque si uno mira las estadísticas de los juicios que hay en los tribunales, veremos que una gran parte de los mismos provienen de situaciones conflictivas en los casos de divorcio, y particularmente respecto de los hijos, problema de alimentos a los hijos, problema de la guarda de los hijos y problemas de la comunicación del progenitor no conviviente con los hijos.

Estos son los problemas que ustedes van a encontrar frecuentemente en el ámbito tribunalicio y a mi me parece que es importante y que los abogados cumplen una importante, una relevante función social porque ellos pueden contribuir a través, digamos, del estímulo de los acuerdos a que estas disputas no se generen, que esas disputas tengan una solución pacífica y no en el ámbito tribunalicio, es decir estos problemas es mejor que lo resuelvan las partes por sí mismas y no que los tenga que resolver un tercero en este caso el juez.

Yo quiero antes de comenzar con el tema hablar de una cuestión terminológica, en nuestro país se habla de patria potestad, es decir, todo lo que sean los deberes y los derechos de los padres respecto de los hijos recibe la denominación en nuestro país de patria potestad, desde ya esta terminología no corresponde al momento actual, por qué, porque patria potestad significa poder del padre, primero que no es un poder sino que hoy en día es el ejercicio de una función, una función en beneficio de los hijos para su formación integral y lo dice claramente el artículo 264 del Código Civil quiere decir que no estamos frente a un poder y después que está en cabeza de ambos progenitores y no del padre, entonces es evidente que en una próxima reforma del Código Civil hay que cambiar yo diría todo el capítulo de la llamada patria potestad pero empezamos por la terminología que en otros países ya tiene otra denominación por ejemplo se usa el término responsabilidad parental como en Inglaterra, entonces esta, digamos es mi opinión, es importante porque simboliza el contenido de una función, la función de cuidado de crianza de los hijos y formación de los hijos.

Cómo funciona en nuestro país el ejercicio de la responsabilidad parental, cuando yo les hablo de responsabilidad parental si ustedes están habituados al término patria potestad tienen que saber que a mi me molesta usar esos términos y trato de reemplazarlos por el de responsabilidad parental, entonces cómo funciona en nuestro país el régimen de responsabilidad parental, cuando los padres viven juntos, es decir cuando hay convivencia el ejercicio de la responsabilidad parental es conjunto, ambos padres tienen el ejercicio de la responsabilidad parental. Pero cuando se produce una situación de ruptura o no convivencia cuando los padres no conviven, en los casos de divorcio, separación, etcétera, en esos casos quién tiene el ejercicio de la responsabilidad parental, lo tiene el progenitor a cuyo cargo está el cuidado de los hijos, es decir que se trata de un ejercicio unipersonal ya no es un ejercicio conjunto, tiene en la patria potestad la llamada patria potestad la responsabilidad parental quien tiene el cuidado de los hijos quien está a cargo de los hijos, qué le queda al otro, qué le queda al otro progenitor no conviviente pues le queda un derecho de comunicación, las llamadas visitas y también le queda el derecho de supervisar la educación de los hijos pero ustedes fíjense que aparece como una figura de control meramente pero no como una figura participativa, es como un extraño, aparece como separado de la relación, entonces a mi me parece que también este sistema es un sistema inadecuado viola el principio igualitario, viola el principio de igualdad de oportunidades, principios estos contenidos en los tratados de derechos humanos y desde ya pienso que debe reformarse la ley e introducirse el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental.

La mayor parte de los países ahora, los países modernos tienen el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental pese a una situación de no convivencia, esto pasa en la mayor parte de los países, hay algunos que todavía tienen el sistema argentino, algunos países de América Latina que privilegian para el ejercicio de la responsabilidad parental a quien tiene a su cargo el cuidado de los hijos pero pese a lo que dice la ley, los padres pueden firmar acuerdos y en los acuerdos pueden mantener el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, estos acuerdos hoy en día son homologados por los jueces porque es lo que corresponde y que corresponde en función de una norma que en nuestro país tiene jerarquía

constitucional en el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es decir, la responsabilidad parental, dice el artículo 18, sin distinguir si hay convivencia o no convivencia corresponde a ambos progenitores.

