

LA TENENCIA Y EL RÉGIMEN DE VISITAS DE LOS HIJOS EN EL PERÚ

Liliana Bertha Castillo Regalado*

CASTILLO REGALADO, Liliana Bertha: La Tenencia y el Régimen de Visitas de los hijos en el Perú. En: IPEF, Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses, Año XIII N° 75. Setiembre 2017, pps. del 41 al 56.

Print ISSN: 2308- 5401
La revista indexada en LATINDEX (folio 22495) www.
latindex.org.unam.mx

RESUMEN

Los padres deben ejercer la tenencia o cuidado de los hijos mediante la crianza y la educación, así como el ejercicio del poder de vigilancia, corrección mediante el buen trato, que implica recibir cuidados, afecto, protección, socialización y educación no violentas, en un ambiente armonioso, solidario y afectivo, en el que se le brinde protección integral por parte de sus padres. El ejercicio de la custodia o tenencia de los hijos recae de igual forma en el padre y en la madre. Cuando los padres de un menor se encuentran separados solo uno de ellos debe quedarse al cuidado de los hijos. Siendo una primera forma de regular este derecho-deber de los padres la conciliación, fracasada esta será el juez de familia quien decida la tenencia y las visitas. La tenencia compartida de los hijos es una institución legal novísima en nuestro sistema jurídico, garantiza el equilibrio emocional y psicológico de los menores que sufren la amarga experiencia de la separación de sus padres. Para que sea dictaminada debe surgir de un ambiente especial propio de una conducta madura y responsable de los padres. Los niños tienen derecho a preservar sus relaciones familiares y a no ser separados de sus padres. Si hay alguna separación, tienen derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular.

ABSTRACT

Parents must exercise the care and care of their children through upbringing and education, as well as exercising the power of vigilance, correction through good treatment, which entails receiving non-violent care, affection, protection, socialization and education in a harmonious, supportive and affective environment, in which he is given comprehensive protection by his parents. The exercise of custody or custody of the children falls equally to the father and the mother. When the parents of a minor are separated, only one of them should remain in the care of the children. Being a first form to regulate this right-duty of the parents the conciliation, failed this will be the judge of family who decides the tenence and the visits. The shared ownership of children is a new legal institution in our legal system, guarantees the emotional and psychological balance of children who suffer the bitter experience of separation from their parents. To be judged must arise from a special environment of mature behavior and responsible parents. Children have the right to preserve their family relationships and not be separated from their parents. If there is any separation, they have the right to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis.

PALABRAS CLAVE

Padres, tenencia de los hijos, cuidado de los hijos, crianza, custodia de los hijos, tenencia compartida de los hijos, relaciones familiares, separación de sus padres, régimen de visitas.

KEY WORDS

Parenting, childcare, childcare, parenting, custody of children, sharing of children, family relationships, separation of parents, visiting arrangements.

Fecha de recepción de originales: 07 de Agosto de 2017

Fecha de aceptación de originales: 28 de Agosto de 2017

INTRODUCCIÓN

El cuidado o custodia de los hijos¹ es un conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres

respecto de los hijos. Los padres deben ejercer la custodia o cuidado de los hijos mediante la crianza y la educación, así como el ejercicio del poder de vigilancia, corrección mediante el buen trato,

* Abogada. Egresada de Maestría en Derecho de Familia UNFV. Investigador independiente (Perú).

¹ Ley N° 30403, prohíbe expresamente el uso del castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes. Esta prohibición abarca todos los ámbitos en los que transcurre la niñez y adolescencia, comprendiendo el hogar, la escuela, la comunidad, lugares

que implica recibir cuidados, afecto, protección, socialización y educación no violentas, en un ambiente armonioso, solidario y afectivo, en el que se le brinde protección integral por parte de sus padres.

Dicha custodia en principio es compartida en la medida en que los padres y los hijos vivan juntos. No obstante, cuando ello no es así, el cuidado directo, que se traduce en la convivencia o tenencia, como también suele llamarse, debe corresponder a uno de los progenitores, o a falta de éstos a parientes consanguíneos más próximos, preferiblemente los abuelos, o inclusive al Estado (como sucede en casos de abandono).

El ejercicio de la custodia o tenencia de los hijos recae de igual forma en el padre y en la madre, no hay norma o fórmula mágica que imponga preferencias en atención al sexo o la edad, en virtud al plano de igualdad que se predica tanto de los progenitores, como de los hombres y las mujeres.

Cuando los padres de un menor se encuentran separados solo uno de ellos debe quedarse al cuidado de los niños o adolescentes a eso se llama tenencia, sin embargo, cuando no hay acuerdo el tema se complica. Siendo una primera forma de regular este derecho-deber de los padres la conciliación, fracasada esta será el juez de familia quien decida.

Siendo bastante frecuente que un padre impida al otro que vea a su hijo y lo oculte, incurriendo en una seria infracción legal. Siendo común que las parejas cometan el error de tomar a sus hijos como un botín de guerra para vengarse de su ex. Esto acarreará una serie de problemas tanto para la formación del menor como para el derecho del otro padre-madre.

La tenencia judicializada, puede resultar uno de los litigios más complejos y difíciles del derecho de familia y es porque la ley parte de ciertas premisas como son:

El niño (a) permanecerá con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable.

- El menor de tres años permanecerá necesariamente con la madre.
- El juez escuchara la opinión del niño y tomara en cuenta la decisión del adolescente.
- La ley prefiere siempre que los menores se queden con la madre.
- El juez puede resolver según las circunstancias particulares del caso otorgando la tenencia compartida por los padres.

Cuando el conflicto de pareja, se traslada al ámbito filial, el problema se agrava, esto impide a los padres conciliar la custodia de los hijos, iniciándose una pugna judicial, una demanda de una o de ambas partes ante un juez de familia, quien —previo análisis de la situación e interrogatorio de parte, recepción de testimonios y actuación de las pruebas pertinentes— asignará la custodia o tenencia a uno de los padres, bien porque de hecho éstos no viven juntos, o porque media entre ellos una declaración de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación de cuerpos; y entre ellos no pudieron alcanzar un consenso coordinado respecto a este aspecto fundamental de la relación paterno-filial, desperdiciando la oportunidad de conciliar el asunto y resolverlo bajo sus propios términos.

Surge entonces la posibilidad de que la instancia judicial resuelva afectando a alguno de los padres limitando los derechos de uno de ellos, restringiendo su participación plena en la educación, orientación y corrección de sus hijos, así como limitar (en la práctica) el ejercicio de la patria potestad. Esto de ninguna manera libera a dicho padre-madre de sus responsabilidades, especialmente en lo relativo al deber de colaborar con la crianza, que se traduce principalmente en el cumplimiento de la obligación alimentaria.

Sólo cuando la conducta de uno de los padres afecte la salud física o mental de los menores (por ejemplo en casos de maltrato o el incumplimiento en el aporte de los alimentos), un juez de familia puede privarlo de la custodia y negarle el derecho correlativo de las visitas. Inclusive, puede

de trabajo, entre otros relacionados.

