

Voces: FAMILIA - DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO - TENENCIA DE HIJOS MENORES - INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Título: Acerca la necesidad de modificar el régimen de tenencia de los hijos

Autor: Merlo, Leandro M.

Fecha: 1-dic-2011

Cita: MJ-DOC-5623-AR | MJD5623

Producto: MJ

Sumario: *I. La reforma al régimen de tenencia en el Código Civil. II. Desigualdad jurídica entre matrimonios homosexuales y heterosexuales. III. El niño, el gran olvidado. IV. Conclusiones (de lege ferenda).*

Por Leandro M. Merlo (*)

RESUMEN

La Ley 26.618 permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo al modificar el art. 172 del Código Civil. Modificó en consecuencia el art. 206 del Código Civil, que determina quién de los progenitores tendrá la tenencia de los hijos al mediar sentencia de divorcio o separación personal de los cónyuges.

Estableció un esquema de atribución de la tenencia distinto ya sea si se trata de matrimonios heterosexuales o de matrimonios homosexuales.

Dicho esquema no solo es discriminatorio en relación a los cónyuges en ciertas circunstancias sino que desatiende primordialmente el interés superior del menor como pauta que determine la fijación de la tenencia.

Se propone de lege ferenda la eliminación de la preferencia para la atribución de la tenencia de menores de 5 años a favor de la madre en los matrimonios heterosexuales, debiendo tomarse como pauta en todos los supuestos, independientemente de la edad de los hijos o de la condición sexual de los cónyuges, el interés superior de los niños.

I. LA REFORMA AL RÉGIMEN DE TENENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL

La Ley 26.618, concebida para igualar los derechos de heterosexuales y homosexuales, permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo al modificar el art. 172 del Código Civil. Sin embargo, la

premura por su sanción hizo evidente que la finalidad del legislador fue por carriles muy distintos a los del juez, del jurista y de lo recomendado en los ámbitos académicos especializados, resultando que el apremio impuesto por un fuerte activismo político por lograr la sanción de la Ley 26.618 operó en detrimento de la calidad de la legislación, (1) provocando desigualdades diversas en perjuicio de la mujer, de miembros del matrimonio heterosexual y aun de miembros de matrimonios homosexuales, siendo el estudio pormenorizado de todas dichas situaciones ajeno al concreto enfoque del presente.

Una de las normas modificadas por la Ley 26.618 fue el art.206 del Código Civil, que determina quién de los progenitores tendrá la tenencia de los hijos al mediar sentencia de divorcio o separación personal de los cónyuges.

En su actual redacción el artículo citado establece que

«Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviese hijos de ambos a su cargo, se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad. Los hijos menores de 5 (cinco) años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. En casos de matrimonios constituidos por ambos cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo, el juez resolverá teniendo en cuenta el interés del menor. Los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos».

Analizaremos a continuación las consecuencias jurídicas del precepto legal.

II. DESIGUALDAD JURÍDICA ENTRE MATRIMONIOS HOMOSEXUALES Y HETEROSEXUALES

De la lectura del artículo citado surgen claras diferencias en relación a la atribución de la tenencia de los hijos.

En el caso de matrimonios heterosexuales «los hijos menores de 5 (cinco) años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor».

En cambio, en el caso de matrimonios homosexuales, respecto de los menores de 5 años, «a falta de acuerdo, el juez resolverá teniendo en cuenta el interés del menor».

Luego el artículo establece que

«Los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo», no quedando claro si dicha pauta se aplica a ambos matrimonios o solamente al homosexual.

De tal modo se establece una serie de situaciones de discriminación injustificada. El cónyuge varón del matrimonio heterosexual no goza de la preferencia en la atribución de la tenencia, como sí lo hace su esposa en el caso de los menores de 5 años.

En dicho matrimonio, el parámetro antes expuesto cambia si existen «causas graves que afecten el interés del menor», único supuesto tradicionalmente admitido para variar la tenencia a favor del padre.

En cambio, en el matrimonio entre dos mujeres no existe tal preferencia a favor de la madre del niño menor de 5 años, en el supuesto de la cónyuge inseminada artificialmente o que concibiera un hijo con un tercero, estableciéndose así una discriminación para la madre en el matrimonio homosexual.

En caso de desacuerdo, y ante una disputa judicial, en el matrimonio homosexual se tiene en cuenta para los hijos menores de 5 años, el «interés del menor»; en cambio, para matrimonios heterosexuales, que existan además «causas graves», estableciéndose una discriminación para el cónyuge heterosexual, que deberá acreditar dichas causas graves, cosa que no debe hacer un cónyuge homosexual.

Finalmente, para hijos mayores a dicha edad, se establece que deberá tenerse en cuenta la «idoneidad» de uno u otro cónyuge no siendo claro, como dijimos, si dicha pauta se aplica a ambos matrimonios.

Vemos entonces que en el actual esquema la cónyuge mujer en el matrimonio heterosexual tiene un mejor derecho en relación a la atribución de la tenencia en caso de niños menores de 5 años; pero de tal derecho carece la madre en el matrimonio homosexual o el padre en el matrimonio heterosexual. Tal derecho no existe, en dicha lógica, en el matrimonio entre dos hombres.

Cualquier miembro de un matrimonio homosexual debe acreditar para que se le atribuya la tenencia de un menor de cinco años, en caso de desacuerdo, qué es mejor para el menor en relación a su interés superior. En cambio en un matrimonio heterosexual, el progenitor -por caso el padre- debe acreditar que exista un «grave perjuicio» para el menor que, de no existir, hará aplicable la preferencia de atribución de la tenencia a la madre.

