

LA TENENCIA COMPARTIDA ¿SOLUCIÓN A LA BATALLA LEGAL QUE OTORGA COMO TROFEO A LOS HIJOS?

Rosa Yanina Solano Jaime*

1. INTRODUCCIÓN

Los que nos encontramos en contacto con el Derecho de Familia sabemos que al producirse el quiebre de la pareja y uno de las partes no acepta tal, se producirán de por sí, consecuencias respecto a todo lo relacionado con el hogar que se desintegra, no sólo en el aspecto patrimonial sino sobretodo en el lado más débil y vulnerable que es la relación afectiva padres-hijos y viceversa, pues además de que los hijos se ven obligados a separarse y alejarse de uno de los padres, está en peligro que el progenitor poseedor de la tenencia del niño o adolescente no permita su interrelación con el otro, traduciéndose ello inicialmente en un impedimento a las visitas y quizá en un posterior rechazo de los hijos al contacto con el padre que no ve.

Es necesario recordar que la noción de familia no se limita a las relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros lazos de “familia” de facto cuando las partes viven juntas sin estar casadas por ejemplo, así entre el niño y sus padres existe un vínculo equivalente a la vida familiar. Dentro de ese contexto, el disfrute mutuo de la compañía recíproca de cada uno de los padres y del hijo, constituye un elemento fundamental de la vida familiar, más aún cuando la relación entre los padres se haya resquebrajada, y que las medidas internas que obstaculizan ese disfrute, constituyen una violación de este derecho, debido a que tanto el Código Civil, Código de los Niños y Adolescentes, así como los Convenios Internacionales ratificados por el Perú, crean el marco legal donde se desarrolla el derecho familiar y en el caso específico la protección del menor, basándose en el Interés Superior del Niño y del Adolescente; así en su artículo 9º inciso 3), la Convención sobre los Derechos del Niño, se refiere directamente a este derecho del hijo¹. Es por ello que la intención de la Ley N° 29269 que modifica los artículos 81º y 84º del Código de los Niños y Adolescentes, incorporando en nuestra legislación a la Tenencia Compartida, es demostrar a los hijos, que el nuevo estado de familia no significa ningún cambio para ellos, puesto que se le considera un sujeto de derechos y que sus progenitores a pesar de su separación, siguen teniendo para con ellos derechos y obligaciones debiendo evitársele cualquier tipo de angustias que ellos le causen con su separación; propiciando que su

* Juez del Cuarto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima. Actualmente cursa estudios de Doctorado en la Universidad de San Martín de Porres.

¹ Artículo 9 inciso 3) Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

relación se mantenga en la mejor de las formas, pensando en su interés y su desarrollo psicológico, moral y físico, sin olvidar que este derecho es precisamente un derecho más de los hijos que de los padres. Teniendo en cuenta ello, es necesario analizar si en nuestro país tendrá el resultado esperado.

2. LA TENENCIA Y SU APLICACIÓN EN EL CAMPO JUDICIAL.

Al iniciarse el trámite judicial de tenencia ya sea peticionada por el padre o la madre del niño o adolescente, se observan contextos familiares diferentes según sea el caso; así que hay progenitores que peticionan la tenencia de sus hijos, solicitando un régimen de visitas para el otro padre; hay otros, que si bien es cierto peticionan la tenencia de sus hijos, solicitan además que el otro padre tenga un régimen de visitas limitado, esto es ya sea dentro del hogar donde el hijo habita o sea supervisado por un familiar directo; hay otro grupo de padres que peticiona la tenencia de sus hijos incluso solicitando que el otro padre no tenga oportunidad de interrelacionarse con su hijo, en otras palabras que no se le fije un régimen de visitas. Frente a diversos tipos de petitorios, se tiene que claro y a tenor del artículo 84º inciso c) del Código de los Niños y Adolescentes, que para el padre que no obtenga la tenencia o custodia del niño o del adolescente, debe señalarse un régimen de visitas. Dentro de estas diversas pretensiones, es necesario indicar que desde el punto de vista jurídico, la tenencia de menores se define como una institución que tiene como finalidad colocar al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor en busca de su bienestar, esto es, teniendo como fundamento el Interés Superior del Niño y del Adolescente, resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro, correspondiéndole al que no la ostenta un régimen de visitas. Puede observarse, que “en relación a la tenencia, se fuerza a una elección entre el padre y la madre, opción que pueden realizar los propios interesados o en su defecto el Juez a base de ciertos principios rectores que han sido construidos, teniendo en cuenta el prevalente interés del hijo”². Sin embargo, cabe precisar que en principio la tenencia más recomendable para el bienestar y desarrollo físico, psicológico, y emocional de todo menor, es la ejercida conjuntamente por ambos padres; en todo caso ante la separación de éstos corresponderá al Juzgador determinar si el demandante cuenta con las condiciones apropiadas para ejercer la tenencia de su menor hijo atendiendo para ello el interés superior del niño. En consecuencia se aprecia que nuestro sistema peruano había optado por la tenencia de carácter monoparental, es decir sólo uno de los progenitores podía gozar de la misma, fijándose un régimen de visitas para el otro. Así luego de evaluar los medios probatorios, ofrecidos por las partes,