Además, se ha incorporado el artículo 3-A al Código de los Niños y Adolescentes, a fin de precisar el derecho al buen trato que corresponde a los menores. Así, este precepto señala que los niños, niñas y adolescentes, sin exclusión alguna, tienen derecho al buen trato, que implica recibir cuidados, afecto, protección, socialización y educación no violentas, en un ambiente armonioso, solidario y afectivo, en el que se le brinde protección integral, ya sea por parte de sus padres, tutores, responsables o representantes legales, así como de sus educadores, autoridades administrativas, públicas o privadas, o cualquier otra persona. Asimismo, se precisa que el derecho al buen trato es recíproco entre los niños, niñas y adolescentes.

suspenderse o privársele del ejercicio de la patria potestad, lo que sucede en casos extremos.

Dicha sentencia que resuelva sobre la custodia y las visitas puede ser modificada posteriormente por el juzgado que conoció de la demanda inicial, previa petición de uno de los padres, cuando varíe la situación de hecho con base en la cual se tomó la decisión.

La tenencia compartida de los hijos es una institución legal novísima en nuestro sistema jurídico, se viene implementando con éxito a nivel mundial, teniendo entre sus beneficios el permitir garantizar el equilibrio emocional y psicológico de los menores que sufren la amarga experiencia de la separación de sus padres. Claro que para que sea dictaminada debe surgir de un ambiente especial propio de una conducta madura y responsable de los padres, propia de ciudadanos serios y cumplidores de derechos y obligaciones, sin ningún resquicio de violencia física o verbal, que predisponga el buen trato para con el menor y para con la contraparte filial.

El objetivo de la Crianza Compartida es que el hijo no pierda a ninguno de sus padres cuando estos se separan o divorcian. Nace del dolor y del vacío de millones de niños, que por una causa u otra han sido privados de alguno de sus progenitores (en la mayoría de los casos del padre). Surge dicha situación como la mejor solución al inconveniente de no privar al menor de la presencia permanente y constante de ninguno de los progenitores, en circunstancia particular de niños cuyos padres no viven juntos.

Así lo establece la Declaración de los Derechos del Niño, promulgada en 1959 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuyo mandato es que los niños tienen derecho a preservar sus relaciones familiares y a no ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos; pero, si hay alguna separación, tienen derecho a “mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular”.

1. DEFINICIÓN LEGAL DE LA FAMILIA

La familia, es un instituto natural y fundamental de la sociedad, que tiene su origen en el matrimonio, en la unión de hecho reconocida o no de un varón y una mujer quienes tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos,

deberes y responsabilidades, obligaciones mutuas para alimentar, educar y dar seguridad a los hijos.

Está conformada además de los padres y por los hijos. Quienes tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

La Constitución peruana de 1993 (art. 4) establece: “*La comunidad y el Estado protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.*”

La familia desempeña un rol fundamental para la cohesión social; ya que es el primer lugar de socialización de las personas desde que nacen. Es en ella donde se construye a través de la educación el capital humano, la persona humana. Es donde se suministran a las personas los valores que serán trasladados luego a la sociedad, convirtiéndose luego en normas y valores morales.²

2. MULTIPLICIDAD DE FORMAS DE VIDA EN FAMILIA

En las sociedades postmodernas el matrimonio ha dejado de ser el centro del Derecho de familia. Pasado de un modelo familiar de corte rígido y monolítico a una pluralidad de modelos con diversas formas de organización de las familias contemporáneas. Tal es el caso del matrimonio heterosexual, el matrimonio homosexual, las parejas registradas o que formalizan su unión, las parejas no registradas o no formalizadas, las familias monoparentales, compuestas por un solo progenitor que convive con sus hijos, las familias conformadas por dos madres y sus hijos o las familias reconstituidas o recompuestas.

Es un hecho que se va dando un número importante de hogares en los que los niños no tienen lazos biológicos (ni adoptivos) con al menos uno de los padres / madres sociales.

Surgiendo familias basadas en relaciones paterno filiales de hecho, bien porque se sustentan en relaciones de este tipo con los hijos de su pareja, bien porque se trata de situaciones en la que un hijo cree de buena fe que era el hijo biológico o adoptivo de una pareja o de una *persona y descubre que no lo era* (filiación putativa). Situaciones que en muchos casos no están protegidas por el derecho. Tal podría ser el caso de un padrastro que crio a la hija de su conviviente y luego de muchos años se separa, no

2 ZICAVO MARTÍNEZ, Nelson; Vida familiar, vida laboral y políticas públicas: ¿conciliación posible? nzicavo@ubiobio.cl

teniendo derecho a la tenencia, ni a la visita, pudiendo ser inclusive objeto de alejamiento forzado por mandato judicial.

Con ello surge la necesidad de replantear las definiciones familiares, tal como lo plantea GARCÍA RUBIO. Con la existencia de «otras familias» de composición distinta y con otro tipo de lazos afectivos. Dichas realidades merecen la pena ser reguladas a fin salvaguardar derechos inherentes³.

La situación se complica y agudiza con la convivencia de hecho, la que a menudo es un preludio del matrimonio o incluso un interludio entre varios matrimonios sucesivos, lo mismo que sucede con las situaciones de monoparentalidad o de recomposición familiar. Es indudable que muchas personas pasan por más de una de estas experiencias a lo largo de su vida, y que todas ellas son hoy menos definitivas, menos inamovibles y más igualitarias que nunca antes lo fue la institución familiar⁴.

Esta pluralidad de formas de vida en familia es un indicativo del incremento de las opciones (en ejercicio del derecho a la libertad personal, libre de ataduras sociales) y el resultado de las elecciones individuales.

Siendo la unión de hecho una situación de facto derivada de la convivencia de un hombre y una mujer no unida por matrimonio, pero si para cumplir finalidades semejantes al matrimonio y que comparten un proyecto de vida común basada en relaciones afectivas de carácter singular y dotado de estabilidad y permanencia. El derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio o formar una Unión de Hecho, y a fundar una familia está inmerso en el derecho a la libertad personal y de desarrollar sus proyectos de vida.

Para nuestra normativa social el Concubinato se utiliza precisamente para hacer notar que no se ajusta a la familia matrimonial y que, por ende, se trata de un hecho que se encuentra fuera del orden social, fuera del derecho, al estrellarse con los valores por todos reconocidos: es lo ilícito, lo anormal, lo reprobable. Denotando que existe una carga ideológica que pone sobre el tapete una clara toma de posición.

Otras maneras de encarar dicha situación, es la utilización por el Derecho Comparado de los términos “pareja estable”. Donde el vocablo “pareja” alude a dos personas unidas, sin necesidad de la presencia de hijos. La calificación de “estable” tiene como propósito atacar el mito de la precariedad. También se suele utilizar el término “cohabitación legal” como una forma de legalizar la cohabitación no matrimonial (Estados Unidos de América).

Son funciones tradicionales de la familia la educación, la integración de sus miembros al seno social, cooperación entre los consortes y entre ellos para la crianza de los hijos, la asistencia y solidaridad. Estas vienen sufriendo serios embates, como es el crecimiento de los índices de violencia familiar, debido a su estructura de familia autoritaria, destinada a mantener una unidad intrafamiliar a todo costo, caracterizada por la imposición de las decisiones del marido y padre.

A la sombra de esta va surgiendo la familia “democrática” en la que las opiniones de todos los integrantes cuentan, expresión de derechos individuales.

Para nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio y las uniones de hecho, tienen una regulación jurídica distinta, y la elección entre una de ellas recae en las personas, y dicha elección por ser libre y voluntaria obedece a las opciones y perspectivas personales, las que requieren el respeto a la diferencia (tolerancia) en los diversas esferas de la vida en sociedad.

3. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Tal como lo señala AGUILAR la institución de la Patria Potestad no debe entenderse exclusivamente como derechos propios de los padres respecto de sus hijos, sino como una mezcla o conjunto de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos⁵.

La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. El mismo que se desarrolla en un entorno de buen trato, que implica recibir cuidados, afecto, protección, socialización y educación no

3 GARCÍA RUBIO, María Paz; Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica, http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/10/113_138%20GARCIA.pdf

4 GARCÍA RUBIO, ob.cit.

5 AGUILAR, Benjamín, La Familia en el Código Civil Peruano, Ediciones legales, Lima, 2008, p. 298.

violentas, en un ambiente armonioso, solidario y afectivo, en el que se le brinde protección integral, ya sea por parte de sus padres, tutores, responsables o representantes legales, así como de sus educadores, autoridades administrativas, públicas o privadas, o cualquier otra persona.

Se encuentra integrada por diversos derechos-deberes, tales como la educación, la corrección, la vigilancia, la asistencia espiritual y material y la representación legal.

En este contexto el derecho-deber de guarda o tenencia aparece como uno de los contenidos de la patria potestad. Se advierte, entonces, que el ejercicio de estas potestades y el cumplimiento de los deberes señalados a los padres con relación a los hijos menores presupone su custodia permanente y que han de convivir con ellos, ya que dicha atribución solo puede ser materializada de manera cercana y directa por el padre o la madre atentos a las diversas circunstancias que surgen en el acontecer diario.

El Código de los Niños y Adolescentes regula este derecho en su artículo 74: "Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad:

- a) Velar por su desarrollo integral;
 - b) Proveer su sostenimiento y educación;
 - c) Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes;
 - d) *Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente;*
 - e) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos;
 - f) Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil;
 - g) Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención;
 - h) Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran; y
 - i) Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el Artículo 1004 del Código Civil.
- Pudiendo este deber-derecho ser suspendido (Artículo 75 del CNA) en los siguientes casos:
- a) Por la interdicción del padre o de la madre originada en causas de naturaleza civil;
 - b) Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre;

- c) Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan;
- d) Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad;
- e) Por maltratarlos física o mentalmente;
- f) Por negarse a prestarles alimentos;
- g) Por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con los Artículos 282 y 340 de Código Civil.
- h) Por haberse abierto proceso penal al padre o a la madre por delito en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos o por cualquiera de los delitos previstos en los artículos 107, 108-B, 110, 125, 148-A, 153, 153-A, 170, 171, 172, 173, 173-A, 174, 175, 176, 176-A, 177, 179, 179-A, 180, 181, 181-A, 183-A y 183-B del Código Penal o, por cualquiera de los delitos establecidos en el Decreto Ley 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.
- i) Por declaración de desprotección familiar provisional de un niño o adolescente.

En los casos de separación convencional y divorcio ulterior, ninguno de los padres queda suspendido en el ejercicio de la Patria Potestad.

Además la Patria Potestad se extingue o pierde: Por muerte de los padres o del hijo; Porque el adolescente adquiere la mayoría de edad; Por declaración judicial de desprotección familiar; Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos o por la comisión de cualquiera de los delitos previstos en la ley; Por reincidir en las causales de suspensión de la patria potestad; y por cesar la incapacidad de hijo, conforme al Artículo 46 del Código Civil.

Asimismo también, los padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la Patria Potestad podrán pedir su restitución cuando cesa la causal que la motiva.

4. TENENCIA O CUSTODIA DE LOS HIJOS

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 Adolescente⁶.

6 RODRÍGUEZ REY, Tayli, "Custodia Compartida: una alternativa que apuesta por la no disolución..." p. 109.

La normativa familiar incluye a la guarda o tenencia⁷ y al régimen de visitas en su competencia material. Se trata de instituciones del Derecho de Familia encaminadas a la protección del hijo menor y a su educación, y tienden al logro de un desarrollo físico y psicológico de forma tal que puedan desenvolverse en su vida adulta.

El ejercicio de la custodia o tenencia de los hijos no ofrece dificultades cuando ambos progenitores conviven, pues ejercen ambos la titularidad de la autoridad parental. Sin embargo, cuando la situación familiar se deteriora, ya sea por la interrupción de la convivencia parental o por la difícil relación entre padres e hijos, y éstos quedan bajo el cuidado de solo uno de ellos⁸, se produce lo que se ha dado en llamar “el desmembramiento de la guarda”⁹.

5. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO / NIÑA

El interés superior del niño o niña indica que las sociedades y gobiernos deben de realizar el máximo esfuerzo posible para construir condiciones favorables a fin de que los niños y niñas puedan vivir y desplegar sus potencialidades.

El interés superior es una garantía de que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Es entendido como un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible.

El concepto del interés superior del niño tendría por lo menos algunas funciones:

- A. Ayudar a que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos del niño y la niña.
- B. Obligar a que las políticas públicas den prioridad a los derechos de la niñez.
- C. Permitir que los derechos de la niñez prevalezcan sobre otros intereses, sobre todo si entran en conflicto con aquellos.
- D. Orientar a que tanto los padres como el Estado en general, en sus funciones que les son relativas, tengan como objeto “la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo.

6. CRIANZA COMÚN DE LOS HIJOS POR AMBOS LOS PADRES

El nacimiento nos convierte en padres y madres. Situaciones que STEFFEN CÁCERES grafica con gran acierto al afirmar que, si bien es cierto la concepción del hijo, tiene una diferencia física en el escenario y ritmo del embarazo, por ser la madre la portadora biológica de la criatura, en contraparte “el embarazo del padre” radica en la mente, dado que vivencia en forma empática las ansias de la paternidad¹⁰.

La guarda común entonces implica la cohabitación de padres e hijos. La desmembración de la convivencia de los padres supone la atribución de la tenencia a uno de los cónyuges y el correspondiente establecimiento de un régimen de visitas para el otro. Siendo a su vez un derecho correlativo, ya que a la par del derecho subjetivo de los padres, aparece el de los hijos de estar junto a sus padres, o mantener contacto, lo que constituye un deber para aquéllos.

7 Código de los Niños y Adolescentes (CNYA):

“Artículo 81º.- Tenencia

Quando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o 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.”

“Artículo 84º.- Facultad del juez

En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;

b) El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y

c) Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.”

8 CNYA: Artículo 83.- Petición.- El padre o la madre a quien su cónyuge o conviviente le arrebató a su hijo o desee que se le reconozca el derecho a la Custodia y Tenencia, interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes.

9 BERTOLDI y FERREYRA, ob. cit., p. 335.

10 STEFFEN CÁCERES, María Guisella; PARADIGMA DE TUICIÓN COMPARTIDA, <http://www.serpapadre.org.ar/>

Siendo indudable que en caso de divorcio, o separación de los convivientes, un niño necesita continuar el contacto que tenía con ambos padres¹¹.

Ante el hecho de la separación surge el planteamiento de determinación de quién de los padres ha de asumir la tenencia de los menores, entonces, situación que sólo se plantea cuando los padres pasan al estado de no convivientes o se encuentran separados o divorciados.

7. DIFERENCIA CON LA TUTELA

La tenencia se aplica solo a los padres, es decir es relativa y aplicable solo al padre o la madre del menor hijo, mientras que la tutela es la institución que protege al menor en la ausencia de los padres y se concede a los abuelos u otros familiares.

