

Nuevas modalidades de la guarda y la custodia

Dra. Marta del Rosario Mattera

I.- PRINCIPIO DE EJERCICIO COMPARTIDO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL Y SUS EXCEPCIONES:

De conformidad con el nuevo régimen legal establecido a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (1/8/2015), se parte del principio del ejercicio compartido de la responsabilidad parental, contemplándose distintos supuestos (art. 641):

a) en caso de convivencia con ambos progenitores: la ejercen ambos, presumiéndose que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos en que es necesaria la manifestación expresa de ambos (por ej. autorización para salir del país) cuando medie expresa oposición;

b) en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio también la ejercen ambos, con la misma presunción, pero se establece que “por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades. En el trámite mismo del juicio de divorcio se requiere la presentación de un plan de parentalidad y, en su defecto, queda a decisión judicial.

c) en caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor: la ejerce exclusivamente el otro, si bien se mantiene la obligación alimentaria en los casos de privación y suspensión del ejercicio

d) en caso de hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial: el único progenitor

e) en caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, al otro progenitor. En interés del hijo, los progenitores de común acuerdo o el juez pueden decidir el ejercicio conjunto o establecer distintas modalidades.

En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público (art. 642).

Si los desacuerdos son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, el juez puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder de dos años. El juez también puede ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación.

Con independencia de que el cuidado sea unipersonal o compartido, la administración de los bienes del hijo es ejercida en común por los progenitores cuando ambos estén en ejercicio de la responsabilidad parental. Los actos conservatorios pueden ser otorgados indistintamente por cualquiera de los progenitores (art. 685).

II.- DELEGACIÓN DEL EJERCICIO:

Existen dos hipótesis:

a) Delegación en un pariente: por acuerdo de ambos progenitores o decisión del único de ellos que ejerce la responsabilidad parental -en el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas- pueden delegar dicho ejercicio en un pariente.

El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido.

Por otra parte, el art. 104 establece que en los casos en que se hubiera otorgado la guarda a un pariente, sea por delegación parental o por decisión judicial, la protección de la persona y bienes del niño, niña y adolescente puede quedar a cargo del guardador por decisión del juez que otorgó la guarda, u homologó la delegación, si ello es más beneficioso para su interés superior. En ambos supuestos, el guardador es el representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial.

b) Delegación en el progenitor afín: El progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental con dos condiciones:

1.- cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria

2.- siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio.

Esta delegación requiere la homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente.

III.- PROGENITORES ADOLESCENTES (art. 644):

Se considera adolescente a la persona menor de edad a partir de los trece años.

Los progenitores adolescentes, estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud.

Las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo.

El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos. En caso de conflicto, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local. La plena capacidad de uno de los progenitores no modifica este régimen.

IV.- CUIDADO DE LOS HIJOS

Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo (art. 648), equivalente a guardia y custodia en otros regímenes.

La lógica de la participación sostiene el principio igualitario entre el hombre y la mujer para realizar sus proyectos de vida. Además, se concilia con los cambios que se han producido en los roles establecidos en función del sexo. Existe un reconocimiento de la figura del padre en la socialización de los hijos.

La posición del niño frente a este reconocimiento de igualdad entre sus padres ha ido apareciendo en las decisiones judiciales, las que cada vez más frecuentemente establecen que es un derecho del niño mantener contacto con ambos progenitores y que ese derecho no puede dejarse de lado automáticamente: el incumplimiento del deber alimentario por el

progenitor no conviviente no autoriza al tenedor a interrumpir el contacto de aquél con el niño.

La jurisprudencia también fue avanzando en la idea de que es bueno otorgar la custodia del hijo a aquel de los progenitores que sea capaz de asegurar mejor el contacto del niño con el que no ejerce la custodia.

1.- Modalidades

Se contemplan distintas hipótesis para el caso de progenitores no convivientes según que el cuidado personal del hijo sea asumido por un progenitor o por ambos (art. 649), admitiéndose distintas modalidades (art. 650):

a) padres no convivientes que comparten el cuidado:

1.- alternado: el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia

2.- 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, que es la opción que se prefiere, ya sea pedido de uno o ambos progenitores o de oficio el juez debe otorgar esta modalidad como primera alternativa, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo.