Y yo quiero contarles un poco, miren, estoy hablando de América Latina, en América Latina el ejercicio conjunto lo tienen Paraguay, Brasil, Uruguay, Venezuela, en Europa, cito algunos, Francia y España, que otros países tienen un sistema similar al nuestro, Bolivia, Perú y Chile, así que tenemos que salir de esta situación y reformar la ley y planear el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental aún cuando no exista convivencia. Y fíjense ustedes que en el año 2006 se hizo un encuentro del MERCOSUR aquí en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, qué se resolvió, qué recomendación hubo en ese encuentro, en caso de que los padres no convivan debe mantenerse el ejercicio de la responsabilidad parental en cabeza de ambos progenitores, ellos dictan juicio de que por voluntad de las partes eso hay que respetarlo o por decisión judicial en interés del hijo se atribuye el ejercicio de la función a sólo uno de ellos, quiere decir que en principio la regla es el ejercicio conjunto pero eso no quiere decir que por determinadas circunstancias no se pueda establecer un régimen diferente por ejemplo si uno de ellos ni siquiera vive en el país, entonces la regla es esta, sin perjuicio que las partes decidan de otra manera o el juez estime que es conveniente en ese caso el ejercicio unipersonal de la responsabilidad parental. Y quiero mostrarles cuál es la ideología de los jueces al respecto, un solo fallo pero que se va reiterando mantener y esto es importante porque fundamenta por qué es importante el ejercicio conjunto, 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.

Muy bien, pero ahora nos encontramos con otro problema, estamos de acuerdo, no sé si estarán muy de acuerdo, bueno pero yo estoy de acuerdo con lo que pienso, estamos de acuerdo en que el ejercicio de la responsabilidad parental pertenezca a ambos progenitores pero ahora viene el otro problema, qué pasa con la llamada tenencia, cómo es la tenencia en nuestro país, antes de seguir quiero marcarles por qué no me gusta el término tenencia, fíjense lo que dice el diccionario respecto al término tenencia: posesión corporal de una cosa y el niño no es una cosa, es un sujeto de derecho, entonces en muchos países ya se ha reemplazado esa designación de tenencia por otra, tener al hijo consigo, convivencia con el hijo, cuidado personal del hijo y no se habla de tenencia.

Nosotros seguimos hablando de tenencia, a mi misma se me puede escapar porque estoy todos los días leyendo el término tenencia que es absolutamente inadecuado y también esto merece una reforma porque el lenguaje no es neutro, no es arbitrario y pesa sobre la naturaleza y sobre el contenido de los vínculos. Naturalmente, si los padres están de acuerdo aunque la tenencia, en nuestro país la tenencia es unipersonal, es decir, no se imagina otro sistema de que sea uno el que, en los casos de falta de convivencia, de que tenga el cuidado de los hijos.

Esto aparece como un modelo natural, si están separados tiene que ser uno sólo, algunos de los dos tiene que tener el cuidado de los hijos y esto se ha naturalizado de tal modo que casi no se concibe otro sistema. Sin embargo, los padres podrían fijar otro sistema, el sistema que ellos consideren convenientes para los hijos, podrían fijar el sistema, que yo pienso que es el mejor, el sistema del cuidado compartido de los hijos.

Primero hablamos del ejercicio conjunto de la responsabilidad parental y ahora estoy hablando del cuidado compartido de los hijos que ya es otra instancia.