8. DIFERENCIA CON LA PATRIA POTESTAD

La Patria Potestad es el derecho a ser padres y decidir sobre los hijos, este derecho les asiste a los dos padres por igual y resulta no negociable, ni renunciable

Solo se puede suspender por hechos muy graves y debidamente acreditados en un proceso judicial como por ejemplo dedicar a la mendicidad a los hijos. Incumplir con los alimentos, o dar malos ejemplos entre otros.

9. VARIACIÓN DE TENENCIA

Una vez asignada la tenencia a uno de los padres, mediante sentencia, el otro podrá iniciar otro proceso pidiendo la variación de la tenencia¹². este proceso solo es recomendable si se estima que hay nuevos elementos o hechos que acrediten que el menor se encuentra mal con el padre o madre a quien se le dio la tenencia, solo se puede iniciar a los 6 meses luego de concluido el anterior.

10. IMPORTANCIA DE LA PRESENCIA DE LOS PADRES EN LA CRIANZA DE LOS HIJOS

Por muchos años los especialistas de la psicología y otras disciplinas enfatizaron lo

importante que era para un niño o niña en sus primeros años de vida tener una relación cercana y segura con la madre. Sin embargo, esta mirada se ha ampliado, reconociendo que el padre es también una figura central para el desarrollo físico y emocional de un niño o niña.

En cada momento de la vida del niño, el padre tiene su aporte que hacer, en tanto que persona y en tanto que hombre¹³. Un papá presente y cercano a la crianza de sus hijos es necesario en dos dimensiones. La primera tiene que ver con su relación directa con el hijo o hija. Cuando el padre participa en los controles prenatales, puede mirar el desarrollo de su hijo en las ecografías o escuchar su corazón, tiene más posibilidades de ir desarrollando una relación afectiva con él desde antes de que nazca. Esta relación que para las madres es tan obvia porque sienten los cambios en su cuerpo y el movimiento del niño dentro de ellas, para el hombre no lo es. Su experiencia del embarazo es a través de lo que vive la mujer, y por lo tanto toda experiencia "directa" con el hijo le va haciendo más real su presencia en su vida.

Hoy se sabe que un niño con más de una figura de apego, con más de una persona que lo cuida y le hace sentir querible, es un niño que crece con una base más sólida para enfrentar la vida.

En la Declaración de Languedac¹⁴ se fijan al respecto ciertos Principios:

1. Se le debe otorgar tanto a los padres y como a las madres el mismo estatus en relación a la crianza de sus hijos. Consecuentemente, deben tener también igualdad de responsabilidades y de derechos.

2. Cuando los padres no puedan llegar a un acuerdo en relación al tiempo de convivencia con los hijos luego de la separación, los niños deberán gozar de igual tiempo de convivencia con ambos.

3. La paternidad y la maternidad pueden basarse solamente en la calidad de las relaciones padres-hijos y no en la calidad de las relaciones

11 ALLES MONASTERIO, Ana M., Secretaria de la Comisión de Minoridad del CPACF, De la Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal

12 CNYA: Artículo 82.- Variación de la Tenencia.- Si resulta necesaria la variación de la Tenencia, el Juez ordenará, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno. Sólo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato.

13 ¿PARA QUÉ NECESITA UN NIÑO A SU PADRE?, <http://www.serpapadre.org.ar/>

14 La Declaración de Languedac, <http://www.anupa.com.ar/articulos/page5.html>, TEXTO DE APOYO INTERNACIONAL A LA CUSTODIA COMPARTIDA

que mantienen los cónyuges separados entre sí. Los niños tienen el derecho de tener un vínculo con ambos padres y viceversa.

11. ROL DEL PADRE EN LA CRIANZA DEL HIJO

Jean Le Camus¹⁵. Psicólogo y Psiquiatra de niños y de adultos, nos dice que desde hace tiempo los profesionales de la psiquis plantean que el padre representa la autoridad, permite la interiorización de la ley, de los límites a respetar y tiene también un rol en la construcción de la identidad sexual del niño. También lo han reconocido como el “tercero” que impide una fusión demasiado grande entre la madre y el hijo. Pero recién en los últimos tiempos empiezan a ver que el padre significa mucho más que esa imagen tutelar o simbólica.

Le Camus nos dice que está demostrado que si el padre está bien presente junto al niño, su rol es ser un abridor de caminos, un catalizador para la toma de riesgos. Si es capaz de jugar con él, de luchar, si se coloca en rival, si gentilmente lo desestabiliza, el padre puede ser un acicate sumamente importante, para ir más allá de sus límites conocidos. Lo prepara así para enfrentar y superar las dificultades, los obstáculos y los conflictos, para la edad escolar y también para la vida¹⁶.

El padre lo inicia en las reglas del juego social, en el cual el niño es uno más y no tiene los privilegios que tiene en el hogar, en donde está protegido. Los padres lo encuentran, orientando el bebé hacia otras personas, hacia otras cosas: herramientas, juguetes, animales, árboles, etc. Les amplían el entorno, los vuelven más sociables, menos asustados por los “extraños”; y luego, al crecer, más aptos para competir y para compartir con los compañeros de juego o de la escuela.

La relación paterno filial le da equilibrio al niño, sin restar importancia al aporte materno.

La construcción mental del niño depende tanto del padre como de la madre y depende también de lo que suceda entre ellos, de cómo ellos se comprometen en su crianza, más allá de cuales sean sus lazos maritales. Un padre ausente suele significar una sobre presencia materna.

El rol de la madre, que ha comenzado con el embarazo, es dar satisfacción a todas las necesidades del niño. Lo cual es absolutamente necesario en los primeros meses de vida donde el niño no tiene ninguna autonomía, pero que se torna nocivo en el largo plazo. Interponerse entre la madre y el hijo, romper la lógica de esa relación fusional, es el rol del padre. Él es quien lo ayuda a dejar el refugio, que prepara al niño al mundo y lo apremia para avanzar, el padre es el muro donde este niño apoya la escalera para saltar hacia la vida¹⁷.

12. AUSENCIA DEL PADRE

Perder a cualquiera de sus progenitores es algo muy pesado para cualquier niño y cuando sólo se debe a la mala voluntad de uno o de ambos padres, la situación en que queda el chico es por demás precaria y dolorosa. Su autoestima queda averiada de por vida. La falta de confianza en sí mismo por el desafecto que ha sufrido, lo deja en una situación de desamparo interno y externo que lógicamente intentará compensar de una manera u otra. Esto suele generar actitudes muy individualistas, de aislamiento, de agresión, de inestabilidad y de celos atroces.

A su vez la presencia de un sólo progenitor tiene como consecuencia una dependencia afectiva, difícil de superar.

De otro lado las funciones de padres no se pueden cumplir desde la eterna distancia. No puede responder alguien que los ve un fin de semana de cada dos. La crianza se vive en el día a día, entregándole al hijo materiales y herramientas para continuar con su tarea de crecer.

Difícil se hace la tarea de los padres con régimen de visitas, que suman a las dificultades propias del tiempo limitado, otros obstáculos de tipo psicológico como bloqueos y negaciones más perdurables y corrosivas.

Además es de suma importancia, que el niño conserve el contacto con las dos ramas de su árbol genealógico ya que esto es esencial para su construcción personal. Ya que las familias paterna y materna dan al niño una amplia base de sustentación y suelen facilitarle su salida al mundo.

