

Título: **Tenencia compartida de oficio y el principio de congruencia**

Autor: **Medina, Graciela**

Publicado en: **DFyP 2013 (mayo), 01/05/2013, 43**

Cita: **TR LALEY AR/DOC/1430/2013**

Sumario: 1. Hechos. 2. La sentencia. 3. El fallo en contra de la petición. La tenencia compartida de oficio. Los principios de iura cura novit y de congruencia. 3.1 El principio de iura cura novit. 3.2 Relatividad del principio dispositivo en los procesos que involucran a niños. 3.3 El Interés superior del menor. 4. La tenencia compartida y el proyecto de Reforma al Código Civil. 5. Conclusión.

(1)

1. Hechos (2)

En el año 2010 una pareja con dos hijos nacidos en los años 1999 y 2001 se separa y pacta un régimen de tenencia compartida, bajo la modalidad anidar, (3) que se desarrollaría en el hogar común donde los padres se alternarían cada tres días para convivir con sus descendientes.

El sistema no dio resultados satisfactorios para los progenitores, quienes plantean demanda y reconvencción solicitando la tenencia unipersonal de los menores y el uso exclusivo de la casa habitación.

El padre le recrimina a la madre falta de colaboración tanto en la economía familiar, como en las tareas de limpieza, comida y orden familiar. Y asegura que tiene un trato esquivo, denigrante y desprovisto de todo amor maternal respecto a sus hijos.

La madre, le atribuye al progenitor, tratos descalificante e insultos hacia su persona y señala que ellos repercuten negativamente en los niños

En la causa se acompaña un dictamen psiquiátrico que informa que los progenitores mantienen "una proyección de reproches recíproca relacionados con conductas agresivas particularmente en el desempeño de los roles paterno y materno".

Por su parte los adolescentes manifiestan su intención de continuar conviviendo con ambos padres, en similar cantidad de tiempo como el desarrollado hasta el momento. Aclaran que ambos progenitores se ocupan de ellos, que los dos los llevan o los pasan a buscar por el colegio, además de hacerlo en relación a otras actividades y puntualizan que están muy bien tanto con el padre como con la madre.

2. La sentencia

En este contexto el Tribunal dispuso la tenencia compartida y alternada de los niños con ambos progenitores y ordenó a los padres que compartan los niños tiempo equivalente.

A los fines de determinar la manera como se cumplirá la tenencia ordenó el pase de las actuaciones a la Consejera de familia para que ésta convoque a las partes a los efectos de que puedan ellas coordinar la forma que mejor se ajuste a las actuales necesidades del núcleo familiar.

Por otra parte la vocal preopinante Sandra Veloso dispuso que en caso de no avenirse las partes a una nueva modalidad, en cuanto a la distribución del tiempo, ésta quedaba fijada en la forma que las partes estipularon oportunamente. Los restantes vocales adhirieron a la solución.

3. El fallo en contra de la petición. La tenencia compartida de oficio. Los principios iura cura novit y de congruencia

El primer escollo con el que se encontró el tribunal para arribar a la tenencia compartida fue la petición de los padres, quienes pretendían una tenencia personal y propia.

La segunda dificultad residió en que la tenencia compartida ya había sido ensayada, bajo la modalidad anidar, con resultados insatisfactorios para los adultos.

Para salvar el alcance de la pretensión paterno- materna y decidir en contra de sus pretensiones sin afectar el principio de congruencia la vocal preopinante, Doctora Sandra Veloso fundó su voto en:

3.1. El principio de iura cura novit o la facultad del juez de elegir el derecho a aplicar, la que se encuentra reforzada por el orden público familiar, que rige ante la insuperable dificultad de los cónyuges para proveer las soluciones más convenientes a sus hijos.

En este sentido, sostiene que lo que actor y demandado pretenden es que se decida sobre la "tenencia de los niños" y que el juez puede decidir sobre esta pretensión aplicando el derecho que mejor se ajuste al caso, el que no necesariamente a de ser el que invoquen las partes.

A partir de este razonamiento entiende que no se afecta la congruencia si las partes pretenden la tenencia individual y se decide la tenencia compartida, ya que la pretensión a decidir es "la tenencia" y al definir la cuestión los jueces pueden elegir el derecho a aplicar y dar una respuesta diferente a la cuestión que se les trae a decidir a partir de una interpretación distinta del plexo normativo aplicable.