Ustedes preguntarán pero es posible, cómo es posible el cuidado compartido de los hijos, si es posible, porque el hijo puede, digamos, estar unos días en un hogar, otros días en otro hogar, es lo que se llama la tenencia alternada porque no es únicamente la posibilidad de que vivan unos días en un hogar y otros días en otro, les puedo dar, los juzgados o la justicia ha considerado que existe otra posibilidad, una es esta, de pasar unos días en un hogar y otros días en otro que si ustedes piensan en un cuidado unipersonal y fijan un régimen de visitas para el otro puede ser lo mismo, digamos desde el punto de vista de los días, bueno de lunes a viernes en una casa, de viernes a domingo en otra, sin embargo desde el punto de vista del valor simbólico no es lo mismo, lo ideal es y en eso los abogados tienen que trabajar, procurar en la medida que se pueda porque no siempre se puede un cuidado compartido del hijo pero en la medida que se puede se debe propiciar un cuidado compartido del hijo que ambos tengan una participación activa en la formación del hijo porque esto favorece a todos los protagonistas, primero al hijo que no pierde una figura parental, segundo, a la propia madre que al final en algún momento se ve agobiada psíquicamente por el peso de afirmar ella sola y en soledad esa responsabilidad y segundo es bueno para el propio progenitor, que no queda como un extraño a la relación y ayuda muchísimo al cumplimiento de la responsabilidad alimentaria, está comprobado por muchísimas investigaciones que cuanto más de el padre al hijo cuando más existe una relación profunda y habitual en esa medida su responsabilidad alimentaria no cesará, esto se ha hecho en todos los países múltiples investigaciones que ponen en evidencia eso y ahí la importancia que tiene la tenencia compartida, claro, que no siempre es posible, si viven geográficamente muy distantes es muy difícil o si se trata de niños muy pequeños que quizá no los pueden pasar de un lugar a otro, o quizás uno de ellos no tenga vivienda, entonces, nosotros lo planteamos como una alternativa como un modelo que debe estar en la ley claramente y ahora el Código español en la reforma del 2005 lo puso, debe estar en la ley, algunos países lo toman, toman este modelo como el principal, sin perjuicio de que se puedan tomar otras decisiones pero en definitiva es el que mejor satisface el interés de todos los actores en la familia.

Miren, esto lo dice un fallo judicial que decide lo que es la tenencia compartida, ustedes van a ir viendo el proceso que se produjo en nuestra justicia sobre este tema. Que dice el fallo la tenencia compartida o alternada podrá articularse mediante convenios a través de los cuales los interesados buscan compartir de una manera más 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, por qué, porque como les dije hace un ratito, no siempre es posible, entonces lo que sí es importante hablar de tenencia compartida aunque, digamos, de manera principal el chico viva en una casa pero que ambos participen en la función de crianza y educación del hijo, estas son las dos, digamos, posibilidades del concepto de tenencia compartida, uno más amplio, donde hay un vivir con ambos progenitores o uno más restringido, donde la participación se manifiesta en los actos de formación y apoyo al niño o al adolescente, y sigue diciendo, 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, esto es un fallo del superior tribunal de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur del año 1997. Pero volviendo a los problemas porque, por qué me parece que es importante y por qué me parece que es relevante para la sociedad este tipo de modelo, porque el otro el de tenencia unipersonal ha traído y trae muchos problemas, hay problemas, los conflictos nacen a partir de la experiencia que tenemos de la tenencia unipersonal, que es el modelo habitual.

Cuál es, vamos a suponer que los padres no se ponen de acuerdo sobre el tema de la tenencia, cómo se resuelve el problema judicialmente de acuerdo a nuestra ley, el juez decide quién de los dos es el más idóneo y le otorga la tenencia, pero cuando se trata de menores de cinco años el privilegio o la preferencia la tiene la madre, en esto tampoco estoy de acuerdo, a mi me parece que esta preferencia debe desaparecer porque viola el principio igualitario y el principio de no discriminación, sin perjuicio que el juez tome en cuenta la edad para otorgar la tenencia pero no puede haber una ineptitud abstracta inicial sin entrar a analizar cada paso en concreto así que me parece que no debe haber, digamos, planteamientos de ineptitud en función ni del sexo ni biológico ni de cuestiones ideas políticas ni de orientación sexual del progenitor, es decir, tiene que desaparecer esta discriminación abstracta y que en cada caso concreto se determine que es lo que le conviene al niño, el privilegio lo tiene el niño, entonces, siempre hay que observar esta premisa máxima que es el interés superior del niño.