15 LE CAMUS, Jean: La práctica psicomotriz en el niño poco hábil, EDITORIAL MARFIL, S.A., 1987.

16 LE CAMUS, Jean: ob.cit.

17 Revista: Femme acuelle N 684

13. JUSTICIA ESPECIALIZADA DE FAMILIA EN LA DETERMINACION DE LOS ROLES DE CRIANZA DE LOS HIJOS

A tenor del artículo 84° inciso c) del Código de los Niños y Adolescentes, surge la necesidad de fijar el régimen de visitas para el padre que no ejerza la tenencia o custodia del niño o adolescente.

El trámite judicial de tenencia se inicia con la petición por el padre / madre del niño / adolescente.

El funcionamiento de estos órganos jurisdiccionales supone la existencia de procesos especiales y diferentes de los implementados para la solución de conflictos puramente patrimoniales. Los tribunales de familia modernos son diseñados como organismos idóneos para la solución de conflictos familiares. Estos tribunales especializados y técnicamente asesorados contribuyen a garantizar y consolidar la convivencia, y resolver con mayor justicia y eficacia los conflictos familiares.

Dichos tribunales especiales que funcionan en nuestro país, son auxiliados por equipos técnicos, estructurados con similares características, e integrados por profesionales médicos, psicólogos, psiquiatras y asistentes sociales. Se trata, entonces, de un nuevo modelo de justicia, en el que se privilegia la protección concreta del interés superior de la familia, a través de esquemas flexibles que favorecen la actuación de un juez comprometido con los resultados¹⁸. Siendo su característica principal la exclusividad en su competencia, su extra patrimonialidad y la necesidad de imponer la especialización de sus operadores¹⁹.

Otros, solicitan además que el otro padre tenga un régimen de visitas limitado, recortado, ya sea dentro del hogar donde el hijo habita o la aproximación sea supervisada por un familiar directo.

14. RELACIONES DEL HIJO CON AMBOS PADRES

Distinta también es la petición de la tenencia exclusiva de sus hijos, solicitando que el otro padre no tenga oportunidad de interrelacionarse con ellos, en otras palabras que no se le fije un régimen de visitas.

Es norma universal el derecho de niños y adolescentes de mantener relaciones personales con ambos padres, aun cuando los padres no vivan juntos. La legislación europea y especialmente la comunitaria ha puesto énfasis en el derecho de todos los miembros de la familia de tener relaciones familiares respetadas por la ley, así como en el derecho de niños y adolescentes a protección en caso de disolución del matrimonio de los padres.

15. OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA DE LOS HIJOS

En orden prioritario la tenencia de un hijo se fija en función del convenio celebrado entre los padres determinando quién va a detentar su ejercicio. Ello ha de ser resultado de un acuerdo de los progenitores, quienes habrán tenido en cuenta la experiencia previa en la convivencia y el interés del menor o menores.

El consenso se presenta así como la mejor de las soluciones, pero no exime al tribunal de revisar lo acordado antes de su homologación a fin de verificar si consulta adecuadamente el interés de los menores.

La solución contenciosa en sede judicial se presenta como subsidiaria y sólo debe acudir a ella cuando existe discrepancia entre los progenitores. Siendo en este caso el órgano judicial el que decidirá a quién atribuir la guarda provisoria o definitiva.

Igual situación se presenta en el caso de existencia de hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos progenitores. El ejercicio de la patria potestad corresponderá a ambos padres en forma compartida si conviven, pero si se interrumpió la cohabitación, debe resolverse quién ejercerá la tenencia con similares pautas que si se tratara de hijos matrimoniales, aunque en esta alternativa la reclamación de la guarda será siempre acción principal.

Es habitual que ante la separación de los padres, los hijos menores permanezcan conviviendo con la madre, quien generalmente ejerce una guarda de hecho desde la ruptura de la pareja.

18 BERIZONCE, Roberto; BERMEJO, Patricia y AMENDOLARA, Zulema, Tribunales y proceso de familia (ley 11.453 modificada por ley 12.318), La Plata, Buenos Aires, 2001, p. 18.

19 BERTOLDI DE FOURCADE, María V. y FERREYRA DE LA RÚA, Angelina, Régimen procesal del fuero de familia, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 5.

16. REGIMEN DE VISITAS

Es la contraparte del derecho de tenencia, se otorgará en caso de negarse la tenencia a uno de los padres le corresponderá al otro un régimen de visitas²⁰.

Desde el punto de vista del niño o adolescente, puede decirse que el régimen de visitas es la forma en que se materializa el derecho que ellos tienen de mantener una relación directa y regular con su padre/ madre.

Desde el punto de vista del padre/madre, se puede decir que es la forma en que se hace posible el derecho y deber que ella o él tienen de mantener una relación directa y regular con todos y cada uno de sus hijos²¹.

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 hijo²².

Como consecuencia de la residencia en diferentes domicilios de padres e hijos, se debe establecer un régimen de visitas a los fines de proveer el contacto con el progenitor no conviviente. Se trata, al igual que la tenencia, de un derecho-deber que se traduce en la necesidad de mantener adecuada comunicación entre padres e hijos. Será establecido de modo que contemple tanto el interés de los padres como el de los hijos menores. Teniendo preeminencia el interés del menor, rectamente entendido, sin que se desnaturalice la relación con sus padres²³.

El objetivo que persigue todo régimen de visitas es estrechar las relaciones familiares y su establecimiento descansa en la necesidad de asegurar la solidaridad familiar y proteger los legítimos afectos que derivan de ese orden de relaciones.

La denominación tradicional dada a esta institución causa cierto desconcierto y un mal entendimiento de sus alcances por el común de las personas. De su literalidad podría colegirse que sólo se puede realizar el contacto progenitor-hijo en forma de "visita" en el domicilio de quien detente la tenencia. Sin embargo esto no es correcto y muchas veces la visita en tal domicilio resulta perjudicial ya que con ella puede afectarse la libertad en la relación entre el padre y el hijo no conviviente a la vez que producir interferencias en el ámbito doméstico privado del otro progenitor.

La comunicación, puede realizarse tanto en el domicilio del menor como en el del padre no conviviente o en otro lugar que resulte propuesto conforme a las circunstancias.

Su fundamento se orienta en la necesidad de cultivar el afecto, de estabilizar los vínculos familiares y propender a su subsistencia real, efectiva y eficaz.

Su ejecución se realizará mediante diversas soluciones (rígidas o flexibles) que las partes o el juez imaginen para su mejor cumplimiento.

El derecho a visitas está regulado en el Perú según lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita y aprobada por el Perú, los niños que estén separados de uno o ambos padres tienen derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con sus progenitores de modo regular, salvo que ello sea contrario a su interés superior.

En concordancia con este precepto, el artículo 88° de nuestro Código de los Niños y Adolescentes establece que los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos y que el Juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un régimen de visitas adecuado al principio del interés superior del niño y el adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar.

20 CNYA: Artículo 88.- Las visitas.-

Los padres que no ejerzan la Patria Potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria. Si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrara fuera del lugar de domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar el Régimen de Visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre.

El Juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un Régimen de Visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar.

Artículo 89.- Régimen de Visitas.-

El padre o la madre que haya sido impedido o limitado de ejercer el derecho de visitar a su hijo podrá interponer la demanda correspondiente acompañando la partida de nacimiento que acredite su entroncamiento.

Si el caso lo requiere podrá solicitar un régimen provisional.