Es entonces en virtud del principio del iura cura novit que aun cuando ambos padres solicitan a su favor la tenencia unilateral el tribunal decide que en el caso resulta preferente la custodia compartida en virtud del interés superior del niño, y de las leyes de orden público que lo contemplan.

3.2 Relatividad del principio dispositivo en los procesos que involucran a niños

Cabe señalar que cuando intervienen menores el principio dispositivo cede o se relativiza y el proceso pasa a ser inquisitivo con el fin de proteger el interés superior del niño y lograr una justicia eficaz, mediante una tutela efectiva.

En este sentido sostiene Kielmanovich que "tales procesos civiles son, por necesaria consecuencia, plenamente inquisitivos, con la virtualidad que ello apareja". (4)

Normalmente los juicios civiles y comerciales son un problema entre dos partes que discuten sus pretensiones ante un órgano jurisdiccional quien además de definir la controversia debe controlar la forma como se desarrolla el litigio. Este esquema tradicional, se deja de lado o se relativiza en los procesos de familia cuando se discuten aspectos que interesan a menores. (5)

Concretamente cuando en el proceso aparecen intereses del niño y/o del adolescente la cuestión cambia. La relación jurídica, originariamente pensada para dos, queda impactada notoriamente, pues a ellos se los debe oír, y esa intervención no es de naturaleza probatoria (testimonial o informativa); menos aun llegan al expediente como terceros, ni se instalan como sujetos de un litis consorcio (activo o pasivo); en consecuencia, el proceso deja de ser bilateral, se triangulariza la relación jurídica procesal y por vez primera, en la historia del proceso visto como lucha, (6) aparece en el ring un tercero con intereses singulares que deben ser atendidos, tutelados y protegidos. (7)

Es por ello que en los procesos donde se discute la guarda de los hijos, la litis no solo se integra con las pretensiones que esgrimen los progenitores, sino que también comprenderá los intereses de otros, los niños afectados, que el magistrado tiene la obligación constitucional y legal de amparar aunque formalmente se deje de lado el principio dispositivo propio de los juicios civiles.

Para decidir en pro de una tenencia compartida dejando de lado las pretensiones de los padres, el tribunal sanisidrense tuvo en cuenta los principios antes expuestos y superando el rol "clásico del juez" resolvió teniendo como mira fundamental el interés del menor que es un principio de orden público de irrenunciable aplicación.

3.3. El Interés superior del menor

La vocal preopinante da por sentado que es más conveniente al interés superior de los niños la tenencia compartida entendida esta no como una combinación exacta de días a manos de cada uno de los progenitores, sino como una concreta y equilibrada participación de ambos progenitores en la vida de sus hijos.

Partiendo de esta premisa, la juez Veloso analiza que esta modalidad de ejercicio de la patria potestad es la que los padres habían propuesto originariamente, que se había ejercido durante dos años, que los hijos querían continuar con esta forma de organización familiar y que ella no había causado problema a los menores quienes tenían una adecuada vinculación con sus dos padres. Teniendo todo ello en consideración propone otorgar a ambos padres la custodia de sus hijos, lo que es aceptado por el pleno del tribunal

Cabe destacar que en el fallo se deja de lado el interés de los padres en pro del interés de los hijos y se opta por lo voluntad de los niños en contra de la voluntad de sus progenitores a quienes se insta a que superen sus desavenencias realizando un tratamiento psicológico.

La solución es novedosa ya que uno de los presupuestos para que la tenencia compartida funcione correctamente es que los padres tengan una comunicación fluida y una posibilidad concreta de consensuar todos los aspectos que hacen al cuidado de sus hijos, circunstancia que en el caso dista mucho de darse, ya que según el informe psiquiátrico acompañado los progenitores mantienen "una proyección de reproches recíproca relacionados con conductas agresivas particularmente en el desempeño de los roles paterno y materno". No obstante ello el tribunal valora los dichos de los menores, la forma como se ha desarrollado el régimen durante dos años y ordena a los padres la realización de una terapia de orientación de padres, confiando en que ella será conveniente para el bien de todo el grupo familiar.