² GROSMAN, Cecilia, “La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia”. L.L.1984-B. pág.807.-

las evaluaciones psicológicas ordenadas en la persona de los progenitores e hijos y las visitas sociales en el domicilio de los padres, el Juez determinará si el demandante reúne las condiciones ya indicadas para amparar su petitorio estableciendo el régimen de visitas para el otro progenitor.

Sin embargo, lejos de ser una solución armoniosa, el problema que casi la mayoría de Juzgadores afrontamos, es precisamente cuando es amparada la pretensión del demandante y se fija un régimen de visitas para el otro padre, puesto que si bien el régimen de visitas puede ejecutarse, muchas veces el padre que ostenta la tenencia no contribuye a que dicho régimen de visitas se realice de una manera armoniosa y conducente a que se afiance los vínculos con el otro progenitor, que ávido de ver a su hijos dentro del horario establecido sólo encuentra obstáculos, así como no localizar a los hijos dentro del horario que le fijó el Juez, o si bien es cierto sale con su hijo tiene una persecución incesante del otro progenitor hasta que concluya su horario de visitas; o simplemente le manifiestan que su hijo no desea salir con él; o si bien sale con su hijo éste ya no es el niño o el adolescente con quien puede disfrutar de dicha salida puesto que muchas veces la tenencia monoparental ha dado lugar al Síndrome de Alejamiento Parental³; lo que por supuesto es perjudicial para el progenitor a quien no le queda otro remedio que realizar una o más constataciones policiales para efectivizar su régimen de visitas convirtiéndose en un círculo vicioso, que no logró solucionar la autoridad judicial y ahondando más el distanciamiento con el hijo que no logra ver. Es dentro de este contexto en el que se desarrolla el niño o adolescente, por un lado teniendo a uno de sus progenitores más cerca, lo que inevitablemente afianzará sus vínculos con éste, y por otro, a un progenitor con poca oportunidad para relacionarse con su hijo, produciendo un distanciamiento no querido.

3. LA TENENCIA COMPARTIDA COMO SOLUCIÓN A LOS HIJOS DE PADRES SEPARADOS.

Con la Ley N° 29269 que modifica los artículos 81° y 84° del Código de los Niños y Adolescente y que introduce la llamada Coparentabilidad o Tenencia Compartida, en nuestra legislación, se presenta indudables ventajas para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto familiar producido por la ruptura matrimonial o separación de los padres, en la medida en que evita la aparición de los "conflictos de lealtades" de los hijos para con

³ “Es un desorden que se origina primordialmente en el contexto de disputas de la custodia de menores. Se refiere a un trastorno cuya principal manifestación es la campaña injustificada de denigración del niño hacia el padre, o el rechazo al mismo, debido a la influencia del otro combinada con la propia contribución del niño. Notas las tres esenciales elementos de esta definición: 1) Rechazo o denigración hacia un padre que llega el nivel de una campaña, es persistente, no es solo un episodio ocasional; 2) El rechazo esta injustificado, el alejamiento no es una respuesta que pueda ser razonable a los comportamientos del padre rechazado, y 3) Es en parte el resultado de la influencia del otro padre. Pero si alguno de estos tres elementos estuviera ausente, el término Síndrome de Alejamiento Parental no puede ser utilizado” (A merican Juornal of Forensic Psychology, Volumen 19, Tema 23, Año 2001).

sus padres, favorece la comunicación de éstos entre sí, aunque no sirva para disminuir las diferencias entre ellos -tampoco puede afirmarse que las acentúe- y, en fin, coadyuva, por un lado, a visualizar la ruptura matrimonial o de pareja como un conflicto en el que no existen vencedores y vencidos ni culpables e inocentes, y por otro, a concebir el reparto equilibrado de cargas derivadas de la relación paterno filial como algo consustancial y natural, y no como algo eventual o accidental, favoreciendo la implantación en los hijos de la idea de la igualdad de sexos⁴.