21 CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, novena edición actualizada, Gaceta Jurídica. pág. 107.

22 GROSMAN, Cecilia, La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia. 1984. p.807.

23 KIELMANOVICH, Jorge, Procesos de familia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 167.

La norma condiciona el derecho de visitas al cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria (lo deberán acreditar con prueba suficiente).

Siendo dicha norma atentatoria de derechos fundamentales. Ya que no debe vincularse el incumplimiento del régimen de visitas al menor con el incumplimiento de la obligación alimentaria. Ya que dicha situación estaría castigando al padre renuente y también al hijo (perjudicándolo) el mismo que debe permanecer ajeno a los problemas legales existentes entre los progenitores.

El Régimen de Visitas podrá extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes cuando el Interés Superior del Niño o del Adolescente así lo justifique²⁴.

Siendo razonable que así sea, ya que resultaría contrario al interés del hijo menor fracturar sus vínculos familiares, aun cuando esto respondiera a la decisión de quien ejerce la patria potestad²⁵.

El incumplimiento del Régimen de Visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la Tenencia.

La solicitud de variación deberá tramitarse como una nueva acción ante el Juez que conoció del primer proceso²⁶.

17. FORMAS DE CUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS

El régimen de visitas podrá, al igual que el régimen de tenencia, ser acordado entre los padres. Siendo ellos los más idóneos para proponer sus modalidades aprovechando a tal fin pautas que la experiencia de convivencia previa les ha otorgado. Sólo ante la falta de acuerdo procede su determinación por vía judicial.

No se limita a padres e hijos sino que tiene mayor amplitud y es comprensivo también del contacto del menor con otros parientes, tales como los abuelos y demás ascendientes, descendientes, hermanos.

El que solo uno de los padres ejerza la tenencia implica un desgaste emocional para el otro padre/madre que, habiendo realizado desde que nacieron sus hijos todas y cada una de las funciones inherentes a tal condición, necesitan el consentimiento de la ex-mujer/marido para consolidar algo tan esencial como es la alternancia en el cuidado y vigilancia de sus hijos y representa una especie de atentado a la dignidad personal. Es otorgarle el derecho de veto a quién se sabe que lo puede ejercer²⁷.

Respecto de la forma de cumplimiento efectivo de las visitas, el juez podrá establecerlas utilizando reglas más o menos elásticas o más o menos rígidas, según las características del caso, y teniendo en cuenta como dato preponderante lo expresado por los progenitores y el interés del menor, quien puede ser escuchado.

El régimen de visitas debe resultar favorecedor y enriquecedor de la relación padres hijos a través de un trato fluido, constante y armónico entre todos ellos. Pudiendo a veces ser necesario comenzar con un régimen de visitas estructurado rígidamente para luego, conforme a su evolución y experiencia, establecerlo en forma más elástica²⁸.

A). RÉGIMEN AMPLIO DE VISITAS

Significa que no hay días, ni horas limitantes para el ejercicio del mismo, surge espontáneamente, mediante un dialogo entre las partes, de una colaboración entre los progenitores. Sirve para los casos en los cuales existe la voluntad de cumplimiento y de acuerdos en función de la necesidad de los hijos y no de los padres. No está vedado el vínculo por fuera del tiempo pre-fijado.

24 CNYA: Artículo 90.- Extensión del Régimen de Visitas.-

El Régimen de Visitas decretado por el Juez podrá extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes cuando el Interés Superior del Niño o del Adolescente así lo justifique.

25 BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A., Manual de Derecho de Familia, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 47.

26 CNYA: Artículo 91.- Incumplimiento del Régimen de Visitas.-

El incumplimiento del Régimen de Visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la Tenencia. La solicitud de variación deberá tramitarse como una nueva acción ante el Juez que conoció del primer proceso.

27 OGAZÓN, Cristina; A los padres, los grandes olvidados, <http://www.togas.biz/articulos/Derecho-Civil/Familia-y-Adopciones/A-los-padres--los-grandes-olvidados.html>

28 MAKIANICH DE BASSET, Lidia, Derecho de visitas, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, p. 18.

Si existen conflictos, el **régimen de visitas amplio** es desaconsejado.

B). RÉGIMEN DE VISITAS AMPLIO, CON DÍAS Y HORAS PREFIJADOS

Se fijan días y horas para ejercer el vínculo paterno-filial, fijados en detalle y forma y el resto del tiempo se puede dialogar. Este formato deja abierta a una ampliación vincular negociada espontánea entre los Progenitores. Es aconsejable que esté incluido fechas de vacaciones de verano e invierno, cumpleaños y fiestas de fin de año.

El detalle sirve para constatar los incumplimientos dentro del sector brindado de Régimen de visitas y ante un conflicto obstructivo, la amplitud estará supeditada a la buena voluntad del progenitor conviviente.

C). NO ESTA VEDADO EL VÍNCULO POR FUERA DEL TIEMPO PRE FIJADO

Si no existe ningún régimen de visitas homologado judicialmente, y no existiendo prohibición o restricción de acercamiento, es lícito ver y estar con los hijos en cualquier lugar, lo que a falta de acuerdos entre los progenitores genera enfrentamientos, por lo que se aconseja en caso de conflicto recurrir a la justicia.

D). RÉGIMEN DE VISITAS CON DÍAS Y HORAS FIJOS

Existe un señalamiento estricto de horarios y turnos para ejercer el derecho de visitas. No está vedado el vínculo por fuera del tiempo prefijado. Se entiende como un vínculo blindado, pero la no mención de “amplio”, no significa que no se pueda acceder a los hijos fuera de esa banda horaria, ya sea por negociación, o por espontaneidad, como el ir a verlos a la Escuela, al club, o en la calle, o bien en el mismo domicilio.

ZICAVO señala que se suele construir en base al rencor, la rabia y la venganza, con base en el desquite y tal vez los celos de personas que aún continúan vinculadas emocionalmente (aunque el vínculo conyugal haya espirado antes), son ingredientes fundamentales de la ruta de la sugestión maliciosa²⁹.

18. DIFICULTADES EN EL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN

Se produce dentro del desbalance existente en la relación paterno – filial, en un contexto en el que se desarrolla el niño o adolescente, por un lado teniendo a uno de sus progenitores más cerca, que afianzará sus vínculos con éste, y por otro, a un progenitor en la mayoría del tiempo ausente, con poca oportunidad para relacionarse con su hijo, produciendo un distanciamiento no deseado.

Surgen dificultades en el régimen de comunicación, produciéndose roces y malentendidos propios de un sistema poco equitativo. Produciéndose batallas legales en un sistema judicial enfermo gravemente mal preparado para ayudarlos³⁰.

Siendo esta situación perjudicial para el progenitor, deberá este realizar una o más constataciones policiales para efectivizar su régimen de visitas.

Siendo aconsejable el recurrir a consulta especializada a fin de recibir sugerencias de los consejeros de familia o del órgano jurisdiccional. Pudiendo someterse a un régimen de entrevistas psicológicas a fin de que los profesionales experimentados de los equipos técnicos colaboren en la solución del conflicto.

Pudiendo el tribunal ordenar, en forma reservada y cautelar, la constatación, por medio de asistentes sociales, del desarrollo de la vida familiar de cada progenitor a fin de verificar condiciones materiales del alojamiento y condiciones de vida en general.