4. La tenencia compartida y el proyecto de Reforma al Código Civil

Cabe destacar que la palabra "tenencia" no es etimológicamente idónea para designar el vínculo

paterno-filial y su proyección jurídica ya que su significado alude más a la relación que se tiene con las cosas y no que a la que se mantiene con las personas.

No obstante que la expresión no resulta correcta para indicar la forma como se va a ejercer la patria potestad, su significado es claro y no suscita problemas ni entre legos ni entre juristas, quienes identifican la tenencia con el derecho preferente a ejercer la guarda del menor por uno de los padres, cuando se ha producido una situación de desavenencia entre los progenitores. (8)

Teniendo en cuenta la discordancia etimológica del término con la institución a la que alude el proyecto de Código Civil y Comercial Unificado abandona esta denominación y llama a la tenencia "cuidado personal" regulándola en el Libro Segundo "Relaciones de Familia" Título VII "Responsabilidad Parental" Capítulo IV "Deberes y Derechos sobre el cuidado de los hijos".

El sistema proyectado llama "cuidado personal" a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo y aclara que cuando los progenitores no conviven el cuidado del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos. (Artículos 648 y 649)

El proyecto de unificación se refiere a lo que actualmente denominamos "tenencia compartida" como "cuidado personal compartido" señalando que puede ser alternado o indistinto y aclara que en el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia mientras que en el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado. (artículo 650)

En el régimen proyectado la regla general es la de otorgar el cuidado del hijo en forma compartida ya sea a pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo.

Advertimos que la resolución en comentario se ubica en consonancia con el sistema propuesto ya que oficiosamente otorga la tenencia compartida de los hijos tras analizar que ésta no era perjudicial a los niños.

Creemos que esta modalidad es ventajosa porque compartimos que (9)

* Favorece la participación de ambos progenitores en la crianza de sus hijos.

* Iguala a los padres en el desarrollo de su vida física, psíquica, emocional, profesional, entre otras, distribuyendo equitativamente las tareas de crianza de los hijos.

* Nivelan situaciones de competencia en cuanto al reconocimiento del rol que cada uno de ellos cumple, evitando la compulsión a la apropiación del hijo por parte de uno de ellos.

* Posibilita la incorporación de criterios educativos compartidos, necesarios para la formación del menor. De manera similar a la acontecida en los periodos de convivencia parental.

* Distribuye más equitativamente los gastos de sostén del hijo.

* Disminuye el sentimiento de abandono o pérdida del niño, como resultado de la separación.

5. Conclusión

El fallo aplica las tendencias más modernas tanto del derecho procesal como del derecho de familia y da una solución acorde con los principios constitucionales y supranacionales de respeto al interés superior del menor y de justicia efectiva.

(1) "A., G. c. T., C. B.. s/tenencia" Expte. N° 54087 Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia nro. 1 de San Isidro, 7 de diciembre de 2012.

(2) Bibliografía especial: ÁLVAREZ, Osvaldo Onofre, Patria potestad compartida. ¿Hacia una entelequia judicial?, en ED, 141-795; Tenencia de menores y su disputa procesal, en ED, 165-266; BÍSCARO, Beatriz R., Tenencia compartida (Una decisión acertada), en JA, 2002-II-668; La patria potestad ejercida en interés de los hijos, en LA LEY, 1989-A, 574; CARPINETI DE HUGHES, Rosa y MAZZINGHI (h.) Jorge, La ruptura matrimonial y la importancia de ajustar la función paterna a una nueva realidad (tenencia compartida, régimen de visitas y alimentos en especie), en ED, 158-1006; CARRANZA CASARES, Carlos, Participación de los niños en los procesos de familia, en LA LEY, 1997-C, 1384; CHECHILE, Ana M., Patria potestad y tenencia compartidas luego de la separación de los padres: desigualdades entre la familia intacta y el hogar monoparental, en JA, 2002-III-1308; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, El interés familiar y el interés social en las cuestiones sobre tenencia compartida de los hijos, en hipótesis de nulidad matrimonial y de divorcio, en JA, 1989-I-979; GRANILLO, Arturo, Efectos del divorcio: guarda de los hijos mayores de cinco años, en LA LEY, 1980-D, 104; GROSMAN, Cecilia P., La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia, en LA LEY, 1984-B, 806; MARTINO, Gloria, Un fallo valioso sobre tenencia, en LA LEY, 1998-D,