Asimismo es necesario indicar que, si bien en nuestros textos legales no estaba regulada la tenencia compartida de manera explícita, ello no ha imposibilitado que en los procesos de tenencia en los cuales, las partes de común acuerdo y teniendo en cuenta la fórmula conciliatoria propuesta por el Juez quien en todo momento velará por los intereses de los niños y adolescentes, acuerden una tenencia donde ambos padres podrán vivir con sus hijos de manera alternada, ya sea por periodos largos o cortos siendo precisamente su objeto el de mantener vivo el doble vínculo de parentabilidad; esto es, no reduciendo la intervención de uno de los padres a horarios que deberán ser cumplidos escrupulosamente por los progenitores y evitando las múltiples excusas ya señaladas anteriormente, sino más bien permitir a ambos padres, su intervención en el crecimiento de sus hijos, conocer sus experiencias, emociones, sus inquietudes además de permitir intervenir en su desarrollo escolar, preocuparse por su salud, por las relaciones de amistad con quien comparte su hijo y en general todo aquello que acompaña a un niño o adolescente en su crecimiento; por lo que teniendo la experiencia en los procesos judiciales que a la fecha se han concluido con conciliación entre las partes fijando una “figurada tenencia compartida”, se puede asegurar el éxito de la misma si se guarda ciertos parámetros.

⁴ En este sentido, resulta clarificadora la enumeración de efectos positivos contenida en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 18ª) de 20 de febrero de 2007, conforme a la cual: “a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática; b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etc., c) se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos; d) se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos; e) no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores; f) hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor; y g) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor.”

4. ANÁLISIS DE LA MODIFICATORIA.

Ahora bien, se puede verificar de la modificatoria al artículo 81º del Código de los Niños y Adolescentes que se precisa que “Cuando los padres estén separados de hecho la tenencia de los niños, niñas y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si, este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente”.

Se aprecia de dicha redacción entonces que para disponer la tenencia compartida no es necesario que sea invocada por una de las partes, ya que el Juez podrá disponer la misma, obviamente teniendo en cuenta el interés superior del niño. A nuestro entender nos parece razonable la norma puesto que ante la situación de cambio social en donde se produce poco a poco un estado de corresponsabilidad, la limitación o exclusión de la posibilidad de tenencia compartida supone hacer una norma que refuerce el papel de uno de los progenitores en la custodia de los hijos en situación de separación de los padres; más aún al otorgársele el Juez esa facultad, éste deberá valorar con carácter previo las circunstancias que se presentan en el caso concreto, así por ejemplo valorará la opinión de los hijos, su edad, el lugar de residencia de los progenitores, la disponibilidad de un domicilio adecuado por ambos progenitores para el cuidado de los hijos e hijas, el horario laboral de los progenitores, así como otras circunstancias relevantes que posibiliten la tenencia compartida sin graves quebrantos en la vida cotidiana de los hijos y de las hijas; por lo que evidentemente tendrá un papel relevante el equipo multidisciplinario compuesto por psicólogos, psiquiatras y asistentes sociales quienes proporcionarán las herramientas necesarias para que el Juzgador tenga un criterio más amplio respecto al caso para determinar que la tenencia compartida por ambos progenitores es el medio más adecuado para procurar el beneficio del menor siempre que sea la situación factible y realmente vivida. Pero es necesario indicar que por lo menos uno de los progenitores deberá solicitar estar conforme con la tenencia compartida, puesto que no tendría sentido forzar a los padres a la misma cuando ninguno de ellos lo tiene en mente ni presente o cuando exista una oposición frontal de una de las partes, puesto que el Juzgador fundamentará y justificará esta medida, en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor, lo cual quiere decir que la tenencia concentrada en uno sólo de los progenitores con un régimen de visitas del otro no es la mejor solución para el caso concreto.

5. ANOTACIONES FINALES.

Con la modificatoria se presente construir una regulación legal sobre la base general de la realidad social de las partes en un proceso, sin embargo y como se ha esbozado en el presente artículo la tenencia compartida se debe considerar en el supuesto en donde se pueda entender adecuado según el contexto familiar de cada caso en concreto, ya sea consensuada o estimada por el Juzgador, ateniendo a las circunstancias más adecuadas para los niños y adolescentes y que favorezca sus intereses; sin embargo hay que tener presente que sobre la norma se debe trabajar principalmente en la oportunidad que brinden los progenitores para que esta institución se desarrolle puesto que ellos son quienes en principio, están en mejores condiciones de saber si podrán llevar a cabo el régimen convenio y qué es lo más beneficioso para sus hijos a efectos de poder vincularse con ellos de la manera más conveniente para ellos.