Se patentiza la necesidad de supervisión del contacto y a tal efecto se establezca un lugar seguro para los encuentros. En casos graves y cuando las circunstancias así lo aconsejen, podrán realizarse en la sede del tribunal bajo supervisión de los profesionales de los equipos técnicos.

Cuando las dificultades se plantean por la realidad de un padre incumplidor o, por el contrario, por la existencia de un obstaculizador, el tribunal de familia debe verificar y controlar su forma de cumplimiento con el fin de desactivar estas actitudes, proponer alternativas y prevenir sobre las consecuencias gravosas que la situación puede ocasionarles.

29 ZICAVO MARTÍNEZ, Nelson; La sugestión maliciosa y la padrectomía, nzicavo@ubiobio.cl

30 ROSENBLUM, GAIL; Un divorcio diferente, Star Tribune, julio de 2007, <http://www.serpadre.org.ar/>

Muchas veces la tenencia monoparental ha dado lugar al Síndrome de alejamiento parental.

19. TENENCIA COMPARTIDA

Tal como lo señala PLACIDO³¹ la tenencia compartida es la solución menos mala para que se respete el derecho del hijo a crecer cerca de sus progenitores. Por ello, escoger la tenencia compartida significa reconocer que los progenitores tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del hijo. Es, además, una buena forma de recordar a los padres negligentes y a los padres excluidos (y a sus ex compañeros) cuáles son sus responsabilidades. Esto implica, por tanto, que cada uno de los progenitores tendrá que dejar al otro el lugar que le corresponde ante su hijo.

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.

El término "Custodia o Tenencia Compartida" (también denominada coparentalidad o responsabilidad parental conjunta) implica "la asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes.

Visto de otro lado, es el derecho de los hijos a continuar gozando del cuidado personal y afectivo del padre y de la madre.

Distintas denominaciones recibe esta institución, tales como: "igualdad de derechos y responsabilidades" (EEUU: Alabama, Michigan), "contacto continuo, frecuente y significativo" (EEUU: Luisiana, Idaho, Montana), "bajo su cuidado y supervisión" (EEUU: Missouri) y "acceso material a ambos (padres)" (EEUU: Pensilvania)³². Redundando todas estas definiciones en el reconocimiento de la responsabilidad de los dos padres para con sus hijos aun luego de la ruptura matrimonial, ejerciéndola de igual manera sin que dicho suceso provoque transformaciones sustanciales en la formación y aproximación del niño.

La legislación que reconoce a esta institución, por lo general dota a los padres de la posibilidad de elegir entre la Custodia Exclusiva y la Compartida, aunque establece la obligación del juez de orientar y recomendar la segunda alternativa.

La presencia tanto paterna como materna contribuye a reducir considerablemente otros factores de riesgo en la formación del hijo, influyentes en la estabilidad emocional, tales como el maltrato físico, la interferencia del nuevo cónyuge, la culpabilización del progenitor no custodio y los incumplimientos de los pagos de pensiones.

Según estudios sociológicos, la simple alternancia no provoca ningún trastorno en el niño, a diferencia de los serios daños que produce la conducta irreflexiva y enfrentada de los padres. Siendo incontables los estudios psicosociológicos que avalan la custodia compartida pese al escepticismo inicial. Constituyendo los riesgos amenazas menores a comparación de los severos traumas que acarrea la ausencia de uno de los padres en el proceso de formación durante la infancia y la adolescencia.

El objetivo de la Crianza Compartida es que el hijo no pierda a ninguno de sus padres cuando estos se separan o divorcian. Se busca no separar al niño de uno de uno de sus padres, lo que implicaría someterlo a una semi-orfandad artificial. Surge como la mejor solución al creciente aumento de niños cuyos padres no viven juntos³³.

La custodia compartida pretende, por ello, romper el cliché del padre periférico, que sólo se ocupa de pensiones y visitas con fechas y la falsa percepción de ser este el único modo que el niño perciba que puede contar con ese padre.

Se crea una colaboración dinámica entre los padres, que pueden auxiliarse en sus funciones de garantes de la educación e integridad del niño, de modo que este siempre sienta su presencia.

Promover una coparentalidad es permitir a los padres y a las madres el establecimiento de un equilibrio entre la vida profesional, la vida familiar y la vida social³⁴.

31 Placido, Alex: Un paréntesis a propósito de la Ley 29269 que incorpora la tenencia compartida como una alternativa para la conservación de la relación parental por el hijo, <http://blog.pucp.edu.pe/item/34937>

32 Plácido V., Alex. Manual de Derecho de Familia. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima. Marzo 2003. pág. 206.

33 FERRARI, Jorge Luis; LA FAMILIA TRAS LA SEPARACION. 1er Congreso internacional de familia "Vivir en familia es un derecho", agosto de 2006, México, <http://www.serpapadre.org.ar/>

34 Francia: reforma del derecho de familia y custodia compartida, <http://www.anupa.com.ar/articulos/page2.html>

Se da cumplimiento a un derecho natural, que en algunos países llega a ser también constitucional, que defiende que los padres e hijos deben vivir estrechamente relacionados. Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la ONU apelan a la custodia compartida como una vía de igualdad y protección de los derechos del niño.

La principal razón en defensa de la custodia compartida es que, en caso de otorgarse la misma, ambos padres pueden influir sobre el desarrollo y la evolución física y psicológica de sus hijos, y tener un contacto permanente con los mismos, evitando de esta manera que el desarrollo del menor se vea perjudicado, y los conflictos emocionales se desarrollan en él por el resto de su vida.

20. EFECTOS POSITIVOS DE LA TENENCIA COMPARTIDA

Son ambos padres quienes mediante el desarrollo de sus roles en la crianza del niño le brindarán su protección, lo alimentarán, le darán pertenencia a un grupo social; lo educarán e instruirán para defenderse en la vida, le delegarán responsabilidades, acompañándolo en su adolescencia hacia la adultez. Todo esto se lo brindan principalmente sus padres, además del afecto y de todo aquello que implica la formación de las estructuras psíquicas del niño³⁵.

Mediante la tenencia compartida se permite que cada uno ejerza de padre a tiempo parcial, pero de adulto a tiempo completo. Esto es, seguirán ejerciendo de padres, sin descuidar la vida personal de cada uno; conllevando frecuentemente transparencia en esto último. Mediante la convivencia igualitaria no hay padres periféricos. Los hijos sienten que no han perdido a ninguno de los dos y se beneficia su autoestima al observar los esfuerzos de sus progenitores para estar cerca de ellos

Se produce la inclusión del menor al interior del grupo familiar de cada uno de sus padres.

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

La cooperación derivada de compartir la custodia entre padres, elimina o reduce los

cambiantes compromisos de lealtad de los hijos hacia cada padre que provoca la custodia monoparental. Los niños aprenden a ser solidarios, a compartir, a resolver los problemas mediante acuerdos en vez de litigios, a respetarse entre géneros.

Sin embargo tal como acota PLACIDO³⁶ se debe analizar concienzudamente esta alternativa, desentrañando el verdadero propósito de escoger dicha opción, determinar si se trata realmente de un proyecto común, o es una apariencia para seguir viendo con regularidad a la ex pareja, o es un simple deseo de contrariarla.

La tenencia compartida sólo es viable entre padres que se lleven bien, que mantienen canales de comunicación adecuados. De esta manera, se promueve la conservación del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del hijo³⁷.