1568; MAZZINGHI, Jorge A., Un interesante problema de tenencia, en ED, 159-709; RABINOVICH, Silvia, La tenencia compartida, una alternativa ante el divorcio de la pareja con los hijos, en LA LEY, 1992-A, 532; RABINOVICH, Silvia B., "La tenencia compartida, una alternativa ante el divorcio de la pareja con hijos" LA LEY, 1992-A, 5328; YARKE, María del Carmen, Un derecho del menor: la tenencia compartida, LA LEY, 1993-A, 1038, IÑIGO, Delia B., "Una acertada decisión judicial sobre patria potestad compartida" LA LEY, 1999-D, 477; HOLLWECK, Mariana - MEDINA, Graciela, "Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares", LLBA, 2001-1425, SCHNEIDER, Mariel V., "Un fallo sobre tenencia compartida..." LLBA, 2001-1443, 16; GUAHNON, Silvia, "La intromisión del Estado en los procesos de familia" LA LEY, 2002-E, 1005, BELLUSCIO, Augusto C., "Nuevas reformas del derecho civil y penal Francés: filiación, autoridad parental, prostitución de menores, nombre" LA LEY, 2002-D, 1251. MUSA, María del Carmen, "El caso de los niños itinerantes" LLLitoral 2004 (agosto), 716, DJ, 2004-3, 102, BOSCH MADARIAGA (h.), Alejandro F., "La tenencia compartida en la jurisprudencia" DJ, 2005-3, 77; JÁUREGUI, Rodolfo G., "Aspectos procesales en los conflictos de "tenencia" de niños" LLLitoral, 2005 (agosto), 669, ZALDUENDO, Martín, "La tenencia compartida: Una mirada desde la Convención sobre los Derechos del Niño", LA LEY, 2006-E, 512; DJ, 18/10/2006, 476; SOLARI, Néstor E., "Ejercicio compartido de la autoridad parental" LLBA, 2008 (mayo), 367; "Tenencia compartida" DFyP, 2009 (septiembre), 6028; BIGLIARDI, Karina A. - DE OLIVEIRA, Juan José, "Las pautas de otorgamiento del ejercicio de la patria potestad y el interés superior del niño" DFyP 2010 (mayo), GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, "¿Interés individual o interés familiar? Un debate acerca del modo en como debe dirimirse la tenencia de los hijos luego de producido el divorcio vincular", DFyP, 2010 (julio), 99 SABSAY, Daniel Alberto - ALLEGRETTO, María, Derechos de la niñez, DFyP 2010 (septiembre), 3; BERBERE DELGADO, Jorge Carlos - HAISSINER, Liliana, "El ejercicio de la patria potestad ante la ruptura parental", LA LEY, 2011-D, 1206, DFyP 2011, MIZRAHI, Mauricio Luis, La responsabilidad parental. Comparación entre el régimen actual y el del Proyecto de Código, LA LEY 18/03/2013, 1.

(3) El sistema de anidación es una forma de tenencia de reciente aparición 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. Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares, HOLLWECK, Mariana, MEDINA, Graciela. Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares, LLBA, 2001-1425 Fallo Comentado: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II (CCivyComAzul) (SalaII), 2001/06/04, T., C. A. c. M., J.

(4) KIELMANOVICH, Jorge L., "Sistema inquisitivo y derechos del niño", en Rev. de Derecho de Familia y de las Personas", La Ley, N° 9, octubre de 2011, p. 73.

(5) GOZAINI, Osvaldo Alfredo, "El niño y el adolescente en el proceso", LA LEY, 09/08/2012, 4, LA LEY, 2012-D, 600. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2012-06-26, M., G. c. P., C. A. s/recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M. S. M.

(6) GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, "Tratado de Derecho Procesal Civil", t. I, La Ley, 2009, p. 356.

(7) GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, "El niño y el adolescente en el proceso", LA LEY, 2012-D, 600. Fallo Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2012-06-26, M., G. c. P., C. A. s/recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M. S. M.

(8) HOLLWECK, Mariana, MEDINA, Graciela "Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares" LLBA, 2001-1425.

(9) BERBERE DELGADO, Jorge Carlos, HAISSINER, Liliana. El ejercicio de la patria potestad ante la ruptura parental, LA LEY, 2011-D, 1206, DFyP, 2011 (diciembre), 34.