Como vemos, analizado el tema desde diversas ópticas, pueden producirse situaciones arbitrarias y discriminatorias en todo tipo de matrimonio.

Entendemos que es fundamental en todos los casos tener presente en forma prioritaria el interés superior del niño, aspecto que ha quedado relegado por una apresurada reforma que pretendió igualar -y lo hizo en muchos aspectos- pero produjo en esta cuestión el efecto contrario.

Cualquier cónyuge debería tener el mismo derecho a acordar con el otro quién tendrá la guarda de sus hijos menores de 5 años y, si no hay acuerdo, deberán recurrir al examen de sus capacidades por un juez.

No olvidemos que si bien el art. 236 del Código Civil establece que «en los casos de los artículos 205 y 215 la demanda conjunta podrá contener acuerdos sobre los siguientes aspectos: 1° Tenencia y régimen de visitas de los hijos», si en un matrimonio heterosexual se presentara un acuerdo que estableciese la tenencia del menor de 5 años a favor del padre, podría llegar a ser objetado por el asesor de menores o por el propio juez ante la clara disposición legal del art. 206, que dice: «quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor».

Como bien se ha afirmado, la reforma importó una serie de oportunidades perdidas. La primera: terminar con el uso de los términos "patria potestad" y "tenencia". La segunda: eliminar la preferencia materna cuando se trata de hijos menores de 5 años. La tercera: abrió el juego a la autonomía de la voluntad solo para supuestos de parejas de padres del mismo sexo, dejando librada la decisión al arbitrio judicial ante la falta de acuerdo de estos, privando de tal posibilidad a los padres de diverso sexo (2).

Estas cuestiones no fueron tomadas en cuenta por la reforma.

Es así que a pesar de la pretendida "igualdad" se mantiene un régimen arcaico ya que «en los matrimonios heterosexuales la mujer mantiene un rol clásico dentro de la familia, al entenderse que ante la separación o el divorcio, deberá dedicarse a sus hijos y, luego, eventualmente, ejercer su profesión, arte, oficio o industria. En tanto que el hombre mantiene su rol de proveedor del grupo familiar, sin que recaiga sobre él la crianza diaria de los hijos, cuando se produce el divorcio. La paradoja del régimen vigente es que los criterios de atribución de la tenencia han quedado diferenciados

según se trate de matrimonios de personas de distinto sexo o de matrimonios de personas del mismo sexo. La solución es desatinada, porque los criterios de atribución de la tenencia, para los hijos, dependerán si lo son de matrimonios heterosexuales o de matrimonios homosexuales, siendo innecesaria tal distinción. Debió buscarse una regla única, por lo que -si se quería seguir con el criterio vigente de la tenencia unipersonal- la pauta del "interés superior del niño" debió establecerse tanto en uno como en otro caso y abandonarse, definitivamente, el resabio mantenido desde el Código Civil originario» (3).

Obsérvese que la Ley 26.618 ni siquiera cumple lo que la misma establece en su art. 42, donde dice que

«Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por 2 (DOS) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por 2 (DOS) personas de distinto sexo».

La reforma hizo en este caso concreto lo contrario, creó diferencias.

III. EL NIÑO, EL GRAN OLVIDADO

En pos de lograr la igualdad y no caer en discriminaciones, el eje de todo acuerdo conyugal o decisión judicial respecto a la tenencia de los menores debió ser definido teniendo en cuenta su interés superior, definido este como «la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos» a aquellos en la ley (art. 3 Ley 26.061).

La Convención de los Derechos del Niño establece que

«En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño» (art. 3.1. CDN).

Y respecto los padres dice además que

«su preocupación fundamental será el interés superior del niño» (art. 18.1 CDN).

Coincidimos en que ya sea que se trate de «una pareja de igual o distinto sexo, será el mejor interés del niño el elemento determinante al momento de definir un régimen de custodia y comunicación, sin importar la edad de los hijos» (4).

IV. CONCLUSIONES (DE LEGE FERENDA)

Por lo expuesto, proponemos de lege ferenda:

- a) La eliminación en una futura reforma de la preferencia para la atribución de la tenencia de menores de 5 años a favor de la madre en los matrimonios heterosexuales.
- b) La admisión de la posibilidad para todos los matrimonios de acordar la atribución de la tenencia de los hijos menores ante la separación personal o divorcio vincular.
- c) La adopción para todos los matrimonios, en los casos de atribución de tenencia de los hijos menores, independientemente de su edad, de la pauta única dada por el interés superior de los niños, como

criterio que debe prevalecer al momento de la homologación de un convenio o del dictado de una sentencia que atribuyan la tenencia de los hijos a los padres.

(1) Millán, Fernando, Crónica de una inconstitucionalidad anunciada. Preferencia del apellido en la Ley 26.618, MJD5415, MJ Santa Fe, 30/6/2011.

(2) Krasnow, Adriana N., "La custodia en la Ley 26.618. Una pérdida de oportunidades", Sup. Esp. Matrimonio Civil, La Ley, 2010 (agosto), 23.

(3) Solari, Néstor E., "Régimen de tenencia de los hijos", Sup. Esp. Matrimonio Civil, La Ley, 2010 (agosto), 17.

(4) Krasnow, op. cit.

(*) Abogado. Docente de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, UBA.

Ponencia presentada por el autor conjuntamente con la Dra. Adriana del Carmen Guglielmino en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, San Miguel de Tucumán, 29 de setiembre - 1 de octubre 2011.