21. DESVENTAJAS DE CUSTODIA COMPARTIDA

a. Para los padres

Mayores costos. Ambos padres deben mantener en sus respectivas casas un lugar apropiado para los hijos, con insumos repetidos tales como ropa, juguetes y útiles.

Proximidad obligada de ambos hogares. Para la mayoría de la formas de implementar este sistema resulta muy conveniente el que ambos padres residan cerca el uno del otro.

Flexibilidad laboral. Es imprescindible que la forma de sustento de cada padre permita un horario flexible que se adapte a cubrir las necesidades de tiempo para el cuidado de los hijos.

b. Para los hijos

Adaptación a dos casas a dos formas distintas de encarar la vida, a costumbres disímiles, a normas de educación diferentes. Ya que cada casa tiene sus hábitos, sus reglas, sus horarios.

Surgimiento de problemas prácticos y logísticos, tal como alteraciones en las rutinas del niño por el cambio de hogar.

35 GODELIER, Maurice, *Métamorphoses de la parenté*, Ed.Fayard, Francia, septiembre 2004.

36 Placido, Alex: Un paréntesis a propósito de la Ley 29269 que incorpora la tenencia compartida como una alternativa para la conservación de la relación parental por el hijo, <http://blog.pucp.edu.pe/item/34937>

37 Placido, Alex: Ob.cit.

22. SÍNDROME DE ALEJAMIENTO PARENTAL

El alejamiento de alguno de los padres del seno familiar provoca en el hijo lo que se conoce como Síndrome de Alejamiento Parental. Que es un desorden que se origina primordialmente en el contexto de disputas de la custodia de menores. Es 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 niño³⁸.

La alienación parental, según Gardner, es el proceso de “programar” a los hijos para que “odien” al padre ausente (aquel que no tiene la custodia legal), sin que exista motivo para que esto suceda.

Surge una sugestión maliciosa en contra del progenitor ausente con elaboraciones propias de manera automática³⁹.

CONCLUSIONES:

1. La realidad actual nos muestra conglomerados familiares con organizaciones diferentes, dejando de lado el modelo surgido en las sociedades industriales, donde su organización ha correspondido a la estructura de la denominada “familia nuclear”, compuesta por la pareja y sus descendientes inmediatos.

2. Hoy la familia se manifiesta a través de múltiples formas como: matrimonio heterosexual, matrimonio homosexual, parejas registradas o que formalizan su unión, las parejas no registradas o no formalizadas, las familias monoparentales, compuestas por un solo progenitor que convive con sus hijos, las familias conformadas por dos madres y sus hijos o las familias reconstituidas o recompuestas.

3. Los problemas de los padres y de los adultos no deben afectar al niño. Quien tiene el derecho a gozar del cariño, del afecto y del tiempo del padre y de la madre. El amor de los padres a los hijos debe permanecer intacto. El niño debe percibir de que si bien se han quebrado los vínculos conyugales, esto no debe de afectar el desarrollo normal de la relación paterno –filial, ni impedir el desenvolvimiento de los vínculos parentales.

4. Perder a cualquiera de sus progenitores es algo muy pesado para cualquier niño y cuando sólo se debe a la mala voluntad de uno o de ambos padres, la situación en que queda el chico es por demás precaria y dolorosa. Su autoestima queda averiada de por vida. La falta de confianza en sí mismo por el desafecto que ha sufrido, lo deja en una situación de desamparo interno y externo que lógicamente intentará compensar de una manera u otra. Esto suele generar actitudes muy individualistas, de aislamiento, de agresión, de inestabilidad y de celos atroces.

5. Las funciones de padres no se pueden cumplir desde la eterna distancia. En los casos de los padres con régimen de visitas, cuando van a buscar a su hijo, es muy posible el surgimiento de bloqueos y negaciones perdurables y corrosivas.

6. La tenencia y el régimen de visitas son instituciones del Derecho de Familia encaminadas a la protección del hijo menor y a su educación y tienden al logro de su desarrollo físico y psicológico de forma tal que puedan desenvolverse en la vida adulta. La necesidad de otorgar la tenencia de los hijos menores a uno de sus padres y la correlativa determinación de un régimen de visitas surge ante la necesidad insoslayable que se genera por el desmembramiento de la convivencia de los progenitores (divorcio, separación, estado no convivencial del padre/madre).

7. En el caso de que uno de los padres demuestre conductas incorrectas o delictivas, será un juez el que determine entregar la patria potestad solo a uno de los progenitores para así garantizar las condiciones de desarrollo y bienestar del menor.

8. El régimen de visitas podrá, al igual que el de tenencia, ser acordado entre los padres. Sólo ante la falta de acuerdo procede su determinación por vía judicial.

9. Este “derecho de comunicación” no se limita a padres e hijos sino que tiene mayor amplitud y es comprensivo también del contacto del menor con otros parientes, tales como los abuelos y demás ascendientes, descendientes, hermanos.

10. Cuando se plantean dificultades en el régimen de comunicación es conveniente que las partes acepten sugerencias de los consejeros de familia o del órgano jurisdiccional.

38 American Journal of Forensic Psychology, Volumen 19, Tema 23, Año 2001. pág. 32.

39 ZICAVO MARTÍNEZ, Nelson; La sugestión maliciosa y la padrectomía, nzicavo@ubiobio.cl

11. Respecto de la forma de cumplimiento efectivo de las visitas, el juez podrá establecerlas utilizando reglas más o menos elásticas o más o menos rígidas, según las características del caso, y teniendo en cuenta como dato preponderante lo expresado por los progenitores y el interés del menor, quien puede ser escuchado.

12. No debe vincularse el incumplimiento del régimen de visitas al menor con el incumplimiento de la obligación alimentaria. Situación que mantiene la ley al establecer la *“acreditación con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria...”*

13. La mayor parte de los problemas relacionados con el incumplimiento del régimen de visitas se producen cuando el progenitor custodio no entrega a los menores al otro progenitor para que ejerza su derecho de visitas, impidiendo con ello que los hijos puedan relacionarse con el otro progenitor.

14. La tenencia compartida de los hijos no ofrece dificultades cuando ambos progenitores conviven pues ejercen ambos la titularidad de la autoridad parental. Se viene implementando en nuestro sistema jurídico, teniendo entre sus beneficios el permitir garantizar el equilibrio

emocional y psicológico de aquellos menores que atraviesan la experiencia de presenciar la separación de sus padres.

15. El ser humano necesita a un padre muy cercano para tener su historia completa, saber de dónde vino y adónde va. El hijo pierde demasiado cuando se le saca el padre de su lado. El padre tiene toda su persona, su voz, su piel, su personalidad, su historia, su familia, para ayudarlo a crecer, desde la cuna hasta la adultez.

16. El padre representa la autoridad, permite la interiorización de la ley, de los límites a respetar y tiene también un rol en la construcción de la identidad sexual del niño. También lo han reconocido como el “tercero” que impide una fusión demasiado grande entre la madre y el hijo. Si el padre está bien presente junto al niño, su rol es ser un abridor de caminos, un catalizador para la toma de riesgos. Lo prepara así para enfrentar y superar las dificultades, los obstáculos y los conflictos, para la edad escolar y también para la vida.

17. El rol de la madre, que ha comenzado con el embarazo, es dar satisfacción a todas las necesidades del niño. Lo cual es absolutamente necesario en los primeros meses de vida donde el niño no tiene ninguna autonomía, pero que se torna nocivo en el largo plazo.