En el MERCOSUR todavía hay bastantes países que mantienen la preferencia materna no en Europa. Paraguay, Uruguay, Venezuela, Perú, Chile y Argentina mantienen la preferencia materna cuando se trata de niños pequeños y no tan pequeños que van del dos a doce años según la legislación. Y esto realmente me parece que también es una norma que debería modificarse. Y después veamos un poquito los problemas que nacen de un cuidado unipersonal del hijo. Uno de los problemas que nosotros observamos es la obstrucción del régimen de comunicación con el progenitor no conviviente, porque existe muchas veces esta situación de que los integrantes de la pareja no distinguen entre la pareja, digamos conyugal, y la pareja parental, entonces esto es lo que hay que distinguir, la pareja parental pudo terminarse, hay ruptura, fracasó el proyecto pero como padres siguen siendo padres para siempre y esto es lo más importante, sin embargo uno observa situaciones donde la madre obstruye el régimen de comunicación del hijo con el padre por cuestiones vinculadas con lo que ella piensa de quien fue su pareja, de quien fue su cónyuge, y evidentemente esto es un perjuicio para el niño. Y muchas veces acontece de que por eso el propio hijo dice "yo no quiero ver a mi papá, yo no quiero tener trato con mi padre" y a veces esto no surge de su propia voluntad sino que a veces surge por presiones de la madre que convive con él, entonces, en estos casos qué pasa en la justicia argentina, qué se hace en estos casos porque se intenta a través de las sanciones forzar el cumplimiento del régimen de comunicación pero se ha visto que esto no da resultado alguno, ni con sanciones pecuniarias ni con sanciones penales, en nuestro país existe el delito de impedimento de contacto. Entonces en la justicia civil se tiene una mirada rehabilitadora, es decir, a través de tratamientos terapéuticos, se busca tratar las causas de esta negativa del hijo y trabajar en esta relación para revincular al padre con su hijo.

Bueno, lo que se observa es que el chico en estos conflictos entre los padres es vivido como un objeto de pertenencia, no se piensa en el chico, entonces, es una forma de maltrato infantil, y lo dice el Código de la Niñez de Bolivia, hay maltrato infantil entre comillas porque así lo dice textualmente cuando el niño es utilizado como objeto de presión, chantaje, hostigamiento o retención arbitraria en los conflictos familiares.

Bueno vamos a ir terminando un poco, fíjense ustedes, les quiero leer un fallo sobre el tema este del caso en que el hijo se niega a tener una relación con el padre, el fallo dice así: 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. Y ordena una intervención terapéutica en este caso. Se ha buscado otro mecanismo, cuál es el mecanismo que se ha buscado, cambiar la guarda del hijo, es decir, si sigue la obstrucción del régimen de comunicación con el progenitor no conviviente, en algunos fallos se ha decidido un cambio de guarda, no siempre es posible esto, porque por ahí el otro progenitor no está en condiciones de cuidar al hijo por el trabajo, por lo que fuese, pero, digamos, como que la justicia se siente impotente de alguna manera para afrontar estas situaciones.

Miren ustedes, el Tribunal Colegiado de Familia de Rosario señaló en un fallo: que 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 Convención sobre los Derechos del Niño, que se ordena, 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. En realidad esto último está bien pero no estoy muy de acuerdo con el tema de retener la mesada alimentaria porque en definitiva se está perjudicando al hijo porque es para el sustento del hijo, a mi me parece que allí se excedió el juez en el deseo de modificar esta obstrucción por parte de la madre. Pero de todos modos es interesante el fallo porque señala que si existen otros incumplimientos se procederá a modificar el ejercicio del cuidado del hijo, y más aún, si ya en la jurisprudencia de otros países se habla de daños y perjuicios, es decir, que esta obstrucción los daños y perjuicios que ocasiona y acá les cito un fallo de un tribunal de Italia: "el progenitor tenedor que no cumpla con el fundamental deber moral y jurídico de no obstaculizar sino más 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, por una parte, al no poder realizar plenamente la relación parental, se fija una indemnización en concepto de daño moral y esto del año 2004.