El sistema de cuidado compartido, no es una regla dogmática, ya que no siempre es posible su realización, ya sea por razones de distancia, trabajo, edad de los niños, condiciones de salud de los progenitores, etc.

b) cuidado personal unilateral: en el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el juez debe ponderar:

a) la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro;

b) la edad del hijo;

c) la opinión del hijo;

d) el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo.

El otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente, como asimismo el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo.

En todos los casos, cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo (art. 654). El deber de informar recíproco que recae en ambos progenitores –cualquiera sea la modalidad adoptada- fortalece la comunicación continua entre ambos con el fin de velar por la persona y bienes del hijo. Además, esta referencia expresa cuestiones tan trascendentes para el hijo que hacen al contenido de los derechos humanos personalísimos y se vinculan de manera directa con el espacio de actuación que los progenitores tienen respecto de ellos.

2.- Plan de parentalidad

Los progenitores pueden presentar un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo (art. 655), que contenga:

- a) lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor;
- b) responsabilidades que cada uno asume;
- c) régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia;
- d) régimen de relación y comunicación con el hijo cuando éste reside con el otro progenitor.

El plan de parentalidad propuesto:

- 1.- puede ser modificado por los progenitores en función de las necesidades del grupo familiar y del hijo en sus diferentes etapas.
- 2.- debe acordarse procurando la participación del hijo, tanto en su elaboración como en su eventual modificación.

Si no existe acuerdo o no se ha homologado el plan, el juez debe fijar el régimen de cuidado de los hijos y priorizar la modalidad compartida indistinta, excepto que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado.

Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición (art. 656).

3.- Deberes y derechos de los progenitores afines

Sin perjuicio de la ya señalada posibilidad de delegación de la guarda, se regula también una obligación adicional para el progenitor afín (cónyuge o conviviente) del progenitor que tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente, estableciéndose que:

- a) debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro,
- b) debe realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y
- c) puede adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor.

Este deber de colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental (art. 673)

Asimismo, se establece una obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, que cesa en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia.

Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia.

Paralelamente, ya se trate de cónyuges casados bajo el régimen de comunidad o de separación de bienes, o sólo de convivientes, se encuentran alcanzados por una disposición de orden público que los obliga no sólo a contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos, sino también a cubrir las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno solo de ellos que convivan.

V.- OTRAS NORMAS COMPLEMENTARIAS:

a) Tanto se trate de cónyuges como de convivientes, uno de los factores a tomar en cuenta al momento de decidir la atribución de la vivienda familiar es precisamente si uno de ellos tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad (arts. 443 y 526).

b) Por otra parte, además de la norma contenida en materia de responsabilidad parental, existe otra regulación que refuerza el derecho de comunicación dentro de las obligaciones de los parientes (arts. 555 a 557), aplicable tanto a los progenitores como a cualquier otra

persona que esté ejerciendo la custodia, por cuanto se refiere a “los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas”

La obligación consiste en permitir la comunicación de estas personas “con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado”, haciéndose extensiva a “quienes justifiquen un interés afectivo legítimo”.

En mi opinión, esto implica que aun cuando sea uno de los progenitores el que detente el cuidado personal del hijo, deberá no sólo facilitar la comunicación con el otro, sino también con la familia ampliada, incluidos los referentes afectivos.

Si el cuidador planteara una oposición fundada en posibles perjuicios a la salud mental o física de los interesados, el juez debe resolver lo que corresponda por el procedimiento más breve que prevea la ley local y establecer, en su caso, el régimen de comunicación más conveniente de acuerdo a las circunstancias.

El juez puede también imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación -establecido por sentencia o convenio homologado- medidas razonables para asegurar su eficacia.

c) El abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero, es causal de privación de la responsabilidad parental (art. 700)