Bueno, vamos a ir terminando señalando lo que pasa en justicia argentina, qué pasa en la justicia argentina, hoy en día y los abogados lo tienen que propiciar, me parece que es como un deber ético del abogado cuando trabaja con relaciones de familia, propiciar los acuerdos y evitar el estímulo, digamos, del conflicto, el estímulo de la ..(27:46) entonces, en general, los jueces aceptan los acuerdos de tenencia compartida aunque la ley habla siempre de tenencia unipersonal, aceptan los acuerdos, antes no era así, antes en el pasado no se aceptaban estos acuerdos, no se homologaban, ahora se homologan, cuáles eran los argumentos de los jueces en el pasado: la conducta de los cónyuges no merecía confianza, incompatible con el divorcio cómo van a tener los dos el cuidado de los hijos, la comunicación de los padres debía ser necesariamente conflictiva, se prioriza la estabilidad del niño sin pensar que lo que el niño necesita es la estabilidad emocional, el contacto con los dos padres y no la estabilidad geográfica. Y después, necesidad de unidad de criterio en la educación, ya les voy a leer un fallo, con esto casi estoy terminando.

El pensamiento de los jueces hoy, esto es como una especie, les voy a leer algo como un pequeño resumen de lo que hicieron muchos jueces para que ustedes vean que diferencia hay con esta limitación que ponían los jueces en el pasado. Uno, al convivir el hijo con cada uno de los padres, estos quedan equiparados en cuanto a la organización de sus tiempos, vida personal y profesional. Es así, esto es bueno para la mujer también, porque la mujer hoy en día participa en gran medida en la actividad social y productiva, etcétera, y bueno entonces necesita el apoyo del otro progenitor sino se viola el principio de igualdad de posibilidades.

Desparecen los padres periféricos, el segundo argumento, se garantiza el mejor cumplimiento de las funciones afectivas informativas, disminuye el impacto traumático de divorcio en los hijos y su sentimiento de abandono, está con los dos padres, 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 la responsabilidades del progenitor previene el desentendimiento de las necesidades materiales del niño, más aún en nuestro país hoy en día, no solamente cuando los padres están de acuerdo se fija un régimen de tenencia compartida sino el propio juez lo fija aún cuando las partes no lo hubieran pedido y no hubieran firmado ningún acuerdo, por decisión del tribunal en función del interés superior del niño, aún cuando las partes hubieran pedido la tenencia exclusiva, para qué, para qué supuestos, para superar una situación conflictiva entre los padres justo al revés para superar la situación conflictiva el juez pensó que era mejor que empezaran a trabajar juntos en la crianza y formación del hijo, cuando no existen elementos para definir en forma definitiva por uno o por otro, ninguno de los padres había acreditado mayor idoneidad que el otro, estos fueron los argumentos para, digamos, que el juez probara una tenencia compartida, que en definitiva es un acuerdo o una decisión judicial que no causa estado, si la cosa no funciona siempre se puede modificar, no es para siempre, uno puede experimentar y ver lo que pasa y si no funciona siempre existe la posibilidad de un cambio.

Bueno, voy a terminar, voy a terminar con lo siguiente, porque es bueno que ustedes tengan la confianza de que la defensa de ustedes de la tenencia compartida en un caso particular va a ser aceptada, digamos, por los jueces, va a ser considerada.

Miren ustedes, este es un fallo que surgió por voluntad del propio tribunal y no por voluntad de ninguna de las partes: 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, es un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires del año 2007. de tal modo que el preconcepto existente en torno a quien no tiene la tenencia de los hijos es un mero supervisor un tercero ajeno a la relación que vigila que la tarea conferida se lleva a cabo adecuadamente corresponde a la residencia dividida de los niños en forma alternada, ese es otro fallo, en el domicilio de cada uno de sus padres atribuyendo el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental a ambos progenitores, ustedes como ven, y en otro la tenencia compartida que se propicia no debe ser interpretada como una derrota de la demandada, las nociones de vencedor y vencido no corresponden a la naturaleza de estos procesos, la realidad es que cada 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.

Y bueno, termino diciendo lo siguiente que este sistema de guarda compartida es el que corresponde a la luz de los tratados de derechos humanos porque afirma el principio de participación, porque afirma el principio igualitario y porque

reconoce realmente cuál es el interés superior del niño. No puedo seguir porque ya está terminando este tratamiento de este tema, no tengo más tiempo pero termino con una frase, que quiero que la recuerden: podrá truncarse la vida amorosa de sus 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 en no divorciarse de ninguno de los padres, no perder sus ademanes ni su brújula ni su calor. Muchas gracias.